# ADAPTACIÓN DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA EN MATERIA DE ACCESIBILIDAD UNIVERSAL AL SISTEMA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Financiado por la Unión Europea NextGenerationEU

Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia

GOBIERNO DE ESPAÑA

MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030

REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD

CENTRO ESPAÑOL DE DOCUMENTACIÓN E INVESTIGACIÓN SOBRE DISCAPACIDAD

# Adaptación de la normativa española en materia de accesibilidad universal al sistema de los derechos humanos

Financiado por la Unión Europea NextGenerationEU
Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia
GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030
REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD
CENTRO ESPAÑOL DE DOCUMENTACIÓN E INVESTIGACIÓN SOBRE DISCAPACIDAD

**Estudio amplio e integral sobre la adaptación de la normativa española en materia de accesibilidad universal al sistema de los derechos humanos**

**Dirección**
Centro Español de Documentación e Investigación sobre Discapacidad (CEDID).

**Elaboración**
Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid.

**Coordinación**
Rafael de Asís.

**Equipo de investigación**
Álvarez Lozano, Ítalo Giancarlo; Álvarez Moreno, María Teresa; Aniballi, Claudia; Ansuátegui Roig, Javier; Baamonde Gómez, Laura; Bariffi, Francisco Javier; Barranco Avilés, María del Carmen; Blázquez Agudo, Eva María; Bonell Pagano, Carla Carolina; Celador Angón, Óscar; Cuenca Gómez, Patricia; De Asís, Agustín; De Luis Romero, Elena; Domínguez Vila, Antonio; Dorado Porras, Javier; Descalzo González, Antonio; Fernández Le Gal, Annaick; García Medina, Javier; Guilarte Martín-Calero, Cristina; Hernández San Juan, Isabel; Lema Añón, Carlos; Machiaro, Fausto; Marchant Vivanco, Eduardo Cristóbal; Martínez-Pujalte López, Antonio-Luis; Navia, Carlos; Pedraza Córdoba, Juanita Del Pilar; Pérez de la Fuente, Oscar; Presno Linera, Miguel Ángel; Pindado García, Fernando Guillermo; Quintero Lima, María Gema; Quiroz, Paloma; Razo Godínez, Laura Cecilia; Rey Martínez, Fernando; Ribotta, Silvina; Rojas Buendía, María del Mar; Serra, María Laura; Vidal Fernández, Begoña.

**Equipo de redacción**
Rafael de Asís, María del Carmen Barranco, Patricia Cuenca, Francisco Bariffi, Javier Ansuátegui, Javier Dorado y Laura Razo.

Financiado por la Unión Europea-NextGenerationEU en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia a través del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 del Gobierno de España.

**Edita**
Real Patronato sobre Discapacidad
http://www.rpdiscapacidad.gob.es/
Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030
https://www.mdsocialesa2030.gob.es/

**Cuidado de la edición**
Centro Español de Documentación e Investigación sobre Discapacidad (CEDID)
http://www.cedid.es
Serrano, 140 28006 MADRID
Tel. 91 745 24 49
cedid@cedid.es

**Maquetación**
Estugraf Impresores, S.L.

Noviembre 2023

© Real Patronato sobre Discapacidad, 2023

NIPO: 132-23-007-X

Catálogo de Publicaciones Oficiales de la Administración General del Estado: https://cpage.mpr.gob.es

Reservados todos los derechos. El contenido de este documento es propiedad del Real Patronato sobre Discapacidad. Se autoriza la visualización, impresión y descarga del documento solo y exclusivamente si no se realizan con fines comerciales o para su distribución, comunicación pública o transformación; si ninguno de los contenidos se modifica y siempre citando la fuente.

*Este estudio se ha elaborado en el marco de un contrato entre la Fundación Eguía-Careaga y la Universidad Carlos III de Madrid.*

*El estudio lo ha realizado un equipo de investigadores/as que han trabajado en el ámbito del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid.*

*El equipo, dirigido por Rafael de Asís, ha estado compuesto, además, por: Álvarez Lozano, Ítalo Giancarlo; Álvarez Moreno, María Teresa; Aniballi, Claudia; Ansuátegui Roig, Javier; Baamonde Gómez, Laura; Bariffi, Francisco Javier; Barranco Avilés, María del Carmen; Blázquez Agudo, Eva María; Bonell Pagano, Carla Carolina; Celador Angón, Oscar; Cuenca Gómez, Patricia; De Asís, Agustín; De Luis Romero, Elena; Domínguez Vila, Antonio; Dorado Porras, Javier; Descalzo González, Antonio; Fernández Le Gal, Annaick; García Medina, Javier; Guilarte Martín-Calero, Cristina; Hernández San Juan, Isabel; Lema Añón, Carlos; Machiaro, Fausto; Marchant Vivanco, Eduardo Cristóbal; Martínez-Pujalte López, Antonio-Luis; Molina Cruz , Juan Antonio; Navia, Carlos; Pedraza Córdoba, Juanita Del Pilar; Pérez de la Fuente, Oscar; Presno Linera, Miguel Ángel; Pindado García, Fernando Guillermo; Quintero Lima, María Gema; Quiroz, Paloma; Razo Godínez, Laura Cecilia; Rey Martínez, Fernando; Ribotta, Silvina; Rojas Buendía, María Del Mar; Serra, María Laura; Vidal Fernández, Begoña.*

*Para la redacción del estudio, el equipo investigador ha realizado trabajos sobre distintos aspectos normativos y doctrinales relacionados con la accesibilidad universal. Además, la investigación ha partido del marco conceptual elaborado por parte del equipo dentro de un proyecto sobre "Derechos de las personas con discapacidad" realizado para COCEMFE.*

*La versión final del estudio ha sido confeccionada por un equipo compuesto por Rafael de Asís, María del Carmen Barranco, Patricia Cuenca, Francisco Bariffi, Javier Ansuátegui, Javier Dorado y Laura Razo, y se basa en análisis propios de este equipo y en los trabajos previos antes señalados. En ocasiones estos trabajos previos han pasado a formar parte del informe y en otras ocasiones se presentan como sus anexos. Al final del estudio se puede ver un listado de los trabajos. En cualquier caso, la responsabilidad sobre las posiciones de fondo del estudio y sus conclusiones es del equipo que ha realizado la versión final.*

*El estudio contiene dos partes, unas conclusiones y varios anexos. La primera parte es una descripción comentada del tratamiento normativo de la accesibilidad*

*en el derecho español. La segunda parte contiene una propuesta de tratamiento de la accesibilidad, desde un referente conceptual basado en un enfoque de derechos humanos. Las conclusiones, en lo básico, contienen una serie de propuestas, tanto conceptuales como normativas.*

*En el apartado de los anexos se contienen trabajos referidos a aspectos concretos del estudio y que complementan su contenido.*

# Índice

**RESUMEN EJECUTIVO** ..... 11

A. La accesibilidad en el derecho: un sentido débil de accesibilidad ..... 13

*1. El eje de la accesibilidad* ..... 16

*2. Algunas dimensiones esenciales de la accesibilidad: cadenas de accesibilidad y diversidad* ..... 19

*3. Los límites de la accesibilidad: posibilidad y proporcionalidad* ..... 19

*4. La construcción jurídica de la accesibilidad* ..... 21

*5. El acceso a la justicia* ..... 27

*6. Consideración final* ..... 28

B. Hacia un sentido integral de la accesibilidad en el derecho: accesibilidad y derechos humanos ..... 31

*1. La accesibilidad en el ámbito del consumo. Un sentido intermedio de la accesibilidad* ..... 32

*2. Accesibilidad en el discurso de los derechos: la accesibilidad en sentido amplio* ..... 34

*2.1. Un nuevo tratamiento normativo de la accesibilidad* ..... 35

C. Conclusiones ..... 45

*1. El marco jurídico conceptual de la accesibilidad* ..... 47

*2. La necesidad de reformar la Constitución* ..... 49

*3. Algunos cambios legales necesarios* ..... 52

**ESTUDIO** ..... 63

PARTE PRIMERA. LA ACCESIBILIDAD EN EL DERECHO: UN SENTIDO DÉBIL DE ACCESIBILIDAD ..... 65

*1. El tratamiento normativo de la accesibilidad* ..... 65

*2. El eje de la accesibilidad* ..... 74

*2.1. El diseño universal* ..... 74

*2.2. Los ajustes razonables* ..... 80

*3. Algunas dimensiones esenciales de la accesibilidad* ..... 85

*3.1. El carácter dinámico y complejo de la accesibilidad: la cadena de accesibilidad* ..... 86
*3.2. Accesibilidad y diversidad* ..... 87
*3.3. Accesibilidad y publicidad* ..... 94
*4. Los límites de la accesibilidad: posibilidad y proporcionalidad* ... 94
*4.1. Los límites de lo posible* ..... 96
*4.2. Los límites de lo proporcional* ..... 98
*5. La construcción jurídica de la accesibilidad* ..... 103
*6. La garantía de la accesibilidad: la obligación de accesibilidad* ..... 104
*6.1. Las condiciones básicas de accesibilidad* ..... 105
*6.2. El marco general de la garantía* ..... 126
*6.3. Mecanismos jurídico administrativos* ..... 135
*6.4. La garantía en el marco social* ..... 165
*6.7. El sistema de arbitraje* ..... 168
*7. El acceso a la justicia* ..... 173
*7.1. Tutela judicial efectiva y acceso a la justicia* ..... 173
*7.2. El coste de la justicia: la asistencia jurídica gratuita* ..... 179
*8. Consideración final* ..... 192
PARTE SEGUNDA. HACIA UN SENTIDO INTEGRAL DE LA ACCESIBILIDAD EN EL DERECHO: ACCESIBILIDAD Y DERECHOS HUMANOS ..... 195
*1. La accesibilidad en el ámbito del consumo. Un sentido intermedio de la accesibilidad* ..... 196
*1.1. Accesibilidad y consumo* ..... 196
*1.2. La construcción jurídica de la accesibilidad en su sentido intermedio* ..... 206
*1.3. La garantía de la accesibilidad en el ámbito del consumo* ..... 207
*2. Accesibilidad en el discurso de los derechos: la accesibilidad en sentido amplio* ..... 231
*2.1. Un nuevo tratamiento normativo de la accesibilidad* ..... 232
*2.2. Nuevas dimensiones de la accesibilidad desde su sentido amplio* ..... 264
*2.3. De nuevo sobre los límites de la accesibilidad* ..... 280
*2.4. La construcción jurídica de la accesibilidad universal en sentido fuerte* ..... 286
*2.5. La garantía de la accesibilidad en sentido fuerte* ..... 298

**CONCLUSIONES** ..... 347
*1. El marco jurídico conceptual de la accesibilidad* ..... 350
*1.1. Los sentidos de la accesibilidad* ..... 350
*1.2. Las dimensiones de la accesibilidad* ..... 351
*1.3. La naturaleza jurídica poliédrica de la accesibilidad* ..... 352
*1.4. La protección jurídica de la accesibilidad* ..... 352
*2. La necesidad de reformar la Constitución* ..... 353
*2.1 El artículo 49: los derechos de las personas con discapacidad y la accesibilidad* ..... 353
*2.2. El artículo 14: igualdad y no discriminación* ..... 355
*2.3. El artículo 81: leyes orgánicas* ..... 355
*2.4. El artículo 153: la sanción a la Administración* ..... 356
*2.5. El artículo 53: los derechos en las relaciones privadas* ..... 357
*3. Algunos cambios legales necesarios* ..... 357
*3.1. El derecho a la accesibilidad* ..... 357
*3.2. Cadena de accesibilidad* ..... 358
*3.3. Los plazos de la accesibilidad* ..... 358
*3.4. Los límites de la accesibilidad* ..... 358
*3.5. Accesibilidad y derechos: especial referencia al derecho a la educación* ..... 359
*3.6. El acceso a la justicia: apoyos, ajustes y asistencia gratuita* 362
*3.7. La asistencia personal* ..... 364
*3.8. El empleo con apoyo* ..... 365
*3.9. La normativa autonómica* ..... 366
*3.10. La normativa local* ..... 368
*3.11. El sistema de arbitraje* ..... 368
*3.12. El Ministerio Fiscal* ..... 369

**ANEXOS** ..... 375
*Accesibilidad en la normativa autonómica* ..... 377
*Derechos personales y vida privada y familiar* ..... 395
*El procedimiento administrativo común sancionador* ..... 465
*Sistema de recursos administrativos establecido en la LPAC* ..... 473
*Procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración* ..... 479

*Procedimiento sancionador en el orden social* ..... 483
*Tutela judicial especial* ..... 487
*El amparo constitucional* ..... 533
*Comunicaciones Comité Accesibilidad* ..... 551
*LISTADO DE ESTUDIOS DE APOYO*..... 567

# Resumen ejecutivo

## A. La accesibilidad en el derecho: un sentido débil de accesibilidad

Tres son los grandes referentes normativos desde los que puede construirse la accesibilidad en el ámbito del derecho español. Por un lado, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, La Convención), tratado internacional del año 2006, que entró en vigor en España en el año 2008; por otro lado, el Acta Europea de Accesibilidad, esto es, la Directiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios; por último, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, LGDPD).

Como es sabido, la Convención (2006) expresa lo que se ha venido denominando como modelo social de la discapacidad y supone la entrada de esta en el discurso de los derechos humanos. Para la Convención la discapacidad es: "un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

Así, tal y como señala su artículo 1, 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".

En el contenido de la Convención la referencia más importante a la accesibilidad se contiene en el artículo 9, donde puede leerse:

1. 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. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a:

a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo;

b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia.

2. Los Estados Parte también adoptarán las medidas pertinentes para:

a) Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público;

b) Asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad;

c) Ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad a que se enfrentan las personas con discapacidad;

d) Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión;

e) Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público;

f) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información;

g) Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet;

h) Promover el diseño, el desarrollo, la producción y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles en una etapa temprana, a fin de que estos sistemas y tecnologías sean accesibles al menor costo.

La accesibilidad se justifica en la Convención a través de tres derechos: la vida independiente, la participación en la sociedad y la igualdad. Se trata de una exigencia, que se interpreta como un principio o una obligación que se circunscribe a una serie de ámbitos y se expresa a través de unas condiciones que deben cumplirse en esos ámbitos. Los ámbitos de la accesibilidad a los que se refiere la Convención son el entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, y otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales, si bien luego aparece relacionada con otros derechos.

La Convención aborda la discapacidad en un contexto de protección de derechos humanos, cosa que no ocurre con los otros dos grandes referentes normativos.

En efecto, la Directiva (UE) 2019/882 establece en su artículo 1 que su objeto es:

contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior mediante la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en lo relativo a los requisitos de accesibilidad exigibles a determinados productos y servicios, en particular eliminando y evitando los obstáculos a la libre circulación de productos y servicios derivados de las divergencias en los requisitos de accesibilidad en los Estados miembros.

Los requisitos de accesibilidad previstos en la Directiva se aplican a los productos y servicios contenidos en el artículo 2. En el caso de los productos, el artículo 2 incluye: a) equipos informáticos de uso general de consumo y sistemas operativos para dichos equipos informáticos; b) terminales de autoservicio; c) equipos para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas; d) equipos para acceder a servicios de comunicación audiovisual y e) lectores electrónicos. En el caso de los servicios, el artículo 2 incluye: a) servicios de comunicaciones electrónicas; b) servicios que proporcionan acceso a los servicios de comunicación audiovisual; c) ciertos elementos de servicios de transporte; d)

servicios bancarios para consumidores; e) libros electrónicos y sus programas especializados, y f) servicios de comercio electrónico.

En la normativa estatal, como ya hemos señalado, la referencia es la LGDPD, que se refiere a la accesibilidad en varias de sus disposiciones, pero su definición se encuentra en la letra k) del artículo 2, donde se dice:

> Accesibilidad universal: es la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, 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. En la accesibilidad universal está incluida la accesibilidad cognitiva para permitir la fácil comprensión, la comunicación e interacción a todas las personas. La accesibilidad cognitiva se despliega y hace efectiva a través de la lectura fácil, sistemas alternativos y aumentativos de comunicación, pictogramas y otros medios humanos y tecnológicos disponibles para tal fin. Presupone la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse.

Los ámbitos de accesibilidad en la LGDPD son, además de los establecidos en la Convención, la Administración de Justicia (que puede ser incluida como servicio de uso público), el Patrimonio cultural (susceptible de entender como entorno físico) y el empleo. Y algo parecido se dispone en las legislaciones autonómicas.

Desde estos tres referentes normativos, la accesibilidad es una exigencia de entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como de los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, que se circunscribe a unos ámbitos concretos y que constituye una obligación jurídica para los poderes públicos y también para aquellos privados que desarrollen su actividad en esos ámbitos.

## 1. El eje de la accesibilidad

El artículo 2 de la LGDPD (2013) afirma que la accesibilidad, “presupone la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse”.

Así, en un sentido integral, la accesibilidad se expresa de dos maneras: (i) como diseño universal, que funciona como un principio general fuente de exigencias específicas, y que puede expresarse en sentido estricto o como

medidas de accesibilidad; (ii) como ajuste razonable, que surge cuando está justificado que el diseño universal no se haya satisfecho.

Este juego del diseño universal y los ajustes razonables constituye el eje de la accesibilidad.

La Convención consagra un concepto de diseño universal y establece una obligación general de los Estados en relación con esta herramienta.

En cuanto al concepto, el artículo 2 de la Convención (2006) define el diseño universal como:

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, añadiendo a renglón seguido que "el diseño universal no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten".

En cuanto a la obligación, la letra f) del artículo 4.1 de la Convención establece que los Estados deben:

> Emprender o promover la investigación y el desarrollo de bienes y servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención, que requieran la menor adaptación posible y el menor costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promover su disponibilidad y uso, y promover el diseño universal en la elaboración de normas y directrices.

La LGDPD señala un universo más amplio de objetos a los que se aplica el diseño universal (incorporando los procesos, bienes, objetos, instrumentos, dispositivos y herramientas).

El diseño universal exige que todo sea accesible, tanto lo ya elaborado, configurado o construido, como aquello que está por elaborar, configurar o construir. Por eso, se manifiesta en ocasiones a través de medidas (medidas de accesibilidad) que tratan de hacer accesible, esto es de rediseñar universalmente, aquello que se hizo en un determinado momento, de manera justificada (esto es, de forma que podemos considerar que era razonable en ese momento), como no accesible.

Una segunda proyección de la accesibilidad está constituida por los ajustes razonables. Según el artículo 2 de la Convención, 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.

Con ciertos matices, una conceptualización similar se encuentra en la legislación española. La LGDPD define a los ajustes razonables (artículo 2 letra m) como:

> las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos.

El principal matiz entre las definiciones de la Convención y de la LGDPD es la relación de los ajustes razonables con la accesibilidad. La definición de la Convención no hace referencia a la accesibilidad, que es, sin embargo, un punto crucial de la definición de la LGDPD. La construcción de los ajustes desde la Convención parece independizarse de la idea de accesibilidad.

La realización de ajustes razonables en relación con las personas con discapacidad no supone una prestación graciosa que depende de la mera voluntad estatal o de terceros públicos o privados. Ante la necesidad de realizar ajustes razonables en una situación particular, la negativa injustificada a implementarlos constituye un acto de discriminación.

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 (el diseño y las medidas de accesibilidad no eran posibles); en el segundo, lo razonable del ajuste radica en que no se traduce en una carga indebida o desproporcionada.

Si la falta de accesibilidad (el fallo del diseño universal) no está justificada no procede el ajuste y estamos ante una discriminación que deberá corregirse. El ajuste 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 por razón de discapacidad.

Si procede el ajuste, habrá que examinar su justificación. Desde ella sabremos si el ajuste razonable es o no es procedente, pero si lo es y no se lleva

a cabo, se estará de nuevo violando la accesibilidad y produciéndose una discriminación.

## 2. Algunas dimensiones esenciales de la accesibilidad: cadenas de accesibilidad y diversidad

Además del eje de la accesibilidad, la construcción normativa de la accesibilidad posee una serie de notas o dimensiones que sirven para caracterizarla y sin las cuales no alcanza su significado.

Así, la accesibilidad es un concepto dinámico y complejo que requiere tener en cuenta los procesos que conlleva el uso de los productos, servicios y derechos. Y esto es a lo que nos referimos cuando hablamos de cadenas de accesibilidad. La norma UNE 170001-1, se refiere a la cadena de accesibilidad como: "el conjunto de elementos que, durante el proceso de la interacción del usuario con el entorno, permiten el desarrollo de las actividades previstas en él". Se trata así de la posibilidad de aproximarse, acceder, usar y salir de todo espacio o recinto con independencia, facilidad y sin interrupciones. En este sentido, si alguna de estas acciones no se puede realizar, la cadena se corta y el espacio o situación no es accesible.

En este sentido, el eje de la accesibilidad y, por tanto, la exigencia jurídica de la accesibilidad, se refiere a toda la cadena de accesibilidad y la ruptura de esta cadena supone el incumplimiento de la accesibilidad.

Por otro lado, al ser la accesibilidad una exigencia universal y, por tanto, para todas las personas, esta exigencia debe ser permeable a la diversidad humana. La conexión entre accesibilidad y diversidad es tal que la ausencia de consideración de la segunda conlleva, normalmente, un incumplimiento de la primera.

Ser permeable a la diversidad implica atender las distintas condiciones y situaciones en las que pueden encontrarse las personas con discapacidad. La atención a la diversidad, en materia de accesibilidad, es importante porque tradicionalmente esta se ha desarrollado en el ámbito de los espacios y en relación con las barreras físicas y más adelante sensoriales. Sólo recientemente se ha incorporado la atención a las barreras cognitivas.

## 3. Los límites de la accesibilidad: posibilidad y proporcionalidad

La posibilidad de encontrar situaciones en las que esté justificada la falta de satisfacción del diseño universal y el ajuste razonable implica que la

accesibilidad puede tener límites. Estos límites forman parte del propio eje de la accesibilidad y pueden ser reconducidos a la idea de razonabilidad.

La idea de razonabilidad suele estar presente cuando se habla de límites de derechos o de otros bienes fundamentales. Y esto es así porque cuando se produce un conflicto entre derechos o entre bienes fundamentales, nos vemos en la obligación de realizar un juicio de razonabilidad.

En relación con la accesibilidad lo razonable funciona como un doble test. El primero tiene que ver con la justificación de la medida universal que permite el acceso general a un bien o servicio; el segundo tiene que ver con la medida singular que permite el acceso particular a dicho bien o servicio.

Apoyándonos en las definiciones del eje de la accesibilidad, podemos identificar al primer test con el término *posible* y al segundo con el término *proporcional*. En este sentido, el eje de la accesibilidad universal puede verse limitado por dos tipos de circunstancias que pueden ser denominadas como los límites de lo posible y de lo proporcional. Los límites de lo posible tienen que ver, principalmente, con la situación del conocimiento científico y la diversidad humana, pero también con la afectación de derechos; los límites de lo proporcional se refieren a la ausencia de justificación de la accesibilidad al afectar derechos y bienes. En el tratamiento de estos segundos surge la cuestión del coste desproporcionado.

Desde los límites de lo posible, el incumplimiento de la accesibilidad solo va a estar justificado cuando: a) no es posible hacerlo de otro modo (no existe conocimiento ni técnica para ello), b) afecta gravemente a otro derecho o bien fundamental, al que se le da prioridad después de un juicio de proporcionalidad. En ambos casos corresponde justificar esta situación a quien incumple con la accesibilidad.

Además, la falta de accesibilidad puede estar justificada en un primer momento en el desconocimiento de la diversidad humana o por una cuestión actitudinal, pero en ambos casos, la solución es corregir esa situación y satisfacer la accesibilidad. En caso contrario se estará produciendo una discriminación.

Como ya hemos visto, el ajuste procede siempre y cuando no suponga una carga desproporcionada o indebida. Estos dos referentes que aparecen para el ajuste, pueden ser extrapolados a todo el eje de la accesibilidad, y pueden ser reconducidos a la exigencia de proporcionalidad que antes aludíamos.

Se trata de una exigencia muy presente cuando estamos ante limitaciones de derechos y ante conflictos entre derechos. La proporcionalidad supone: (i) examinar si los bienes que se sacrifican o que se satisfacen poseen justificación normativa y pueden ser satisfechos con otras medidas, (ii) evaluar si hay medidas mejores; (iii) comparar las ventajas y sacrificios de una u otra solución.

Aunque en materia de accesibilidad, la cuestión del coste suele aparecer en el tratamiento del ajuste razonable, seguramente por la negativa del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a establecer restricciones de este tipo a la obligación de accesibilidad, este argumento se encuentra en todos los momentos del eje de la accesibilidad.

## 4. La construcción jurídica de la accesibilidad

No existe claridad sobre la naturaleza jurídica de la accesibilidad. En cualquier caso, su construcción jurídica más extendida es aquella que la entiende como obligación. Y es que, una interpretación literal del artículo 9 de la Convención parece que lleva a esta consideración.

Prácticamente todo el sistema de garantías de la accesibilidad se ha configurado tomando como referencia esta construcción de la accesibilidad. En la LGDPD, la obligación de proporcionar accesibilidad se expresa a través de dos fórmulas recurrentes: las “condiciones básicas de accesibilidad” y las “exigencias de accesibilidad”.

La LGDPD se refiere a las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación en una serie de ámbitos cuya vulneración da entrada a mecanismos jurídico-administrativos de protección y posibilita, asimismo, el recurso a la institución del arbitraje. Más allá de la LGDPD, la protección, de carácter preferentemente administrativo, se extiende también al ámbito jurídico.

### 4.1. Las condiciones básicas de accesibilidad

Un aspecto importante de la garantía de la accesibilidad, está compuesto por el conjunto de condiciones básicas que deben reunir, en el ordenamiento jurídico español, los espacios públicos urbanizados y edificaciones, los modos y medios de transporte, la comunicación y acceso a la información, la sociedad de la información y el derecho digital, las relaciones con los poderes y Administraciones públicas, el acceso a los bienes y servicios a disposición del público y la accesibilidad cognitiva.

## 4.2. El marco general de la garantía de la accesibilidad

La garantía de la accesibilidad se desarrolla, en el marco de nuestro Estado complejo, a nivel estatal, autonómico y local.

En el ámbito estatal, la garantía de la accesibilidad se construye en la LGDPD como una garantía de la igualdad y la no discriminación. Específicamente, esta Ley propone medidas contra la discriminación en su artículo 66, y medidas de acción positiva en el artículo 67. Asimismo, se refiere a las medidas de fomento y defensa de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad (artículos 69 y siguientes de la LGDPD).

Entre las medidas de fomento se encuentra la exigencia de introducir en los planes de calidad de las Administraciones públicas, normas mínimas de no discriminación y de accesibilidad, con indicadores de calidad y guías de buenas prácticas (artículo 70); la promoción de la investigación en las áreas relacionadas con la discapacidad en los planes de investigación, desarrollo e innovación (artículo 71,1); el apoyo del desarrollo de normativa técnica (artículo 71,2); el fomento y amparo de la iniciativa privada en tareas que contribuyan a la no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad (artículo 72); y el papel del Observatorio Estatal de la Discapacidad como el principal instrumento de recopilación, sistematización, actualización, generación de información y difusión relacionada con el ámbito de la discapacidad (artículo 73).

Pero las medidas de fomento van más allá de la LGDPD. Así, por ejemplo, algunas de las previsiones presentes en materia de contratos del sector público pueden ser entendidas también como medidas de fomento.

Por su parte, entre las medidas de defensa, la Ley hace referencia en su artículo 74 al sistema de arbitraje, a la tutela judicial y protección contra las represalias en el artículo 75, y a la inversión de la carga de la prueba (artículo 77).

En el ámbito autonómico, muchas comunidades autónomas poseen leyes y reglamentos en materia de transporte público, obras públicas, vivienda, etc., que se refieren a la accesibilidad. Incluso algunas poseen leyes generales sobre accesibilidad. En este punto es posible apreciar una distinción entre las comunidades autónomas cuya regulación ha quedado anquilosada en disposiciones normativas emanadas durante la década de 1990 y primeros años de este siglo y, por otro lado, aquellas regiones que han realizado una labor de actualización de su ordenamiento jurídico, trasponiendo los conceptos modernos de la Convención y de la reciente regulación estatal.

Por otro lado, gran parte de las actuaciones que se deben acometer en materia de accesibilidad le corresponde a los municipios. Los ayuntamientos cuentan con unas competencias muy ligadas a los ámbitos de accesibilidad por lo que su papel en este campo es fundamental. Además, son los que en último extremo tienen que cumplir y, en algunos casos, desarrollar, la ejecución de las leyes y decretos provenientes de sus gobiernos autónomos.

La Constitución, en lo que se refiere a los entes locales, más allá del reconocimiento de su garantía institucional no les asegura un contenido concreto ni un ámbito competencial determinado, sino que remite la concreción de las competencias locales a la legislación estatal y autonómica, según el sistema constitucional de reparto de competencias entre estos. Esto nos lleva a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL) de 2 de abril 1985 y el texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, 18 de abril. Además de la mencionada normativa básica en materia de Administración Local, también es preciso tener en cuenta otras normas básicas como es el Real Decreto Legislativo 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales.

## 4.3. Mecanismos jurídico-administrativos

La LGDPD, en su título III, establece un sistema de garantía de carácter administrativo regulando un régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Su objetivo es evitar que cualquier persona, física o jurídica realice conductas discriminatorias, incumpla las exigencias de accesibilidad o de realización de ajustes razonables. Se trata de una regulación a todas luces insuficiente y muy alejada de la trascendencia que poseen la igualdad, la no discriminación y la accesibilidad universal.

La regulación se proyecta sobre los siguientes ámbitos: a) Telecomunicaciones y sociedad de la información; b) Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación; c) Transportes; d) Bienes y servicios a disposición del público; e) Relaciones con las Administraciones públicas; f) Administración de Justicia; y, g) Patrimonio cultural.

En este sistema cobran una especial relevancia tanto la Oficina de Atención a la Discapacidad (OADIS), como los órganos competentes de las comunidades autónomas.

La OADIS es la encargada de recibir consultas y quejas sobre discriminaciones a personas con discapacidad. Sin embargo, sus respuestas son informativas y orientativas. Además, la OADIS no cuenta con un servicio jurídico que pueda asesorar legalmente a las personas con discapacidad ni tampoco resuelve denuncias. De esta manera, cabe recalcar que la OADIS no impone sanciones, no tiene fuerza vinculante ni admite recursos.

Los tres grandes objetivos de la OADIS son: 1) Conseguir la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad; 2) La no discriminación de las personas con discapacidad y; 3) El respeto de la accesibilidad universal.

El procedimiento en el ámbito de la Administración General del Estado está regulado por la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), si bien también posee relevancia la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). Se trata de un procedimiento regido por los principios de legalidad, tipicidad, responsabilidad, irretroactividad, proporcionalidad, *non bis in ídem* y prescripción.

En el ámbito de las comunidades autónomas, la garantía de la accesibilidad y la no discriminación suele basarse en unas medidas de control previas y en un procedimiento similar al estatal, siendo habitual la remisión al procedimiento administrativo común. En la normativa autonómica es habitual la ampliación expresa de los ámbitos de accesibilidad y no discriminación contemplados en la legislación estatal.

Por otro lado, otra posible forma de garantía de la accesibilidad en el marco del derecho administrativo es la responsabilidad patrimonial de la Administración por el mal funcionamiento de los servicios públicos. El régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración pública está regulado tanto en la LPAC como en la LRJSP.

Por último, la Disposición Adicional Séptima de la LGDPD establece:

> Las infracciones y sanciones en el orden social en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad seguirán rigiéndose por el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

Pues bien, según la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS), constituyen infracciones administrativas en el orden social las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables tipificadas y sancionadas en las leyes del orden social. La LISOS considera como infracciones muy graves los actos del empresario/a contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de las personas trabajadoras; las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad; el acoso por razón de discapacidad.

La efectiva protección de la accesibilidad por vía administrativa se enfrenta a dos problemas de diferente índole. Uno de ellos tiene que ver con la actuación de la propia Administración a la hora de cumplir con sus obligaciones en este campo; el otro, con la dificultad de aplicar la reacción tradicional del derecho cuando se incumplen la normas por parte de la Administración: la sanción.

El primero de los problemas tiene que ver con la inactividad de la Administración. Al respecto, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) dispone en su artículo 25.2: "También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley".

De acuerdo con la definición del artículo 29 de la ley anterior, nos encontramos frente a un supuesto de inactividad de la Administración:

1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

2. Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78.

El segundo de los problemas consiste en la dificultad de sancionar a la Administración, en general, cuando es ella la que incumple la normativa. La posibilidad de sancionar a la Administración trasciende la cuestión de accesibilidad y la no discriminación y se proyecta en otros muchos asuntos, constituyendo una cuestión polémica en el ámbito doctrinal. En este punto entran en juego una serie de principios e ideas que acompañan a la actuación de las Administraciones, tales como la presunción de actuación en aras del interés general o la consideración de que es la ciudadanía en quien finalmente recaen las sanciones a la Administración, más allá de la posible exigencia de responsabilidad al personal funcionario de turno.

En cualquier caso, el artículo 25 de la Ley 29/19 98, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, antes mencionado, señala:

> 1. El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. 2. También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley.

De este modo, se abre la posibilidad de que la Administración sea sancionada, incluso por inactividad, en casos de incumplimiento de las condiciones de accesibilidad y no discriminación.

## 4.4. El sistema de arbitraje

El sistema arbitral en materia de discapacidad pretende resolver las quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal.

El artículo 74 de la LGDPD establece que:

> 1. Previa audiencia de los sectores interesados y de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, siempre que no existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y judicial que en cada caso proceda. 2. El sometimiento de las partes al

sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito. 3. Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y de las administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias.

Se trata de un precepto que reproduce el contenido del artículo 17 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que fue derogada por la LGDPD. Teniendo como referencia este artículo, se aprobó el Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad.

La derogación de la Ley 51/2003 y el mantenimiento del texto en su literalidad en la LGDPD, ha hecho que haya quien afirme que el sistema de arbitraje del RD 1417/2006 ha pasado a mejor vida. A ello se une que el Real Decreto ha tenido una nula aplicación práctica; lo que no ha ocurrido con otros ámbitos del arbitraje, como el derecho del consumo, que vive un auge que perdura desde hace varios años y da muestras de su vigor como institución y aplicación práctica.

## 5. El acceso a la justicia

La Convención recoge, en el artículo 13, el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. El derecho de acceso a la justicia forma parte del derecho al debido proceso o, si se prefiere, del derecho a la jurisdicción.

El acceso a la Justicia presupone así, todos y cada uno de los componentes del debido proceso y, en especial, el derecho a la acción y el derecho a la defensa. El derecho a la acción es el derecho a poner en marcha la actividad jurisdiccional, constituyendo una garantía de la legalidad. Implica la posibilidad de iniciar una controversia, de demandar una respuesta al derecho, en aquellos casos en los que se considere que este se ha incumplido o que debe pronunciarse. El derecho a la defensa es el derecho a no sufrir indefensión. Implica la existencia de un debate contradictorio, esto es, la oportunidad de alegar y probar tus derechos e intereses en un proceso en condiciones de igualdad. Incorpora así el derecho a ser oído por el Tribunal, la igualdad de armas (igualdad de oportunidades procesales), el derecho a la prueba (a proponer, a que sean admitidos los medios propuestos salvo inadmisión motivada, a practicar la prueba admitida) y el derecho a intérprete (básico para la comprensión del proceso y para la garantía de los derechos).

En la construcción del acceso a la Justicia, poseen una importancia fundamental los ajustes de procedimiento. Su alcance se proyecta sobre cualquier persona que se enfrente a barreras en el acceso al debido proceso, y constituyen así verdaderas garantías procesales.

Por otro lado, el correcto funcionamiento del acceso a la Justicia supone satisfacer las exigencias del artículo 119 de la Constitución española: "la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar".

El marco diseñado por los *Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad*, indica en su Principio 6, que las personas con discapacidad tienen derecho a asistencia jurídica gratuita o a un precio asequible. En el mismo sentido se pronuncia el *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos dedicado al Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (A/HRC/37/25, 27 de diciembre de 2017).

En España la asistencia jurídica gratuita se reguló a través de la Ley 1/1996, de 10 de enero. Hay que tener además en cuenta el Real Decreto 586/2022, de 19 de julio, por el que se modifica el Reglamento de asistencia jurídica gratuita, aprobado por el Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo.

En particular, en el artículo 2 de la Ley al determinar el Ámbito personal de aplicación, en lo que se refiere a las personas con discapacidad, se determina que:

> h) Con independencia de la existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita, que se les prestará de inmediato, a ( ) las personas con discapacidad necesitadas de especial protección cuando sean víctimas de delitos de homicidio, de lesiones de los artículos 149 y 150, en el delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2, en los delitos contra la libertad, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y en los delitos de trata de seres humanos.

## 6. Consideración final

Hemos descrito el tratamiento de la accesibilidad en nuestro ordenamiento. Este tratamiento se basa en una idea de accesibilidad que puede ser denominada como restringida o débil. Una idea que circunscribe la accesibilidad a unos ámbitos concretos y que la construye jurídicamente como una obligación.

La accesibilidad en sentido restringido o débil no se desarrolla conforme al enfoque de derechos humanos, y ello a pesar de la posible correlación entre la obligación y el derecho, y a pesar también de la relación que estos ámbitos puedan tener con determinados derechos humanos.

El manejo de este sentido débil de la accesibilidad seguramente es una de las causas de su reiterada insatisfacción y es expresión de la prevalencia de un enfoque de la discapacidad basado en el llamado modelo médico-rehabilitador.

## B. Hacia un sentido integral de la accesibilidad en el derecho: accesibilidad y derechos humanos

La configuración de la accesibilidad presente en la Convención y en la LGDPD permite referirse a un sentido restringido o débil de accesibilidad y a un sentido amplio o fuerte. La distinción entre uno y otro sentido tiene que ver con su proyección y con su fuerza jurídica, esto es, con su garantía.

La accesibilidad en un sentido restringido o débil, en nuestro ordenamiento jurídico, tiene que ver, como venimos reiterando, con los espacios públicos urbanizados y edificaciones, con los modos y medios de transporte, con la comunicación y acceso a la información, con la sociedad de la información y el derecho digital, con las relaciones con los poderes y Administraciones públicas y con el acceso a los bienes y servicios a disposición del público. Hablamos de accesibilidad débil porque, como veremos, este sentido de accesibilidad suele construirse jurídicamente como obligación y posee un sistema de garantías que no es el de los derechos.

Por su parte, la accesibilidad en un sentido amplio o fuerte, tiene que ver, además, con los derechos. Añade así el acceso a derechos como la capacidad jurídica, el empleo, la educación, la participación o la justicia. Hablamos de sentido fuerte porque se construye como derecho y puede participar de los sistemas de garantías diseñados para la protección de estos. Entre ambos sentidos es posible referirse a un sentido intermedio, que conecta ya la accesibilidad con los derechos.

Pues bien, vamos a exponer estos dos nuevos sentidos de la accesibilidad, que están en sintonía con el discurso de los derechos humanos y cuya satisfacción requiere de cambios normativos y, también y sobre todo, actitudinales.

## 1. La accesibilidad en el ámbito del consumo. Un sentido intermedio de la accesibilidad

Es obvio que las personas con discapacidad son también personas consumidoras y, por tanto, titulares de los derechos presentes en el espacio del consumo. Se trata, además, de un espacio importante para los derechos porque, en cierto sentido, es un ámbito en donde se pretenden hacer valer los derechos en las relaciones entre particulares.

### Accesibilidad y consumo

Como es sabido el artículo 51.1 de la Constitución Española establece la obligación de los poderes públicos de garantizar la defensa de las personas consumidoras y usuarias, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad de la salud y los legítimos intereses económicos de las mismas. Por su parte, el artículo 9 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, LGDCU) establece: "Los poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado".

Para el tema que nos ocupa merece una mención especial la Ley 4/2022 de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y su tratamiento del consumidor vulnerable.

El marco normativo encaminado a garantizar la accesibilidad y la no discriminación a las personas consumidoras y usuarias tiene como pilares importantes, también, normas europeas. En este sentido, merece destacar la Directiva 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los requisitos y accesibilidad de los productos y servicios.

Y también nuestro marco normativo está compuesto por la legislación autonómica en materia de consumo que, en su gran mayoría, dispone de alguna normativa específica sobre personas con discapacidad.

Una primera mirada a todo este marco normativo desde el punto de vista de la accesibilidad permite comprobar cómo la regulación española maneja un concepto restringido de esta, vinculado, básicamente, al ámbito de la información de los productos. Sin embargo, esta visión se abre un poco más si tenemos en cuenta el contenido de las disposiciones adicionales de la LGDCU, si tomamos en consideración la incorporación del concepto de persona

consumidora vulnerable y si completamos nuestra visión con la normativa europea. Esta apertura está presente en alguna legislación autonómica y se abre mucho más si incorporamos la dimensión de la no discriminación. Ese proceso de apertura se lleva a cabo incorporando la idea de servicio al ámbito de la accesibilidad.

Pero este proceso en construcción tiene que superar un problema que, a pesar de haber sido resuelto en el ámbito teórico, sigue sin hacerlo en el práctico: la vigencia de los derechos humanos en el ámbito de las relaciones entre particulares.

La conexión entre derecho de consumo y accesibilidad se hace evidente en una dimensión subjetiva: el concepto y los derechos de los consumidores, y la especial atención que esta normativa presta a los consumidores vulnerables; pero también en una dimensión objetiva: en la autonomía de las personas con discapacidad para contratar bienes y servicios. En este sentido el derecho a la accesibilidad conecta con la capacidad para contratar, con la vida autónoma e independiente y la igualdad de oportunidades en el acceso a los bienes y servicios.

## La construcción jurídica de la accesibilidad en su sentido intermedio

Como hemos planteado en el marco conceptual de la accesibilidad, puede construirse un sentido de esta a medio caballo entre el restringido y el amplio, desde su proyección en el ámbito del consumo. Se trata de un sentido que ha tenido alguna plasmación en la discusión jurídica y que abre la posibilidad de llevar la accesibilidad al mundo de los derechos e, incluso, de construirla como un derecho.

Al igual que nos ocurría con la accesibilidad en sentido restringido o débil, la proyección de la accesibilidad en el campo del consumo se manifiesta principalmente a través de los ámbitos de accesibilidad y, por tanto, de la mano de las ya tratadas condiciones de accesibilidad.

El objeto del derecho de consumo son los bienes, productos o servicios, que el o la consumidora contrata con un profesional o comerciante. La accesibilidad requiere que durante todo el proceso de comercialización y uso o disfrute de dichos bienes o servicios se mantenga esta, por lo que debe ser tenida en cuenta en cualquier ámbito y en relación con cualquier producto o servicio. En este sentido podemos afirmar que se trata no de que exista accesibilidad en un momento determinado, sino de que la cadena de accesibilidad

se mantenga durante todo el proceso, es decir, en las distintas etapas o ejes que podemos tomar en consideración desde la fabricación y puesta en circulación de un bien o un producto, hasta el uso que realice de él la persona consumidora, o bien desde la oferta de un servicio y su contratación, hasta la prestación del mismo a la persona usuaria (sea de tracto único o sucesivo).

Como estamos reiterando, la protección de las personas consumidoras se está convirtiendo en la vía para hacer valer los derechos entre personas privadas y por tanto para reaccionar frente a la vulneración de la accesibilidad y la no discriminación en ese ámbito. En cualquier caso, no es la mejor vía si no se compagina con otras, porque confirma la idea de que los derechos fundamentales, en sentido estricto, tienen que ver con relaciones entre ciudadanía y poderes públicos, sacando las relaciones privadas de dicho discurso.

Las personas con discapacidad pueden utilizar los sistemas previstos con carácter general por la legislación sectorial de consumo, o bien acudir al sistema arbitral creado por el Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad.

## 2. Accesibilidad en el discurso de los derechos: la accesibilidad en sentido amplio

Con la aprobación de la Convención, la discapacidad se convierte en un asunto de derechos humanos. Esto obliga a abordar las cuestiones que afectan a las personas con discapacidad con un enfoque de derechos.

La accesibilidad es precisamente una de estas cuestiones, siendo así posible manejar un concepto de esta desde un enfoque de derechos humanos, que es lo que hemos denominado como accesibilidad en sentido amplio o fuerte. Se trata de una perspectiva que supera la visión restringida de la accesibilidad y cuya satisfacción es una condición esencial para el disfrute de los derechos. Desde esta perspectiva la accesibilidad puede ser concebida como un derecho singular y como parte del contenido esencial de los derechos (también de los derechos fundamentales). También, desde esta perspectiva, su relación con la no discriminación se hace más evidente.

La adopción de un sentido amplio de accesibilidad exige cambios normativos importantes. En lo que sigue vamos a dar cuenta de esta construcción y de los cambios más relevantes.

## 2.1. Un nuevo tratamiento normativo de la accesibilidad

El sentido amplio o fuerte de la accesibilidad supone el acceso a todos los bienes y derechos. Se fundamenta en el libre desarrollo de la personalidad que para su satisfacción necesita del acceso a bienes y derechos fundamentales.

Este sentido amplio o fuerte de la accesibilidad conecta con el discurso de los derechos humanos. La falta de accesibilidad produce situaciones de discriminación y, en ocasiones, insatisfacción de derechos. De alguna manera, si la historia de los derechos humanos puede ser descrita como una historia de lucha contra la discriminación, no es descabellado subrayar cómo la accesibilidad, o si se quiere, el acceso al disfrute de los derechos, ha ocupado un importante papel en ella.

La accesibilidad en sentido amplio favorece una construcción de esta y de sus elementos como derechos.

Su relevancia en el discurso de los derechos humanos puede evidenciarse a través de la importancia que posee en los contenidos de todos los derechos, comenzando por los tres grandes referentes que el propio artículo 9 de la Convención señala: vida independiente, participación y no discriminación.

Por otro lado, en algunos casos, el significado básico de un derecho se corresponde con la idea de accesibilidad, como es el caso del acceso a la justicia. A partir de ahí, es en los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) donde aparece de forma clara.

Por ejemplo, la relación entre el derecho a la salud y la exigencia de accesibilidad aparece en la Observación general núm. 14 (2000) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. El párrafo 12 de la Observación general incorpora el desarrollo de la idea de accesibilidad en cuanto al derecho a la salud. Se considera que hay cuatro dimensiones de la accesibilidad, que se dan de forma superpuesta. Estos son: la accesibilidad como no discriminación, la accesibilidad física, la accesibilidad económica (o asequibilidad) y el acceso a la información.

Por su parte, la ausencia de accesibilidad del derecho a la educación hace que sea un derecho impracticable. Se trata pues de una exigencia que se proyecta sobre todas las personas titulares del derecho a la educación, pero que posee una importancia mayor en relación con las personas con discapacidad.

En relación con el derecho al empleo, la accesibilidad tiene que ver con el acceso a un puesto de trabajo y a su desarrollo posterior en idénticas condiciones

para todas las personas. Y esa accesibilidad y su relación con la no discriminación tiene una vertiente principal en las situaciones de vulnerabilidad, en especial en relación a la protección de las personas con discapacidad. La satisfacción de la accesibilidad en el ámbito del empleo se manifiesta a través del establecimiento de condiciones que garanticen un mercado abierto e inclusivo, el diseño universal del mercado de trabajo y con el establecimiento de condiciones que posibiliten la realización de medidas concretas en forma de ajustes.

## 2.2. Nuevas dimensiones de la accesibilidad desde su sentido amplio

La accesibilidad universal en el sentido amplio incorpora dimensiones a su significado y alcance que derivan del enfoque de derechos.

### Los apoyos y la asistencia

La idea de accesibilidad en sentido amplio no se puede explicar sin tener en cuenta los apoyos y la asistencia. Estas ideas forman parte de su contenido en todas sus proyecciones, aunque de forma más clara cuando se trata de servicios o de derechos.

Los apoyos y la asistencia se pueden manifestar a través del diseño de técnicas, instrumentos o procedimientos, o también mediante la colaboración de personas. Apoyos y asistencia pueden ser tratados de manera conjunta poseyendo tres proyecciones: a) la del ejercicio de los derechos (vinculada y presente en todos los derechos); b) la de la toma de decisiones (vinculada al ejercicio de la capacidad jurídica); y c) la de las actividades básicas (o fundamentales) de la vida diaria (vinculado a la vida independiente y a la inclusión en la comunidad).

Dentro de los apoyos y la asistencia es posible diferenciar una proyección universal en donde tienen cabida el diseño (servicio de apoyo en un juzgado), incluso en su dimensión particular (servicio de apoyo a un colectivo de discapacidad concreto) y un ámbito individual, en donde entran en juego los ajustes (apoyo concreto a una persona).

Las 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 que podemos denominar previa (que tiene lugar cuando se crea el producto, el entorno, el servicio o el derecho), en donde tiene cabida el diseño; una proyección posterior (cuando el diseño falla de forma justificada), en donde tienen cabida las medidas de accesibilidad (de ámbito general); y una proyección última

(cuando el diseño y las medidas de accesibilidad fallan de forma justificada), de ámbito particular, en donde entran en juego los ajustes.

El apoyo y la asistencia a una actividad o a un conjunto de actividades pueden así ser configurados como servicio general, desde la idea del diseño universal, adaptados a los diferentes tipos de discapacidad y compatibles con la realización de ajustes razonables cuando sea preciso. Y esto vale para las diferentes formas de apoyo y asistencia.

**Accesibilidad, universalidad e igualdad**

Una segunda dimensión de la accesibilidad, que adquiere un nuevo significado al contemplarla desde un enfoque de derechos, tiene que ver con los principios de universalidad e igualdad. Estos principios se proyectan en tres cuestiones relevantes para la accesibilidad: su satisfacción en Estados complejos, su importancia en las zonas rurales y su presencia en las relaciones entre particulares.

La accesibilidad es un bien universal que debe ser disfrutado en condiciones de igualdad y sin discriminación. Y esta exigencia adquiere relevancia en el ámbito de Estados complejos como el nuestro. Si mantenemos un sentido amplio de la accesibilidad, es posible una interpretación del artículo 149,1 de la Constitución Española y a través de esta garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho a la accesibilidad o de sus exigencias como factores determinantes para satisfacer otros derechos. Eso sí, siendo conscientes de que este título competencial es, de acuerdo con reiterada jurisprudencia constitucional, autónomo, positivo y habilitante, pero no legitima al Estado para realizar un diseño completo y acabado del régimen jurídico, que prohíba toda divergencia autonómica.

Por su parte, la atención al ámbito rural constituye una cuestión muy relevante cuando hablamos de la accesibilidad y, en general, cuando hablamos de la satisfacción de los derechos. Por eso no es extraño que la normativa internacional y nacional presten atención a los ámbitos rurales. El diseño del entorno rural provoca la aparición de barreras, muchas de ellas estructurales, que hay que superar para el disfrute de los derechos. Y como no podría ser de otra forma, estas barreras repercuten claramente en la accesibilidad. Los entornos rurales son, en muchas ocasiones, olvidados cuando se aborda la accesibilidad, llegándose a producir situaciones de discriminación.

La exigencia de accesibilidad, al ser universal, se proyecta en todas las personas, pero también en todos los bienes, productos, servicios y derechos. Sin

embargo, seguramente por el manejo de una idea de accesibilidad en sentido débil o restringido, suele reducirse esa proyección quedando en ocasiones limitada al espacio de lo público o reforzada considerablemente en ese espacio respecto del privado.

Esta limitación de la accesibilidad puede estar presente también con el manejo de un sentido fuerte y amplio de la discapacidad que la conecta con los derechos. Y ello es así porque, a pesar de que, desde un punto de vista teórico, como ya hemos señalado, la cuestión de la presencia de los derechos en el ámbito de las relaciones entre privados parece que está ya resuelto, desde un punto de vista social, ocurre algo distinto. Todavía existe la creencia de que los derechos se tienen frente al poder público y no frente a los poderes privados. En el ámbito de las relaciones privadas los derechos no tienen fuerza o, si la tienen, está muy reducida. Se trata de una concepción no adecuada de los derechos que se ve apoyada en ocasiones por normas y por posicionamientos judiciales.

Una correcta comprensión de los derechos exige situarlos tanto en el plano de lo público como en el de lo privado. Y algo parecido ocurre con la accesibilidad.

## 2.3. De nuevo sobre los límites de la accesibilidad

La construcción de la accesibilidad en un sentido que vaya más allá del que hemos denominado como débil posee una repercusión muy relevante en la cuestión de los límites, al dar entrada al enfoque de derechos. La presencia de los derechos añade un plus de exigencia de justificación y eleva el discurso, demandando razones con un peso al menos similar al que poseen los derechos. Desde el sentido amplio o fuerte de accesibilidad, su incumplimiento no justificado implica la violación de un derecho.

En relación con los límites actitudinales, ya señalamos cómo no son admisibles. Y esto se acrecienta si llevamos la accesibilidad al enfoque de derechos. Los límites actitudinales dificultan el ejercicio de derechos por lo que su solución no puede demorarse en el tiempo.

Los límites actitudinales en realidad son visiones que constituyen una mala interpretación de los derechos humanos (como puede ser pensar que estos poseen un menor valor en el campo privado al estar este presidido por otros valores). En ocasiones, lo que está detrás es el coste presentado en términos de razonabilidad (para algunos puede no ser razonable que existan intérpretes de lengua de signos en aulas donde no hay personas sordas). Y, en otras ocasiones, lo que hay es el predominio de unos derechos sobre otros (por ejemplo, la

libertad de empresa frente al derecho al trabajo). Solo en este último de los casos puede discutirse sobre su admisibilidad, siempre y cuando se lleve a cabo un examen de su proporcionalidad y se tengan en cuenta la posible existencia de medidas y ajustes.

El tratamiento de la accesibilidad desde un enfoque de derechos incide también claramente en otro de los límites que abordamos dentro de la categoría de los límites de lo posible: los límites que derivaban de la afectación de otros derechos y bienes. Y esta incidencia recae básicamente en el funcionamiento del juicio de proporcionalidad.

Y es que este test toma como referencia fines y valores constitucionales y el peso de los bienes y derechos en juego. De esta manera, si manejamos un concepto de accesibilidad basado en los derechos humanos, su fuerza jurídica aumenta considerablemente y su limitación exige una justificación más exigente.

Por último, la asunción de un concepto amplio de accesibilidad altera claramente el tratamiento de la cuestión de los costes.

Normalmente cuando se habla del coste desproporcionado de la accesibilidad se suele hacer utilizando este sentido restringido que, como venimos reiterando, está separado del discurso de los derechos. Sin embargo, si manejamos un sentido fuerte o amplio, la cuestión del coste debe tomarse en consideración en el marco del discurso de los derechos.

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 estos al servicio de la economía.

De esta forma, la utilización de un argumento basado en un coste desproporcionado en el ámbito de la accesibilidad 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 otras personas). Pero, además, deberá evaluar el coste que conlleva la insatisfacción del bien en términos de falta de inclusión o de segregación.

Los límites a la accesibilidad solo pueden considerarse debidamente justificados cuando median argumentaciones económicas; si los costes derivados del diseño universal o de los ajustes ponen en peligro o lesionan el ejercicio legítimo de otros derechos, así como la realización de los cometidos públicos orientados a su salvaguardia. No basta con acreditar que un porcentaje significativo del presupuesto de una Administración o de una entidad tendría que dedicarse a garantizar la accesibilidad, sino que resulta indispensable demostrar que ello implica dejar de salvaguardar otros derechos del mismo calado constitucional.

En resumen, el incumplimiento de la accesibilidad solo va a estar justificado, y por lo tanto no va a suponer la violación de un derecho o una discriminación, cuando: a) no es posible hacerlo de otro modo (no existe conocimiento ni técnica para ello), b) afecta gravemente a otro derecho o bien fundamental al que se le da prioridad después de un juicio de proporcionalidad.

Para decidir sobre la razonabilidad o proporcionalidad de una medida destinada a satisfacer la accesibilidad se debe analizar cómo repercute esta en los derechos, y esto exige: a) tener en cuenta la situación (social, económica, etc.) de todas las personas implicadas; b) relacionar la medida con un fin constitucional (para defenderlo o limitarlo); c) probar que la medida (la que satisface o limita) sirve para conseguir ese fin; d) justificar que la medida (la que satisface o limita) es la que menos daño y más beneficios produce (en los derechos de las personas implicadas).

En ningún caso el argumento del coste puede ser utilizado para restringir la accesibilidad y, por lo tanto, tampoco para rechazar la realización de ajustes, salvo que se trate de un coste desproporcionado. Para saber si un coste es desproporcionado es necesario hacer un juicio de proporcionalidad y por lo tanto analizar su repercusión en los derechos de las personas implicadas.

## 2.4. La construcción jurídica de la accesibilidad universal en sentido fuerte

El sentido fuerte de la accesibilidad arrastra la posibilidad de concebirla como obligación, pero apuesta por llevarla al discurso de los derechos. Esta apuesta conlleva entender la accesibilidad como parte del contenido esencial de los derechos y como una exigencia de no discriminación en su disfrute.

La Convención no articula explícitamente la accesibilidad como un derecho humano. Ello ha suscitado diversas interpretaciones en el foro internacional y la doctrina, sin que exista al día de hoy una postura común que se haya impuesto.

En lo que se refiere a la LGDPD, aunque sus profusas disposiciones en la materia proporcionan base normativa para la construcción de un derecho a la accesibilidad, lo cierto es que en su articulado no hay disposición que expresamente lo consagre.

La consideración de la accesibilidad como obligación o como derecho, tiene que ver, de nuevo, con el manejo de un concepto de accesibilidad restringido y débil o un concepto de accesibilidad amplio y fuerte. Ahora bien, aunque pueda defenderse así la prevalencia de una u otra construcción, ya advertíamos en 2007 que no son incompatibles entre sí.

Así al igual que su contenido se expande a través de diferentes figuras (diseño, medidas, ajustes), su construcción jurídica es poliédrica. En efecto, la accesibilidad puede aparecer como obligación o como derecho (ya sea derecho singular o parte esencial de un derecho), pero también, como exigencia de no discriminación.

**Accesibilidad y contenido de los derechos**

El derecho a la accesibilidad como parte del contenido de los derechos humanos puede tener diferentes proyecciones.

En línea de principio, en este ámbito, la accesibilidad se presenta como el contenido esencial de todo derecho, incluidos los derechos fundamentales, y se manifiesta a través de aquellas medidas que permiten el acceso, el uso y la práctica de un derecho. Se trata así de una exigencia susceptible de defender jurídicamente al hilo de la defensa de cualquier derecho fundamental. Precisamente, hemos comenzado el punto sobre la accesibilidad en sentido fuerte mostrando cómo la idea de accesibilidad estaba presente en los derechos.

Ahora bien, en ocasiones, los contenidos de accesibilidad que posibilitan el ejercicio de un derecho se han constituido en derechos singulares adquiriendo una individualidad propia. El alcance de estos derechos puede ser muy diferente.

Un ejemplo de construcción de un derecho desde el contenido de otros y utilizando el sentido fuerte de accesibilidad es el del, tantas veces aludido en este informe, derecho de acceso a la Justicia. Y este derecho singular, el acceso a la justicia, posee diferentes contenidos, algunos de los cuales se han convertido, de nuevo, en auténticos derechos. Desde un punto de vista general, es posible referirse así a los ajustes de procedimiento como derechos.

Pero, además, la accesibilidad universal puede ser considerada como parte del contenido esencial de los derechos. Y es que forman parte del contenido esencial de un derecho aquellas circunstancias que permiten su ejercicio y su

protección, esto es, aquellas circunstancias que, si no se satisfacen, el derecho se convierte en impracticable.

El contenido esencial tiene que ver con haz de facultades y con condiciones de ejercicio de un derecho y no cabe duda de que la accesibilidad forma parte de ellas. 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, son también exigencias de una educación inclusiva y, por tanto, del contenido esencial del derecho a la educación.

Los apoyos y la asistencia que, como ya hemos señalado, se corresponden con el sentido de la accesibilidad pueden formar parte del contenido esencial de los derechos y, por tanto, su falta puede suponer una transgresión de ese derecho.

**La accesibilidad universal como exigencia de no discriminación**

La ausencia de accesibilidad puede tener como resultado una situación de discriminación prohibida por nuestro artículo 14 de la Constitución (Sentencia del Tribunal Constitucional 269/1994, de 3 de octubre), y por el artículo 5 de la Convención. En este sentido, la accesibilidad puede ser vista como una exigencia de no discriminación.

Obviamente, para que esto sea así se deben dar aquellas condiciones que se exigen para hablar de discriminación que, en este caso, pasan por considerar que la ausencia de accesibilidad se produce por razón de discapacidad o coloca a la persona con discapacidad en una situación de insatisfacción de un bien, producto, servicio o derecho, de manera no justificada en relación con los demás. Como siempre que se abordan cuestiones de discriminación, las razones en juego se convierten en el aspecto fundamental.

En todo caso, esta construcción de la accesibilidad, al igual que la anterior, se proyecta en todo el eje de la accesibilidad. Y subrayamos esta consideración porque es habitual establecer esta relación respecto al ajuste razonable y no necesariamente en relación a las otras dimensiones de la accesibilidad.

## 2.5. La garantía de la accesibilidad en sentido fuerte

La garantía de la accesibilidad y la no discriminación en sentido amplio o fuerte se desarrolla, como ya hemos apuntado, en el campo de todos y cada uno

de los derechos. Este parece ser el sitio natural para garantizar la prohibición de no discriminación dado el significado que esta tiene en el discurso de los derechos. Pero como ya hemos visto, la accesibilidad en sentido amplio o fuerte, se manifiesta bien como parte del contenido fundamental (y en ocasiones esencial) de los derechos, bien como condición de no discriminación. Así, en su delimitación hay que atender a la protección general de los derechos y a la garantía de la igualdad y la no discriminación.

Se trata de una protección no diseñada para proteger la accesibilidad pero que, en coherencia con lo ya señalado, es posible proyectarla en ella. En todo caso, y antes de desarrollarla, es importante advertir que, incluso cuando encontramos manifestaciones explícitas de esta idea de accesibilidad, la respuesta del ordenamiento vuelve a ser una protección mal enfocada al desarrollarse principalmente en el ámbito administrativo. Un claro ejemplo de ello está constituido por la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (aprobada por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto). Y algo parecido ocurre con la garantía de la no discriminación.

Sin embargo, como venimos subrayando, la accesibilidad y la no discriminación pueden desenvolverse en el marco de protección de los derechos fundamentales. Y así, es posible diferenciar entre garantías nacionales e internacionales.

Las garantías nacionales pueden ser de regulación, de control y fiscalización, y judiciales. Las garantías de regulación afectan al desarrollo y aplicación de las disposiciones constitucionales que protegen los derechos fundamentales, teniendo especial relevancia la reserva de ley, que en ocasiones debe ser una Ley Orgánica, (artículo 53 de la Constitución Española) y a su posible reforma (para lo que hay que atender a los artículos 167 y 168 de la Constitución Española que regulan la reforma constitucional). Por su parte, las garantías de control y fiscalización son instrumentos parlamentarios encaminados a supervisar la incidencia que, en la esfera de los derechos fundamentales y las libertades públicas, tiene la actividad de los entes administrativos. Entre estos instrumentos destaca la figura del Defensor del Pueblo, aunque también poseen cierta relevancia las preguntas e interpelaciones parlamentarias, las comisiones de investigación del Parlamento, así como el ejercicio del derecho de petición.

En todo caso, la piedra angular de la protección de los derechos fundamentales es el control jurisdiccional. En este ámbito determinados derechos, incluido el derecho a la igualdad y la no discriminación, cuentan con garantías judiciales reforzadas. Entre ellas se encuentra el denominado amparo judicial ordinario que, como se verá, supone la puesta en marcha de un

procedimiento preferente y sumario en los diferentes órdenes jurisdiccionales. Y también las garantías efectuadas por el Tribunal Constitucional que se dividen en el control de constitucionalidad (recurso de inconstitucionalidad del artículo 161 de la Constitución y cuestión de inconstitucionalidad del artículo 163) y el amparo constitucional del artículo 53.2 de la Constitución Española, al que nos referiremos más adelante.

Un lugar importante en las garantías nacionales lo ocupa el Ministerio Fiscal. A diferencia de otros órganos a los que el ordenamiento jurídico también atribuye la defensa de la legalidad y, en particular, de los derechos fundamentales (así, por ejemplo, el Defensor del Pueblo, pero también otros sujetos, como las nuevas instituciones en defensa de la igualdad de género o de trato y no discriminación frente a otros motivos de discriminación), el Ministerio Fiscal desempeña tales cometidos *junto y ante los Tribunales*, en el marco del proceso, y a las puertas del mismo o en sus aledaños, porque también el fiscal desempeña cometidos extraprocesales, necesarios muchas veces para actuaciones procesales ulteriores. Esta labor, en el terreno de la accesibilidad y los derechos de las personas con discapacidad es singularmente relevante.

En el ámbito de las garantías internacionales, es posible distinguir entre garantías universales y garantías regionales. Las garantías universales son el conjunto de normas (tratados o convenciones y declaraciones) y de organismos (comités, relatorías especiales) pertenecientes a la Organización de las Naciones Unidas que tienen como fin la promoción y la protección de los derechos humanos. Las garantías regionales están también compuestas por normas y organismos (que esta vez incluyen tribunales). En el caso de España interesa especialmente el sistema europeo de protección articulado en torno al Consejo de Europa y cuyo principal órgano es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos competente para enjuiciar, bajo determinadas circunstancias, las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Asimismo, también interesa hacer referencia a la Carta Social Europea y al procedimiento de reclamaciones colectivas desarrollado ante el Comité Europeo de Derechos Sociales.

## C. Conclusiones

Es necesario analizar y regular la discapacidad y en lo que atañe a este estudio, la accesibilidad, desde un enfoque de derechos humanos. Sin embargo, muchas de las exigencias de este enfoque no están presentes en el tratamiento normativo de la discapacidad en España.

Este tratamiento normativo, desde 2006 hasta ahora, se ha caracterizado, por un lado, por el reconocimiento de derechos que las personas con discapacidad no tenían (lo que ha supuesto un importante avance), y por otro, y sobre todo, por el desarrollo de una estrategia de no discriminación a través de políticas públicas tanto en el plano estatal como en el autonómico.

Pero esta estrategia de no discriminación se ha realizado sin conexión con el discurso de los derechos. Probablemente, han contribuido a ello dos circunstancias distintas; una de índole social y otra propiamente jurídica.

La de índole social tiene que ver con la presencia en la sociedad de una visión de la discapacidad que es la del llamado modelo médico-rehabilitador, para la cual la discapacidad es sobre todo una condición especial de ciertas personas que hay que normalizar e integrar en la sociedad a través, principalmente de políticas asistenciales. El de la asistencia social es un marco fundamental para la satisfacción de los derechos de las personas con discapacidad, pero tiene que ser desarrollado dentro del enfoque de derechos.

La de índole normativo es consecuencia seguramente de nuestro diseño constitucional, aunque también de la circunstancia anterior. Y es que, en nuestro diseño constitucional la discapacidad aparece en el artículo 49 de la Constitución Española, dentro de los "Principios Rectores de la Política Social y Económica", que, como se sabe, es un espacio en el que se encuentran muchos de los derechos económicos, sociales y culturales; derechos menos protegidos y cuyo carácter de derechos fundamentales es discutido. Esto ha provocado además que muchas personas consideren que los derechos de las personas con discapacidad son derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, los derechos de las

personas con discapacidad son todos los derechos y también, cómo no, los derechos económicos, sociales y culturales.

Además, en nuestro diseño constitucional, la exigencia de no discriminación se construye a partir del artículo 14 de la Constitución Europa, un artículo que, gracias a una interpretación literal del texto constitucional no está sujeto a la reserva de ley orgánica, siendo esta reserva uno de los elementos propios del enfoque de derechos.

Por último, el reparto competencial de la Constitución Española y la inclusión de los mecanismos de satisfacción de las demandas y los intereses de las personas con discapacidad en el marco del título competencial "servicios sociales", atribuido a las comunidades autónomas contribuye también a esa visión alejada del discurso de los derechos.

Estas razones explican cómo los límites actitudinales en relación con la accesibilidad son causa de la discriminación estructural y están en el origen de la deficitaria protección de los derechos de las personas con discapacidad y de la necesidad de elaborar en este campo discursos especiales y de diferenciación positiva. La manera de acabar con ellos no es fácil porque requiere de políticas de concienciación, de políticas educativas y de reformas normativas (empezando por la Constitución Española).

La entrada de la discapacidad en el discurso de los derechos no ha sido una entrada completa. A pesar de que sobre el papel las personas con discapacidad poseen los mismos derechos que el resto de las personas, la realidad es que muchos de estos no se satisfacen. Las personas con discapacidad siguen teniéndose que enfrentar a barreras en el disfrute de los derechos. Se trata de barreras que dificultan el acceso a los derechos y que ponen de manifiesto cómo una de las grandes exigencias del modelo social y del modelo de derechos humanos, la accesibilidad, no se satisface íntegramente.

Esta insatisfacción de la accesibilidad es también consecuencia de las dos circunstancias, social y normativa, a las que antes aludíamos, que han provocado en este punto una construcción de esta exigencia alejada del discurso de los derechos humanos.

El discurso de los derechos humanos demanda un cambio de mentalidad, un cambio conceptual y cambios normativos en materia de accesibilidad.

Los cambios normativos, que sin duda se incluirán en los otros, deben comenzar por la propia Constitución Española. Y es que nuestro texto

constitucional sigue anclado en el modelo médico y hace difícil avanzar hacia el modelo de derechos humanos.

## 1. El marco jurídico conceptual de la accesibilidad

Resulta absolutamente necesario aclarar el marco jurídico conceptual de la accesibilidad y ajustar el ordenamiento jurídico a dicho marco. Esto implica tener claros los sentidos, las dimensiones, la naturaleza jurídica y la protección jurídica.

La accesibilidad universal puede ser entendida de tres maneras: en un sentido restringido o débil, en un sentido intermedio, y en un sentido amplio o fuerte.

Así, el sentido restringido o débil de la accesibilidad, que se proyecta sobre "productos, 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". Desde esta perspectiva la accesibilidad se circunscribe a una serie de ámbitos y se expresa a través de unas condiciones que deben cumplirse en esos ámbitos.

El sentido intermedio es el resultado de proyectar la accesibilidad al marco del uso y consumo de bienes, productos y servicios y, de esta forma, se conecta con los derechos de las personas consumidoras y usuarias.

Por su parte, el sentido amplio o fuerte de la accesibilidad supone el acceso a todos los bienes y derechos. Se fundamenta así 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 derechos.

El tratamiento de la accesibilidad más extendido es aquel que maneja un sentido restringido o débil. Sin embargo, un tratamiento normativo de la accesibilidad desde el enfoque de derechos humanos requiere del manejo de un sentido amplio o fuerte de la accesibilidad.

Por otro lado, la accesibilidad es una exigencia compleja ya que está compuesta por varias dimensiones. Así, la accesibilidad es una exigencia dinámica que requiere tener en cuenta los procesos que conlleva el uso de los productos,

servicios y derechos; esto es, las cadenas de accesibilidad. Por otro lado, la accesibilidad debe tener presente la diversidad humana y, por tanto, los distintos tipos de discapacidad. De igual manera se trata de una exigencia universal (para todas las personas, con independencia de condiciones y situaciones), conectada a la no discriminación (por lo que su regulación debe prestar especial atención a las situaciones de vulnerabilidad) y que se desenvuelve tanto en el ámbito público como en el privado.

Un correcto tratamiento de la accesibilidad debe tener presente las diferentes dimensiones que la componen.

La construcción jurídica de la accesibilidad depende del sentido que se maneje de esta. Así, normalmente, una utilización del sentido restringido o débil conlleva una construcción de la accesibilidad como principio o como obligación. Por su parte, el sentido intermedio de la accesibilidad incorpora una construcción como derecho vinculado a los derechos de las personas consumidoras y usuarias. La accesibilidad en sentido amplio o fuerte incorpora una construcción como derecho humano o como parte del contenido esencial de los derechos humanos.

En todos esos casos, la accesibilidad aparece como exigencia de no discriminación, si bien con una fuerza acorde con el sentido que se maneja.

El enfoque de derechos aplicado a la accesibilidad exige ser conscientes de su naturaleza poliédrica. Así, al igual que el contenido de la accesibilidad se expande a través de diferentes figuras (diseño, medidas, ajustes), su construcción jurídica es poliédrica. En efecto, la accesibilidad puede aparecer como obligación o como derecho (ya sea derecho singular o parte esencial de un derecho), pero también, como exigencia de no discriminación.

Los instrumentos de garantía de la accesibilidad son distintos dependiendo de la construcción jurídica que se maneje. En este sentido, la protección de la exigencia de accesibilidad de las personas con discapacidad, puede hacerse a través de tres vías.

La primera de ellas se corresponde con la visión restringida y débil y, por tanto, con una construcción de la accesibilidad como obligación. Se trata de la vía más utilizada pero, como demuestra la experiencia, con poca eficacia para la resolución de situaciones de falta de accesibilidad. Los mecanismos para su garantía, más allá de aquellos que tienen que ver con el control previo de condiciones o el fomento, es la vía administrativa de la LGDPD que implica la posibilidad de denunciar ante el órgano administrativo competente, incluyendo los del ámbito social, y ante la OADIS, la vía de protección de las

personas consumidoras, el arbitraje o la denuncia ante la Fiscalía y el Defensor del Pueblo.

La segunda es una vía menos explorada. Se trata de la continuación de los mecanismos anteriores cuando la accesibilidad o la no discriminación no han sido bien protegidas, pero también podría convertirse en el primer paso si nos tomásemos en serio la accesibilidad y la no discriminación, y manejásemos una visión más próxima a lo que hemos denominado como visión amplia. En ella, la protección se lleva a cabo a través de su garantía judicial ordinaria, dando entrada también a la Fiscalía y al Defensor del Pueblo. En esta vía, la posibilidad de considerar la accesibilidad como un derecho de las personas consumidoras y usuarias abre la posibilidad de utilizar los instrumentos presentes en este marco.

La tercera de las vías, posible una vez se agota la anterior, implica utilizar la protección especial en materia de derechos que suponen los procedimientos especiales de tutela de los derechos, el amparo ante el Tribunal Constitucional, la protección internacional regional y la protección internacional universal, con especial mención a la que podría proporcionar el Comité.

## 2. La necesidad de reformar la Constitución

Varios son los preceptos constitucionales cuya revisión favorecería una mejor entrada del enfoque de derechos humanos en el tratamiento de la accesibilidad (y con ello, de los derechos de las personas con discapacidad en general). En concreto, nuestra propuesta tiene que ver con los artículos 49, 14, 81, 153 y 53 de la Constitución Española.

Como es sabido, desde el año 2018 se encuentra en el Congreso de los Diputados un proyecto de ley por el que se reforma el artículo 49 de la Constitución Española. Se trata de una reforma necesaria, pero el texto propuesto es insuficiente por varios motivos. En primer lugar, porque no se hace mención explícita a la accesibilidad. En segundo lugar, porque las menciones a la autonomía personal y a la inclusión social deberían ir acompañadas de la vida independiente y, con ella de una referencia a los apoyos y la asistencia. Y, en tercer lugar, porque el nuevo texto debería también referirse al derecho a la atención integral y a la atención temprana. En este sentido, consideramos mejor una redacción como la siguiente:

> 1. Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título y deben poder ejercerlos y disfrutarlos en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación.

2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal, la vida independiente y la participación e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas se orientarán a la eliminación de barreras de entorno y actitudinales asegurando los derechos a la accesibilidad universal y a la prestación de apoyos y asistencia; respetarán la libertad de elección y preferencias de las personas con discapacidad garantizando su libre desarrollo y la atención integral, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad en los términos que establezcan las leyes. Se atenderán particularmente las necesidades de las mujeres y niñas con discapacidad y la atención temprana.

3. Se regulará la protección reforzada de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes.

4. Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los tratados internacionales ratificados por España que velan por sus derechos.

Una reforma de este tipo, permitiría argumentar a favor del reconocimiento del sentido amplio y fuerte de accesibilidad, y construirla ya definitivamente como derecho. Ahora bien, esta reforma puede ser insuficiente si se quiere definitivamente incorporar la discapacidad al discurso de los derechos.

Así, parece necesario, en primer lugar, trasladar este precepto constitucional a la sección 2ª del Capítulo segundo del Título primero, haciéndolo salir del capítulo dedicado a los minusvalorados "Principios Rectores de la política social y económica". Con ello se reforzaría su contenido y sus garantías.

En segundo lugar, y en relación con el artículo 14 de la Constitución Española, sería preciso introducir expresamente el término discapacidad entre las prohibiciones de discriminación. Y ello con independencia de que la entrada de la discapacidad, en el artículo 14 tenga cabida en la referencia final del precepto al hablar de "cualquier otra condición o circunstancia personal o social", y así lo reconoció nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 269/94 de 3 de octubre. Además, la prohibición de discriminación por razón de discapacidad forma parte de nuestro ordenamiento en virtud de diversas normas de la Unión Europea, entre las que destacan el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam, la Directiva 2000/78/CE y el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales. Así, el artículo14 de la Constitución Española diría: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, **discapacidad** o cualquier otra condición o circunstancia personal o social" (en negrita el añadido).

Con el objetivo de favorecer la lucha contra la discriminación y dejar a un lado la visión que parece alejarla del discurso de los derechos, sería necesario una reforma del artículo 81 que permitiera extender a su ámbito el contenido del artículo 14: "Son leyes orgánicas las relativas **a la lucha contra la discriminación,** al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución" (el añadido en negrita). Obviamente una ley sobre derechos de las personas con discapacidad, de carácter orgánico, serviría para dar cuenta de la entrada de esta situación en el ámbito de los derechos humanos.

Lo anterior tendría sin duda una repercusión importante en la legislación autonómica en materia de discapacidad y serviría para dar más fuerza a lo dispuesto en el artículo 149.1: "1.ª La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales".

Las competencias exclusivas estatales en materia de igualdad se circunscriben a las condiciones básicas que sirvan para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos de cada individuo, ostentando en todo caso la correspondiente preponderancia frente a la normativa autonómica en caso de conflicto.

En todo caso, si mantenemos un sentido amplio de la accesibilidad, sería posible una utilización más fuerte del artículo 149.1 y a través de esta garantizar la igualdad de todas las personas con nacionalidad española en el ejercicio del derecho a la accesibilidad o de sus exigencias como factores determinantes para satisfacer otros derechos.

Por otro lado, ya hemos abordado las dificultades que existen a la hora de sancionar a la Administración. Uno de los argumentos que se utilizan para cuestionar esta posibilidad en el campo de las relaciones entre Estado y comunidades autónomas. Y es que se afirma que este tipo de actuación (la sanción a la Administración autonómica por parte de la estatal) supone introducir un nuevo mecanismo de control de legalidad por parte del Estado. Si esto se entiende así, nos toparíamos con lo dispuesto en el artículo 153 de la Constitución española, que afirma:

> El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá: a) Por el Tribunal Constitucional, el relativo a la constitucionalidad de sus disposiciones normativas con fuerza de ley. b) Por el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, el del ejercicio de funciones delegadas a que se refiere el apartado 2 del artículo 150. c) Por la jurisdicción contencioso-administrativa, el de la Administración

autónoma y sus normas reglamentarias. d) Por el Tribunal de Cuentas, el económico y presupuestario.

Pues bien, a pesar de que el Tribunal Constitucional en su sentencia 111/1996 señaló que la lista del 153 era incompleta y ha permitido ampliarla en algunos casos (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2011, de 13 de diciembre), tal vez sería oportuno introducir este supuesto en el texto del artículo 153.

Por último, parece necesario llevar al texto constitucional de manera explícita que los derechos están vigentes tanto en el plano público como en el plano privado. En este sentido será oportuno añadir una referencia a los poderes privados en el artículo 53: "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos y **privados**" (la negrita sería el añadido)

## 3. Algunos cambios legales necesarios

Junto a los cambios constitucionales, difíciles de lograr debido a la necesidad de alcanzar consensos en el ámbito político, pero absolutamente necesarios para tomarnos en serio los derechos de las personas con discapacidad, también parecen necesarios cambios legales, ya sea a nivel estatal como autonómico. Algunos de estos es posible que tuvieran más fuerza si tuvieran un apoyo en la Constitución española.

### El derecho a la accesibilidad

El primero de los cambios afecta a la LGDPD. Como ya hemos señalado, en coherencia con los cambios del anterior punto, debería convertirse en una ley orgánica y, a partir de ahí, modificar su contenido con esa nueva consideración.

Parece necesario incorporar una mención expresa a la accesibilidad universal como derecho y, con ella, abordar una construcción en el mismo sentido tanto del diseño universal como del ajuste. Así, debería diferenciarse el derecho a la accesibilidad del derecho a la vida independiente; incorporar un capítulo sobre la accesibilidad que dejara claro su carácter poliédrico y que integrara el eje de la accesibilidad; y establecer unos mecanismos de garantía más allá del régimen de infracciones y sanciones.

La incorporación de la accesibilidad como derecho sería necesaria en la normativa, estatal y autonómica, en materia de discapacidad, pero también en aquella que se refiere al consumo. Se hace patente la necesidad de que las comunidades

autónomas acometan la reforma de su legislación en la materia. Y también es esencial introducir el sentido amplio de accesibilidad en la normativa local.

### Cadena de accesibilidad

Parece oportuno modificar la definición de accesibilidad universal para incorporar ese carácter dinámico y complejo que posee. Así, si tomamos como referencia la definición actual de la LGDPD, sería necesario añadir aquello que está en negrita:

> es la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, 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. **La accesibilidad es un concepto dinámico y complejo que abarca todas las dimensiones de los procesos, servicios y derechos.** En la accesibilidad universal está incluida la accesibilidad cognitiva para permitir la fácil comprensión, la comunicación e interacción a todas las personas. La accesibilidad cognitiva se despliega y hace efectiva a través de la lectura fácil, sistemas alternativos y aumentativos de comunicación, pictogramas y otros medios humanos y tecnológicos disponibles para tal fin. Presupone la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse.

### Los plazos de la accesibilidad

La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU), establecía unos plazos que rondaban los 5 y 7 años, pero que podían llegar hasta los 17 (2020). La LGDPD extendió los primeros hasta 2017 y el reciente Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público, plantea 2030.

Pues bien, estos plazos normativos deben ser acortados o, en su defecto, exigir su cumplimiento. Y mientras se alcanza la accesibilidad parece oportuno establecer ajustes, acciones positivas o medidas de reparación.

### Los límites de la accesibilidad

La accesibilidad entendida en sentido amplio, al incorporar el enfoque de derechos, repercute de manera directa sobre la cuestión de los límites y, claramente sobre el juicio de proporcionalidad y el papel del argumento de los

costes. Esta repercusión no puede quedarse en el plano teórico, sino que debe ser trasladada al ámbito normativo jurídico.

Así, por ejemplo, si nos apoyamos en la definición más reciente de proporcionalidad en este campo, que es la del Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, una formulación en sintonía con el enfoque de derechos humanos de la definición que se contempla sería:

Proporcionalidad: calidad de una medida de mejora de la accesibilidad según la cual las cargas que implica están justificadas, teniendo en cuenta los siguientes criterios:

1.º Los derechos implicados.

2.º Los efectos discriminatorios que comportaría para las personas con discapacidad que la medida no se llevara a cabo.

3.º Las características de la persona, la entidad o la organización responsable de adoptar la medida, así como la carga que a esta le suponga su implantación.

4.º La posibilidad de obtener financiación pública u otras ayudas.

**Accesibilidad y derechos: especial referencia al derecho a la educación**

La accesibilidad puede construirse como parte del contenido esencial de los derechos. En este sentido, para subrayar esta proyección sería importante introducir referencias a esta exigencia en las formulaciones de los derechos. Estas referencias pueden hacerse directamente utilizando el término *acceso* o, también, el de *inclusión*. Un ejemplo de esto último está constituido por el derecho a la educación.

La normativa española en materia de educación maneja una idea de accesibilidad en un sentido restringido o débil y plantea un modelo educación integrador, manteniendo dos tipos de redes educativas, la ordinaria y la especial, en lo referente al alumnado con discapacidad.

Y ello a pesar de que las normas estatales y autonómicas aludan a la inclusión educativa, la igualdad y la no discriminación, la adaptación de la educación a las necesidades de todo el alumnado y a la exigencia de accesibilidad, y se refieran también a los ajustes razonables, incorporando además la importancia de los apoyos para el correcto funcionamiento de todo ello.

Mantener un modelo de educación integrador y un sentido de accesibilidad restringido o débil no es adecuado ni conforme al discurso de los derechos humanos. Por eso es necesario actualizar las normativas adaptándolas a todos los estándares internacionales de derechos humanos, tanto en lo relativo al reconocimiento de derechos, perspectivas de análisis y valoraciones, políticas públicas y diversas consecuencias en el acceso, calidad y accesibilidad de la educación, garantizando el genuino reconocimiento a la igualdad y el respeto de los derechos humanos a todas las personas.

Desde esta perspectiva, el primer cambio normativo que habrá que realizar afecta a nuestra propia norma constitucional, y es que si el derecho a la educación es el derecho a la educación inclusiva —y esta idea, según también apunta el Comité, no termina de ser tomada serio— parece necesario introducir el término *inclusiva* en el artículo 27 de la Constitución española. Por ejemplo, en el apartado primero de dicho artículo: "Todos tienen derecho a la educación **inclusiva**" o, si se prefiere, para no matizar la sobria contundencia de la redacción actual de ese enunciado, en el segundo, con una redacción como esta o similar: "La educación, **que habrá de ser inclusiva**, tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales".

En todo caso, la satisfacción del derecho a la educación, que es a la educación inclusiva, requiere de una transformación cultural que no puede lograrse solo a través del derecho. Así, es absolutamente necesario que la normativa recoja la exigencia de formación del profesorado en educación inclusiva desde el enfoque de derechos humanos.

**El acceso a la justicia: apoyos, ajustes y asistencia gratuita**

El acceso a la justicia es un derecho concreción de la exigencia de accesibilidad cuya satisfacción es imprescindible para la correcta protección de los derechos de las personas con discapacidad y de la propia accesibilidad.

Un aspecto importante del acceso a la justicia, como hemos visto, está constituido por los ajustes de procedimiento. Pues bien, parece oportuno construir esta figura desde el sentido fuerte de accesibilidad y presentarla como un derecho que debe ser satisfecho desde la Administración de Justicia. Un derecho derivado de un diseño universal que hace real el acceso a la justicia y que no descarta la posibilidad de medidas concretas individuales en forma de ajustes.

Además, la garantía del acceso a la justicia solo puede ser efectiva cuando se eliminan las barreras derivadas del coste. En este sentido, el beneficio de justicia gratuita debería extenderse para cubrir las reclamaciones en relación con la accesibilidad con independencia de la situación económica de la persona que reclama —como ya está contemplado en el ámbito penal cuando las personas con discapacidad son víctimas de delitos de homicidio y de lesiones de los artículos 149 y 150—, en la medida en que se trata de acciones de un indudable interés público y los costes pueden resultar un elemento que disuada de iniciarlas.

Finalmente, el apoyo en al acceso a la justicia debería entender el derecho en un sentido amplio y no limitado al proceso judicial, de manera que se garantizase que las personas con discapacidad tienen acceso a asistencia jurídica gratuita o a un precio asequible en relación con cuestiones derivadas de la discapacidad, incluyendo expresamente entre ellas las que tienen que ver con el incumplimiento de las obligaciones de accesibilidad, en coherencia con el modelo social.

**La asistencia personal**

La asistencia personal constituye una de las dimensiones de la accesibilidad universal, máxime si esta se construye desde el discurso de los derechos. Pero se trata de una dimensión que no ha sido desarrollada por nuestra normativa y que se ha asociado a actividades relativas a la educación, trabajo y hogar, pero no, por ejemplo, para la participación en actividades sociales o de ocio. Además, la manera en que se articula la prestación económica para la contratación de la asistencia personal genera cierta heterogeneidad en la gestión, creando desigualdades entre las personas beneficiarias.

En este sentido urge una regulación legal de esta herramienta, configurándola como un derecho dentro del marco que proporciona el eje de la accesibilidad.

**El empleo con apoyo**

Consideramos oportuno realizar un cambio en la concepción general del empleo con apoyo y considerarlo como una obligación de los poderes públicos cuyo objetivo es facilitar el acceso al empleo y el ejercicio del derecho al trabajo. Esto supone dejar a un lado su construcción como acción positiva y vincularla al diseño universal, constituyéndolo como un servicio.

El empleo con apoyo debe encuadrarse dentro del eje de la accesibilidad, vinculándolo al apoyo en el acceso y ejercicio de los derechos. Esta construcción del empleo con apoyo se presenta como una obligación de los poderes públicos

y de las empresas, pero también como un derecho de las personas con discapacidad.

La configuración del empleo con apoyo como un servicio público debería ir acompañada de una revisión de la normativa al respecto en el ámbito de las comunidades autónomas para igualar su satisfacción. Y es que la actual configuración del empleo con apoyo en el ámbito nacional se caracteriza por la multiplicidad de regulaciones existentes dependiendo de la comunidad autónoma que lo trate, debido a que el Real Decreto únicamente actúa de manera general, dejando más bien el ámbito "práctico" y específico a las comunidades autónomas.

**La normativa autonómica**

Es posible diferenciar en materia de accesibilidad entre dos grupos de comunidades autónomas.

Por un lado, aquellas que han elaborado su propia legislación en cumplimiento de la LGDPD. Por otro lado, tenemos a las comunidades cuya legislación es anterior a la Convención y a la LGDPD, y que establecen un régimen sancionador mucho más limitado no solamente respecto a las infracciones tipificadas (muchas menos) y las sanciones (de cuantía muy inferior), sino también respecto a los ámbitos de aplicación de la normativa.

En este sentido, se hace patente la necesidad de que estas comunidades autónomas acometan la reforma de su legislación en la materia, para adaptarse tanto a la convención como a la LGDPD.

**La normativa local**

Hemos subrayado cómo una parte importante de la satisfacción de la accesibilidad se produce en el ámbito local. Sin embargo, la conexión de su normativa con los derechos no se produce.

Por otro lado, la imposibilidad de cumplimiento de todo lo que manda el legislador estatal por parte de los entes locales se ha constatado desde hace tiempo. No tiene sentido que todos los municipios tengan las mismas competencias y que estén obligados a prestar a partir de una determinada población los mismos servicios. Debería existir una clarificación de los distintos tipos de competencias en el marco de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local.

Los intereses de las ciudades van más allá de lo meramente local y pareciera oportuno reconocer a las ciudades un papel relevante en la formulación de las

políticas estratégicas como elaboración de normas y procesos de planificación. La reserva de ley no puede cumplir las mismas funciones en todos los municipios. Estos deben tener capacidad de desarrollo de políticas públicas propias y la capacidad de financiación a través de tributos propios.

En este sentido, es preciso llevar a cabo una profunda transformación del entramado normativo que regula la Administración local en clave de accesibilidad.

**El sistema de arbitraje**

La protección de un asunto de derechos humanos a través de un sistema de arbitraje que, en definitiva, está empapado de negociación, puede plantear serios reparos. El arbitraje, como mecanismo de resolución de conflictos, ha sido tradicionalmente empleado para resolver disputas de naturaleza privada como alternativa a la vía judicial. En términos generales se trata de un mecanismo de resolución de conflictos de naturaleza privada en el que prima la voluntad de las partes.

Ahora bien, en abril de 2022 se inició la tramitación legislativa del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (BO Congreso de los Diputados nº 97-1, de 22 de abril), en cuyo artículo 20, Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se propone la modificación del artículo 1 del artículo 19 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con la redacción siguiente:

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

La propia naturaleza poliédrica de la accesibilidad puede hacer que esta, en determinados supuestos, pueda someterse a la institución arbitral y ser una respuesta fácil y rápida, para preservar la libertad e igualdad del individuo afectado. En este sentido, se requiere una actuación normativa en este ámbito.

**El Ministerio Fiscal**

El Ministerio Fiscal puede desempeñar un importante papel en la garantía de la accesibilidad y puede verse facilitado si se llevan a cabo algunos ajustes normativos.

Las previsiones del artículo 29 y de las disposiciones finales segunda y tercera de la Ley 15/2022 de 12 de julio integral para la igualdad de trato y la no discriminación revisten una importancia crucial en el ámbito que nos ocupa, puestas en relación con el artículo 2.1 de la propia ley en cuanto se refiere a la discapacidad como posible causa de la discriminación.

Siguiendo la senda del régimen de atribución de legitimación en defensa de la igualdad de género, dichas normas disponen que para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, además de las personas afectadas y siempre con su autorización, estará también legitimada la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, así como, en relación con las personas afiliadas o asociadas a los mismos, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores/as autónomos/as, las organizaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, de acuerdo con lo establecido en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Aun no existiendo precedentes, y dada la relevancia de la cuestión, no habría parecido descabellado extender esta legitimación, a estos efectos, al propio Ministerio Fiscal en cuanto instancia especialmente cualificada en la materia.

Por otra parte, la disposición final segunda, dos, de la Ley 15/2022 incorpora una interesante previsión, al introducir un nuevo artículo 15 en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), el cual prevé que, en los procedimientos iniciados por la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y No Discriminación o por alguna de las entidades a las que el artículo 11 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil atribuye legitimación activa colectiva, se llamará al proceso a las personas afectadas por haber sufrido la situación de discriminación para que hagan valer su derecho individual (ap. 1) —lo que puede incluir a las personas con discapacidad, pero también a aquellas que ejerciten su apoyo como guardadoras de hecho o curadoras en su caso (normalmente, familiares, pero pueden ser personas allegadas o la dirección de centros residenciales o asistenciales)— y, añade en el segundo apartado algo que nos interesa particularmente, ya que conforme a él, “el órgano judicial que conozca de alguno de estos procesos comunicará su iniciación al Ministerio Fiscal para que este, de conformidad con las funciones que le son propias, valore la posibilidad de su personación”. Este precepto abre posibilidades interesantes de actuación del Ministerio Fiscal en el ámbito de la defensa de los derechos de las personas con discapacidad.

En este aspecto la Ley 15/2022 ha sido poco ambiciosa. Dada la enorme incidencia práctica de esta problemática, podría haber ampliado el mandato de esa comunicación al Ministerio Fiscal por parte del juez/a a todos los litigios en cualquier orden jurisdiccional en que sea objeto de controversia el principio de accesibilidad universal, e incluso para haber sopesado la posibilidad de otorgar legitimación activa al Ministerio Fiscal con el fin de, más allá de la intervención provocada, permitirle iniciar procedimientos destinados a garantizar el respeto de la accesibilidad universal, por ejemplo, en el seno de comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal (impugnación de acuerdos de juntas de propietarios/as denegando instalación de ascensor solicitada por personas con discapacidad).

La Ley 15/2022 ha perdido la ocasión de atribuir al Ministerio Fiscal legitimación para actuar ante cualquier discriminación, mediante el ejercicio de todo tipo de acciones, tanto particulares como colectivas, según el modelo que, en materia de protección de los intereses generales de las personas consumidoras y usuarias, introdujo el artículo 11.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde 2014. Si en este último ámbito el Ministerio Fiscal puede actuar cuando lo considere necesario, al igual que ocurre con otras instituciones públicas y asociaciones de personas consumidoras y usuarias, en defensa de los derechos e intereses de estas, sería conveniente extender ese esquema al ámbito de la discapacidad, y, en concreto, en conexión con la accesibilidad universal y su garantía. De este modo, quedaría robustecido el papel del fiscal en la defensa de los derechos e intereses de las personas con discapacidad y, con ello, de su disfrute efectivo en condiciones de igualdad, posibilitándole la adopción de las medidas convenientes o necesarias, incluyendo el ejercicio de las acciones pertinentes en cada caso.

Procede señalar la conveniencia de otorgar legitimación activa al Ministerio Fiscal con vistas a la solicitud a las Administraciones públicas competentes de la adopción de las medidas en cada caso necesarias para hacer realidad la exigencia de accesibilidad universal, así como al ejercicio de acciones judiciales contra los actos administrativos contrarios a ella (incluyendo la previa vía administrativa). No en vano, el artículo 3.14 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal encomienda al fiscal, entre otras cosas, la defensa de la legalidad en los procesos contencioso-administrativos que prevén su intervención, y no son pocas las razones que justifican el establecimiento legal de esta última en materia de realización de la accesibilidad universal en el ámbito de la Administración pública. El Ministerio Fiscal debe considerarse legitimado para recurrir ante la inactividad material de la Administración, cuando tal inactividad obstaculiza la accesibilidad universal que aquella debe garantizar.

El Ministerio Fiscal, en cuanto defensor de la legalidad y de los derechos de la ciudadanía, debería contar con la posibilidad —y la necesaria legitimación— de recurrir ante los tribunales la falta de ejercicio o el ejercicio incorrecto de la potestad reglamentaria en el ámbito de la accesibilidad universal, así como recurrir en vía administrativa y jurisdiccional frente a la omisión de la adopción de las medidas exigibles o la adopción de medidas administrativas que obstaculizaran el acceso a sus derechos por parte las personas con discapacidad.

# Estudio

# Parte primera. La accesibilidad en el derecho: un sentido débil de accesibilidad

En esta primera parte, daremos cuenta de la construcción jurídica vigente de la accesibilidad, señalando su significado y alcance, y los mecanismos destinados a su protección.

## 1. El tratamiento normativo de la accesibilidad

Tres son los grandes referentes normativos desde los que puede construirse la accesibilidad en el ámbito del derecho español. Por un lado, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, "la Convención"), tratado internacional del año 2006 que entró en vigor en España en el año 2008; por otro lado, el Acta Europea de Accesibilidad, esto es, la Directiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios (en adelante, "la Directiva"); y por último, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, "LGDPD").

Como es sabido, la Convención es un tratado internacional de derechos humanos que expresa lo que se ha venido denominando como modelo social de la discapacidad1 y supone la entrada de esta en el discurso de los derechos humanos2. Para la Convención la discapacidad es "un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras

[1] Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.* Colección CERMI, Ediciones Cinca. Vid. también De Asís Roig, R. (2013). *Sobre discapacidad y derechos.* Dykinson.

[2] Vid. entre otros, además de los trabajos citados en la nota anterior Palacios A. y Bariffi, F. (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.* Cinca. Colección Telefónica Accesible y Cuenca Gómez, P. (2012). *Los derechos*

debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

Así, tal y como señala su artículo 1, 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".

En el contenido de la Convención la palabra *accesibilidad* o *accesible* es mencionada 25 veces, destacándose su referencia en el preámbulo y en los principios generales del tratado. Pero la referencia más importante se contiene en el artículo 9, donde puede leerse:

> 1. 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. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a:
>
> a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo;
>
> b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia.
>
> 2. Los Estados Parte también adoptarán las medidas pertinentes para:
>
> a) Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público;
>
> b) Asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad;

*fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*. Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo.

c) Ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad a que se enfrentan las personas con discapacidad;

d) Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión;

e) Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público;

f) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información;

g) Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet;

h) Promover el diseño, el desarrollo, la producción y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles en una etapa temprana, a fin de que estos sistemas y tecnologías sean accesibles al menor costo.

La accesibilidad se justifica en la Convención a través de tres derechos: la vida independiente, la participación en la sociedad y la igualdad. Se trata de una exigencia que se interpreta como un principio o una obligación que se circunscribe a una serie de ámbitos y se expresa a través de unas condiciones que deben cumplirse en esos ámbitos. Los ámbitos de la accesibilidad a los que se refiere la Convención son el entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, y otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales, si bien luego aparece relacionada con otros derechos. La Convención aborda la accesibilidad en un contexto de protección de derechos humanos, cosa que no ocurre con los otros dos grandes referentes normativos.

En efecto, la Directiva (UE) 2019/882 establece en su artículo 1 que su objeto es:

contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior mediante la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en lo relativo a los requisitos de accesibilidad exigibles a determinados productos y servicios, en particular eliminando y evitando los obstáculos a la libre circulación de productos y servicios derivados de las divergencias en los requisitos de accesibilidad en los Estados miembros.

La adopción de la Directiva se funda en el reconocimiento de que las disparidades normativas que en materia de accesibilidad existen entre las legislaciones de los Estados miembros han provocado una afectación al correcto funcionamiento del mercado en el interior de la Unión Europea. Al menos desde la explicitación de su objeto, entonces, la Directiva no se funda en un interés expreso de procurar una mayor protección a los derechos de las personas con discapacidad a través del establecimiento de un piso básico común en materia de accesibilidad; esta homologación normativa se ve como una vía para promover el adecuado funcionamiento del mercado.

La norma parte de la constatación de la alta demanda de productos y servicios accesibles y de la expectativa de un importante crecimiento del número de personas con discapacidad, reconociendo explícitamente que "un entorno en el que los productos y servicios sean más accesibles permite que la sociedad sea más inclusiva y facilita la vida autónoma de las personas con discapacidad". Asumiendo el concepto de personas con discapacidad establecido por la Convención, de la que la Unión Europea es parte y que ha sido ratificada por todos los Estados miembros,[3] la Directiva tiene la finalidad de promover "su participación equitativa, plena y efectiva, mediante la mejora del acceso a los principales productos y servicios que, bien mediante su concepción inicial, bien mediante su posterior adaptación, están ligados a las necesidades especiales de las personas con discapacidad".

No obstante, el ámbito personal de la norma no está limitado a las personas con discapacidad de acuerdo con la definición de la Convención, sino que incluye a las "personas con limitaciones funcionales", categoría que engloba a

> personas que tienen alguna deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, alguna deficiencia relacionada con la edad o con otras causas vinculadas al funcionamiento del cuerpo humano, permanente o temporal, que al interactuar con diversas barreras limitan su acceso a productos y servicios, dando lugar a una situación que exige una adaptación de tales productos y servicios a sus necesidades particulares.

La Directiva emplaza a los Estados miembros para garantizar que la libre circulación de los productos y servicios que cumplan las exigencias y requisitos de accesibilidad establecidos, no se verá obstaculizada por cuestiones referidas a dicha accesibilidad. Para ello se propone una supresión sistemática de barreras mediante una estrategia de diseño universal

[3] Broderick, A. y Ferri, D. (2019). *International and European Disability Law and Policy: Text, Cases and Materials.* Cambridge University Press.

encaminada a garantizar el acceso de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad. Dicho diseño universal no excluye la posibilidad de articular ayudas técnicas, cuando ello se considere necesario, para específicos grupos de personas con discapacidad; de la misma manera que la accesibilidad no excluye la articulación de adaptaciones razonables, de acuerdo con lo establecido en la Convención.

Los requisitos de accesibilidad previstos en la Directiva se aplican a los productos y servicios contenidos en el artículo 2. En el caso de los productos, el artículo 2 incluye: a) equipos informáticos de uso general de consumo y sistemas operativos para dichos equipos informáticos; b) terminales de autoservicio (terminales de pago, cajeros automáticos, máquinas expendedoras de billetes, máquinas de facturación y ciertos terminales de autoservicio que faciliten información); c) equipos terminales de consumo con capacidad informática interactiva, utilizados para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas; d) equipos terminales de consumo con capacidad de informática interactiva, utilizados para acceder a servicios de comunicación audiovisual, y e) lectores electrónicos. En el caso de los servicios, el artículo 2 incluye: a) servicios de comunicaciones electrónicas, a excepción de los servicios de transmisión utilizados para la prestación de servicios de máquina a máquina; b) servicios que proporcionan acceso a los servicios de comunicación audiovisual; c) ciertos elementos de servicios de transporte (sitios web, servicios mediante dispositivos móviles, billetes electrónicos y sus servicios de expedición, distribución de información sobre servicios de transporte y terminales de servicio interactivos); d) servicios bancarios para consumidores; e) libros electrónicos y sus programas especializados, y f) servicios de comercio electrónico.

La Directiva no proporciona una definición general acerca de qué se entenderá por “requisito de accesibilidad”. El artículo 4 establece, como norma general, que todos los productos y servicios que introduzcan y presten los agentes económicos en el mercado deberán satisfacer los requisitos de accesibilidad especificados en el Anexo I de la Directiva (párrafo 1). El artículo 4 párrafo 2 se refiere a los requisitos de accesibilidad aplicables a los productos, distinguiendo entre requisitos aplicables a todo producto (aquellos enlistados en la sección I del Anexo I) y requisitos respecto de los cuales están eximidos los terminales de autoservicio (aquellos enlistados en la sección II del Anexo I). El artículo 4 párrafo 3, por su parte, alude a los requisitos de accesibilidad aplicables a los servicios, distinguiendo entre requisitos aplicables a todo servicio (sección IV del Anexo I) y requisitos respecto de los cuales están eximidos los servicios de transporte urbanos y suburbanos y los servicios de transporte regionales (sección

III del Anexo I). Respecto de los requisitos de accesibilidad aplicables a los servicios, se exime de su cumplimiento a las microempresas[4].

En relación con los productos, el Capítulo III de la Directiva consagra obligaciones para distintos agentes económicos que participan en la cadena de producción y comercialización, diferenciando entre obligaciones del fabricante (artículo 7), de los importadores (artículo 9) y de los distribuidores (artículo 10). A grandes rasgos, se establece que los agentes económicos deberán cerciorarse de que los productos que fabriquen, importen y/o distribuyan cumplan con los requisitos de accesibilidad ordenados por la Directiva y de no cumplirlos, adoptar las medidas para que se encuentren conformes y/o informar a la autoridad competente. Además, se establece la obligación de importadores y distribuidores de que las condiciones de transporte y almacenamiento no comprometan el cumplimiento de los requisitos de accesibilidad mientras los productos se encuentren bajo su responsabilidad. El Capítulo IV de la Directiva establece el deber general de los prestadores de servicios de garantizar que el diseño y la prestación de sus servicios se ajuste a los requisitos de accesibilidad de la Directiva (artículo 13 párrafo 1), debiendo (entre otras exigencias) adoptar las medidas correctoras necesarias e informar a las autoridades nacionales competentes en caso de no cumplir con tales requisitos (artículo 13 párrafo 4).

Un aspecto esencial de los requisitos de accesibilidad establecidos en la Directiva es que esta admite la posibilidad de que los agentes económicos destinatarios de la norma puedan eximirse de su cumplimiento. Para estos efectos, el artículo 14 de la Directiva establece dos causas independientes que pueden invocar los agentes económicos para exceptuarse de cumplir con los requisitos de accesibilidad dispuestos en el artículo 4[5]. No se aplicarán estos requisitos cuando su cumplimiento: (1) exija un cambio significativo en un producto o servicio cuyo resultado sea la modificación sustancial de su naturaleza básica; (2) provoque la imposición de una carga desproporcionada sobre los agentes económicos afectados (artículo 14 párrafo 1).

Con todo, para ampararse en estas causas, la Directiva establece obligaciones accesorias y ciertas reglas complementarias. Así, se dispone que

[4] Según el artículo 3 N° 23) de la Directiva, se entiende por microempresa "una empresa que emplea a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual no supera los 2 millones de euros o cuyo balance anual total no supera los 2 millones de euros".

[5] Esta posibilidad ya se anticipa en el párrafo 64 del preámbulo de la Directiva, que reza de la siguiente manera: "Por motivos de proporcionalidad, los requisitos de accesibilidad solo deben aplicarse en la medida en que no impongan una carga desproporcionada al agente económico concreto, o en la medida en que no exijan un cambio significativo en los productos o servicios que pueda dar lugar a una modificación sustancial a la luz de la presente Directiva. Se deben establecer, no obstante, mecanismos de control para verificar si existe el derecho a excepciones respecto de la aplicabilidad de los requisitos de accesibilidad".

los agentes económicos tienen el deber de realizar una evaluación de si el cumplimiento de los requisitos de exigibilidad configura alguna de las dos causas previstas en el párrafo 1 del artículo 14 (artículo 14 párrafo 2); evaluación que debe ser documentada, conservada y puesta a disposición de la autoridad nacional competente en caso de ser requerida (párrafo 3). Adicionalmente, se establece que los prestadores de servicios que se hayan exceptuado de cumplir los requisitos de accesibilidad en virtud de la carga desproporcionada deberán renovar su evaluación en los siguientes casos: (1) cuando se modifique el servicio ofrecido; (2) cuando así lo soliciten las autoridades responsables de verificar la conformidad de los servicios; y (3) en cualquier caso, cada cinco años (párrafo 5). Por último, también se establece que los agentes económicos no podrán invocar la carga desproporcionada cuando hayan recibido financiación externa, pública o privada, con el objeto específico de mejorar la accesibilidad de sus productos o servicios (párrafo 7).

En la normativa estatal, como ya hemos señalado, la referencia tiene que ser la LGDPD, que se refiere a la accesibilidad en varias de sus disposiciones. Su definición se encuentra en la letra k) del artículo 2, donde se dice:

> Accesibilidad universal: es la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, 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. En la accesibilidad universal está incluida la accesibilidad cognitiva para permitir la fácil comprensión, la comunicación e interacción a todas las personas. La accesibilidad cognitiva se despliega y hace efectiva a través de la lectura fácil, sistemas alternativos y aumentativos de comunicación, pictogramas y otros medios humanos y tecnológicos disponibles para tal fin. Presupone la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse.

Los ámbitos de accesibilidad de la LGDPD son, además de los establecidos en la Convención, la Administración de Justicia (que puede ser incluida como servicio de uso público), el patrimonio cultural (susceptible de entender como entorno físico) y el empleo.

Así el artículo 22,1 LGDPD señala:

> Las personas con discapacidad tienen derecho a vivir de forma independiente y a participar plenamente en todos los aspectos de la vida. Para ello, los poderes públicos adoptarán las medidas pertinentes para asegurar la accesibilidad universal, en igualdad de condiciones con las demás personas, en los entornos, procesos, bienes,

productos y servicios, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, así como los medios de comunicación social y en otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales.

Y algo parecido se dispone en las legislaciones autonómicas.

Así, por ejemplo, la Ley 13/2014, de 30 de octubre, de Accesibilidad de Cataluña, señala en su artículo 1, que el objeto de la ley es:

Establecer las condiciones de accesibilidad necesarias para que los espacios de uso público, los edificios, los medios de transporte, los productos, los servicios y los procesos de comunicación garanticen la autonomía, la igualdad de oportunidades y la no discriminación de las personas con discapacidad o con otras dificultades de interacción con el entorno.

Y el artículo 3.1 a) define la accesibilidad como:

el conjunto de condiciones de comprensibilidad y usabilidad que deben cumplir el entorno, los espacios, los edificios, los servicios, los medios de transporte, los procesos, los productos, los instrumentos, los aparatos, las herramientas, los dispositivos, los mecanismos y los elementos análogos para que todas las personas puedan utilizarlos y disfrutarlos con seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible.

También el artículo 1 de la Ley 10/2014, de 3 de diciembre, de Accesibilidad de Galicia, señala:

La presente ley tiene por objeto garantizar a las personas con discapacidad la igualdad de oportunidades en relación con la accesibilidad universal y el diseño para todos respecto a los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como en relación con los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, de modo que los mismos se hagan comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas, en igualdad de condiciones de seguridad y comodidad y de la manera más autónoma y natural posible.

Y el artículo 3, de este mismo cuerpo normativo, define la accesibilidad así:

conjunto de características que tienen que reunir los entornos, procesos, productos y servicios, así como los objetos e instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles y utilizables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible.

Por citar un último ejemplo, el artículo la Ley 8/2017, de 3 de agosto, de Accesibilidad Universal de las Illes Balears, señala:

> Esta ley tiene por objeto garantizar la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal para permitir la autonomía personal de todas las personas y, particularmente, de las personas con discapacidad, a fin de que puedan interactuar de manera plena y efectiva respecto del acceso y la utilización de los espacios de uso público, de las edificaciones, de los transportes, de los productos, de los servicios, de la información y de las comunicaciones.

El artículo 23 de la LGDPD dispone que las medidas para establecer las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación incluirán disposiciones sobre los siguientes aspectos:

> a) Exigencias de accesibilidad de los edificios y entornos, de los instrumentos, equipos y tecnologías, y de los bienes y productos utilizados en el sector o área. En particular, la supresión de barreras a las instalaciones y la adaptación de equipos e instrumentos, así como la apropiada señalización en los mismos. b) Condiciones más favorables en el acceso, participación y utilización de los recursos de cada ámbito o área y condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas. c) Apoyos complementarios, tales como ayudas económicas, productos y tecnologías de apoyo, servicios o tratamientos especializados, otros servicios personales, así como otras formas de apoyo personal o animal. En particular, ayudas y servicios auxiliares para la comunicación, como sistemas aumentativos y alternativos, braille, dispositivos multimedia de fácil acceso, sistemas de apoyos a la comunicación oral y lengua de signos, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación. d) La adopción de normas internas en las empresas o centros que promuevan y estimulen la eliminación de desventajas o situaciones generales de discriminación a las personas con discapacidad, incluidos los ajustes razonables. e) Planes y calendario para la implantación de las exigencias de accesibilidad y para el establecimiento de las condiciones más favorables y de no discriminación. f) Recursos humanos y materiales para la promoción de la accesibilidad y la no discriminación en el ámbito de que se trate.

Desde estos tres referentes normativos, a los que hemos unido algunas disposiciones de las comunidades autónomas, la accesibilidad es una exigencia de *entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, que* se circunscribe a unos ámbitos concretos y que constituye una obligación jurídica para los poderes públicos y también para aquellos privados que desarrollen su actividad en esos ámbitos.

## 2. El eje de la accesibilidad

El artículo 2 de la LGDPD afirma que la accesibilidad, "presupone la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse".

Así, en un sentido integral, la accesibilidad se expresa de dos maneras: (i) como diseño universal, que funciona como un principio general fuente de exigencias específicas y que, como veremos inmediatamente, puede expresarse en sentido estricto o como medidas de accesibilidad; (ii) como ajuste razonable, que surge cuando está justificado que el diseño universal no se haya satisfecho.

Este juego del diseño universal y los ajustes razonables constituye el eje de la accesibilidad[6]. Este eje podemos proyectarlo en el ámbito de las personas con discapacidad, al subrayar la idea de barreras, pero realmente puede servir para cualquier persona. Expresa el significado general de la accesibilidad; un significado que, como veremos, posee diferentes dimensiones.

### 2.1. El diseño universal

El diseño universal es un concepto originado en y propio de la arquitectura. Implica una aproximación al diseño que reconoce la diversidad de las habilidades humanas y se enfoca en la usabilidad de los entornos y productos. En este sentido, el reconocimiento a la diversidad de la condición humana es un pivote esencial del diseño universal, cuyo atractivo radica, precisamente en la premisa de hacer que los productos y entornos sean más fáciles de utilizar, reduciendo su complejidad y minimizando que la experiencia de interacción con tales productos y entornos dependa de las capacidades físicas y cognitivas del individuo. La aplicación del diseño universal implica entonces que el diseñador/a imagine a las personas potenciales usuarias como una pluralidad de diferentes individuos en vez de un grupo particular de usuarias.

Este anclaje en la disciplina de la arquitectura derivó en que, en sus inicios, el concepto de diseño universal fuera concebido especialmente para su aplicación en el entorno construido, enfocándose en el acceso físico de las personas con discapacidad. Sin embargo, hoy en día se concibe al diseño universal como una herramienta de alcances más amplios que incluyen, por ejemplo, las tecnologías de la información y las comunicaciones.

[6] De Asís Roig, R. (2016) El eje de la accesibilidad y sus límites. *Anales de Derecho y Discapacidad, (1),* 51 y ss.

El Centro para el Diseño Universal de la Universidad Estatal de Carolina del Norte propuso en 1997 un conjunto de siete "principios del diseño universal", a saber: 1) uso equitativo; 2) flexibilidad en el uso; 3) uso simple e intuitivo; 4) información comprensible; 5) tolerancia ante el error; 6) bajo esfuerzo físico; y 7) dimensiones apropiadas.

El principio de uso equitativo se refiere a que el diseño sea útil y comercializable para personas con capacidades diversas. El principio de flexibilidad en el uso establece que el diseño debe ser adaptable a una amplia gama de preferencias y habilidades individuales. El principio de uso simple e intuitivo prescribe que el uso del diseño debe ser fácil de entender, independientemente de la experiencia, los conocimientos, las habilidades lingüísticas o el nivel de concentración actual del usuario. El principio de información comprensible dispone que el diseño debe comunicar la información necesaria de manera efectiva al usuario, independientemente de sus capacidades sensoriales y de las condiciones ambientales. El principio de tolerancia al error postula que el diseño debe minimizar los peligros y las consecuencias adversas de acciones accidentales o no intencionadas. El principio de bajo esfuerzo físico estipula que el diseño sea utilizable de manera eficiente, cómoda y con un mínimo de fatiga. El principio de dimensiones apropiadas, por último, indica que el diseño debe proporcionar el tamaño y espacio adecuados para el acercamiento, el alcance, la manipulación y el uso, independientemente del tamaño del cuerpo, la postura y la movilidad del usuario.

La literatura existente plantea varios ejemplos para proyectar la puesta en práctica de los principios del diseño universal. Por ejemplo, un caso de aplicación del principio del uso equitativo podría ser el de los accesos de entrada a los edificios. En estos casos, la aplicación de este principio del diseño universal impondría que las entradas sean lo suficientemente amplias, con una inclinación ligera y puertas automáticas, con el objetivo de que las personas visitantes del edificio puedan utilizar la misma entrada. El diseño universal en estos casos se opondría a que existan entradas especiales para personas con discapacidad. Otro ejemplo, esta vez del principio de uso simple e intuitivo, sería que los manuales de instrucciones para la utilización de un determinado producto prefieran proporcionar información a través de pictogramas o ilustraciones en vez de recargarlos con información escrita en diversos idiomas.

Proyectado desde la arquitectura hacia el contexto de los derechos humanos, el diseño universal debe comprenderse como una exigencia que permite alcanzar una sociedad inclusiva y participativa, con entornos libres de

barreras y bienes y servicios accesibles, pero al mismo tiempo, como un interés o una pretensión de todas las personas.

### 2.1.1. El diseño universal en la Convención

El concepto de diseño universal ha encontrado recepción normativa a nivel internacional y nacional. En el ámbito de los derechos humanos de las personas con discapacidad, la Convención consagra un concepto de diseño universal y establece una obligación general de los Estados en relación con esta herramienta.

En cuanto al concepto, el artículo 2, la Convención define el diseño universal como "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", añadiendo a renglón seguido que "el diseño universal no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten".

Adicionalmente, la letra f) del artículo 4.1, la Convención establece como obligación general de los Estados parte:

> Emprender o promover la investigación y el desarrollo de bienes y servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención, que requieran la menor adaptación posible y el menor costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promover su disponibilidad y uso, y promover el diseño universal en la elaboración de normas y directrices.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación general Nº2 sobre el artículo 9 de la Convención[7], indicó que los Estados tienen la obligación de aprobar y promulgar normas sobre accesibilidad en su legislación, incluyendo "el principio de diseño universal y basarse en él [ ] y debe disponer la aplicación obligatoria de las normas de accesibilidad y la imposición de sanciones, incluidas multas, a quienes no las apliquen" (párrafo 28). Asimismo, en relación son la sensibilización de la población y la toma de conciencia, el Comité de la Convención expresó que los Estados deben "promover la aplicación del diseño universal y la idea de que diseñar y construir en forma accesible desde el comienzo resulta eficaz en relación con el costo y económico" (párrafo 35).

En el contexto de su labor de supervisión, el Comité de la Convención también se ha referido al diseño universal en sus dictámenes sobre

[7] CRPD/C/GC/2, 2014.

comunicaciones individuales. Así, por ejemplo, la comunicación del caso *F. versus Austria* (N° 21/2014) una persona con discapacidad denunciaba la falta de accesibilidad en el transporte público. En su ciudad de residencia, las paradas de tranvía contaban con un sistema de audio que reproducían el texto escrito en los paneles de información al pulsar un botón de un transmisor portátil. Con ello, las personas con discapacidad visual podían enterarse de si habían llegado a la parada de destino, en qué parada se encontraban y, en general, acceder a toda la información disponible en las pantallas. Al realizarse una ampliación en el recorrido del tranvía, las nuevas paradas no estaban implementadas con el sistema de audio referido, por lo que "F" no podía desplazarse a través de ellas de la misma forma que en las paradas que sí contaban con el sistema de audio digital. En su dictamen, el Comité de la Convención estimó que Austria no había adoptado las medidas suficientes para que la información sobre los servicios de transporte proporcionada a las personas con discapacidad también se ofreciera, en condiciones de igualdad, a las personas con discapacidad visual. En concreto, la no instalación de los sistemas de audio digital al realizar la ampliación de la red de tranvía constituía una denegación de acceso a la información y a los servicios abiertos al público, configurando una violación al artículo 9 de la Convención, sobre accesibilidad.

En su dictamen sobre el caso *F versus Austria* el Comité de la Convención sugirió a Austria impartir formación regular sobre los alcances de la Convención "a todos los proveedores de servicios que participen en el diseño, la construcción y el equipamiento de las redes de transporte público, para garantizar que las futuras redes se construyan y equipen en cumplimiento del principio de diseño universal" (párrafo 9, letra b), ii). Asimismo, el Comité recomendó también que las leyes sobre discapacidad relativas al acceso no discriminatorio en esferas tales como el transporte y la contratación pública incorporen "el principio de diseño universal, y basarse en él, y disponer la aplicación obligatoria de las normas sobre accesibilidad y la imposición de sanciones a quienes no las apliquen" (párrafo 9, letra b), iii).

### 2.1.2. El diseño universal en la LGDPD

La LGDPD define el "diseño universal o diseño para todas las personas" como:

> la actividad por la que se conciben o proyectan desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, programas, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado.

Y continúa señalando: "El «diseño universal o diseño para todas las personas» no excluirá los productos de apoyo para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando lo necesiten".

A este respecto, es interesante notar que, en comparación con la Convención, la LGDPD señala un universo más amplio de objetos a los que se aplica el diseño universal (incorporando los procesos, bienes, objetos, instrumentos, dispositivos y herramientas).

Además de consagrar una definición, la LGDPD se refiere al diseño universal o diseño para todas las personas en diversas disposiciones. En primer lugar, se le consagra como un principio general de la ley (artículo 3, letra i). En segundo lugar, a propósito del respeto a la autonomía de las personas con discapacidad, se establece que el derecho a la libre toma de decisiones incluye la utilización de informaciones y formatos que cumplan con las exigencias del diseño universal (artículo 6.2). En tercer lugar, se establece el diseño universal como criterio orientador de las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación a que se refiere el artículo 23 (párrafo 3), de las exigencias de accesibilidad a que se refiere el artículo 66 (párrafo 1, inciso segundo) y de las medidas de innovación y desarrollo de normas técnicas dispuestas en el artículo 71 (párrafo 1). Por último, la LGDPD también prevé una disposición en materia de formación en diseño universal o diseño para todas las personas (disposición final segunda).

### 2.1.3. Diseño universal y medidas de accesibilidad

El diseño universal exige que todo sea accesible, tanto lo ya elaborado, configurado o construido, como aquello que está por elaborar, configurar o construir. Por eso, se manifiesta en ocasiones a través de medidas (medidas de accesibilidad) que tratan de hacer accesible, esto es de rediseñar universalmente, aquello que se hizo en un determinado momento, de manera justificada (esto es, de forma que podemos considerar que era razonable en ese momento), como no accesible.

El diseño universal constituye una obligación a la hora de crear productos, entornos, programas y servicios. Por tanto, opera en el momento de la creación y se incumple en ese momento.

El diseño universal se expresa de tres maneras: en sentido estricto propio, en sentido estricto impropio y como medidas de accesibilidad.

En sentido estricto y propio, el diseño universal expresa una obligación general y con destinatarios generales: tener en cuenta el acceso de las personas con discapacidad en la propia configuración de cualquier cosa.

En sentido estricto impropio implica realizar actuaciones concretas de accesibilidad hacia grupos de personas con discapacidad en la configuración de cualquier cosa. Y es que, tanto en la Convención como en la LGDPD, como hemos visto, se aclara que el diseño universal no excluirá los productos de apoyo para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando lo necesiten. Esto significa que en ocasiones podrá entenderse como diseño medidas destinadas a grupos de personas con discapacidad. De esta forma es posible hablar de un diseño universal impropio (dirigido a grupos de personas).

El diseño universal como medidas de accesibilidad implica realizar actuaciones destinadas a garantizar el acceso a cosas ya configuradas por parte de todas personas con discapacidad o por parte de grupos de personas con discapacidad.

Las medidas de accesibilidad no aparecen como tales en la Convención. Sin embargo, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se ha referido implícitamente a ellas cuando en el punto 24 de la Observación general número 2 sobre accesibilidad dice:

> Debe hacerse una clara distinción entre la obligación de garantizar el acceso a todos los nuevos objetos, infraestructuras, bienes, productos y servicios que se diseñen, construyan o produzcan, y la obligación de eliminar las barreras y asegurar el acceso al entorno físico y el transporte, la información y la comunicación, y los servicios abiertos al público que ya existan.

La LGDPD las contempla al referirse en sus artículos 63, 65 y 66 a las exigencias de accesibilidad y a las exigencias de eliminación de obstáculos. 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. Están dirigidas a convertir el producto, entorno, programa o servicio en utilizable, ejercible, practicable, comprensible. Las medidas de accesibilidad tienen como finalidad satisfacer la accesibilidad universal, se instrumentalizan a través de medidas generales y operan cuando ya se ha creado el producto, entorno, programa y servicio, y se ha confeccionado, justificadamente, de manera no accesible.

Tanto el diseño universal impropio como las medidas de accesibilidad son actuaciones que tienden a corregir situaciones en las que la accesibilidad no se ha satisfecho de manera justificada, esto es, porque no era posible.

El diseño universal está estrechamente relacionado con la no discriminación. Se fundamenta en el reconocimiento de que usualmente el diseño de los entornos y productos presenta ciertas características que pueden dificultar su

utilización por parte de algunos miembros de la población. De este modo, el diseño tiene el potencial de restringir la libertad de las personas, así como su derecho de acceder y utilizar los entornos y productos. El diseño universal constituye una estrategia de prevención contra los diseños discriminatorios.

## 2.2. Los ajustes razonables

Una segunda proyección de la accesibilidad está constituida por los ajustes razonables.

### 2.2.1. Los ajustes razonables en la Convención y en la LGDPD

El origen del concepto "ajuste razonable" (*reasonable accommodation* o *reasonable adjustment,* por su denominación anglosajona) se encuentra en Estados Unidos (*Equal Employment Opportunity Act 1972*) y Canadá (sentencia del Tribunal Supremo, *Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears*, de 1985), en el ámbito de las condiciones de trabajo y en relación con el derecho a la libertad religiosa. Sin perjuicio de este origen, no es menos cierto que el tratamiento doctrinal y la producción normativa en torno a los ajustes razonables ha estado impulsado notoriamente por el discurso de los derechos de las personas con discapacidad. Aplicados al contexto de la discapacidad, los ajustes razonables se fundan en el reconocimiento de que, en ocasiones, las formas paradigmáticas o tradicionales en que se estructuran nuestros entornos y desarrollamos nuestras actividades y prácticas pueden posicionar en una situación de desventaja a una persona con discapacidad. A partir de este reconocimiento, la aplicación de ajustes razonables implica un acto de intervención en el entorno existente a efectos de prevenir o corregir tal situación de desventaja individual.

La doctrina y los textos de derecho positivo proporcionan diversas conceptualizaciones respecto de los ajustes razonables, aunque probablemente la más difundida es aquella consagrada en la Convención. Según el artículo 2 de la Convención, 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.

Con ciertos matices, una conceptualización similar se encuentra en la legislación española. La LGDPD, en su artículo 2m, define a los ajustes razonables como:

> las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos.

En el contexto de la Unión Europea, resulta importante considerar también la conceptualización de los ajustes razonables en la Directiva 2000/78/CE de 27 noviembre del año 2000 que, aplicándolos exclusivamente al ámbito del empleo, define estas medidas como:

> 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.

Dentro de los conceptos transcritos en el párrafo anterior, los de la Convención y de la LGDPD destacan por configurar los ajustes razonables como una herramienta general de la protección de los derechos de las personas con discapacidad, sin circunscribirlos a un ámbito específico (como sí lo hace a Directiva 2000/78/CE). Con todo, el principal matiz entre las definiciones de la Convención y de la LGDPD es la relación de los ajustes razonables con la accesibilidad. La definición de la Convención no hace referencia a la accesibilidad, que es, sin embargo, un punto crucial de la definición de la LGDPD. La construcción de los ajustes desde la Convención parece independizarse de la idea de accesibilidad. No en vano, en la Observación general número 2 sobre el artículo 9, el Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, afirmó:

> La obligación de realizar ajustes razonables es una obligación ex nunc, lo que significa que estos son exigibles desde el momento en que una persona con una deficiencia los necesita en una determinada situación, por ejemplo, el lugar de trabajo o la escuela, para disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones en un contexto particular. En este caso, las normas de accesibilidad pueden servir de indicador, pero no pueden considerarse obligatorias. Los ajustes razonables pueden utilizarse como medio para garantizar la accesibilidad a una persona con una discapacidad en una situación particular. Con la introducción de ajustes razonables se pretende hacer justicia individual en el sentido de garantizar la no discriminación o la igualdad, teniendo en cuenta la dignidad, la autonomía y las elecciones de la persona. Por lo

tanto, una persona con una deficiencia rara puede solicitar ajustes que no estén comprendidos en el alcance de ninguna norma de accesibilidad.

En la proyección de los ajustes razonables entra en juego el diseño universal. Aclarando las relaciones entre estas diferentes medidas, con carácter general, puede decirse que los ajustes razonables adquieren su significado cuando el bien de la accesibilidad no se puede satisfacer justificadamente de manera universal, ya sea a través del diseño universal o de las medidas de accesibilidad. Se trata de medidas que poseen un carácter individual y que surgen, por tanto, cuando diseño universal y medidas de accesibilidad fallan. A su vez, las medidas de accesibilidad también operan cuando el diseño universal no se ha cumplido de manera justificada, pero a diferencia de los ajustes, las medidas de accesibilidad son generales.

Sin perjuicio del matiz apuntado, tanto el concepto de la Convención como el de la LGDPD comprenden y expresan claramente aquello que puede denominarse como el "núcleo básico" de la configuración jurídica de los ajustes razonables, compuesto por tres características fundamentales. La primera de ellas es su carácter individualizado. Estas medidas operan respecto de una persona con discapacidad en particular, situada en un contexto determinado y proporcionando soluciones específicas a las necesidades concretas de la persona. La segunda característica es que los ajustes razonables implican un acto de intervención en el entorno existente, adaptándolo o modificándolo en razón de las necesidades particulares de la persona involucrada. Por último, la tercera característica es que la satisfacción del ajuste razonable está condicionada por su proporcionalidad, evaluación que debe realizarse caso a caso.

Aunque en su configuración jurídica los ajustes razonables pueden dar la impresión de ser una figura compleja o de difícil gestión en la práctica, lo cierto es que su implementación es más recurrente de lo que parece. Existe implementación práctica de ajustes razonables, por ejemplo, cuando se acuerda un inicio de jornada laboral más tardío para una persona con discapacidad cuyo tratamiento le provoca sedación matutina o cuando se concede mayor tiempo para rendir una evaluación a una persona con discapacidad cuya condición le dificulta concentrarse por periodos extendidos de tiempo.

Por último, según se profundizará enseguida, la realización de ajustes razonables en relación con las personas con discapacidad no supone una prestación graciosa que depende de la mera voluntad estatal o de terceros públicos o privados. Ante la necesidad de realizar ajustes razonables en una situación particular, la negativa injustificada a implementarlos constituye un acto de discriminación. Esta calificación se encuentra claramente establecida en

la Convención, que dispone que la denegación de ajustes razonables es una forma de discriminación por motivos de discapacidad (artículo 2 de la Convención), calificación que se ve reforzada por la consagración de los ajustes razonables en el artículo específico sobre igualdad y no discriminación (artículo 5.3 de la Convención). En el caso de la legislación española, por su parte, el artículo 63 de la LGDPD establece:

> Se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, definidas en el artículo 4.1, cuando, por motivo de o por razón de discapacidad, se produzcan discriminaciones directas o indirectas, discriminación por asociación, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas.

El artículo 6,1,a, de la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, complementa la disposición anterior, estableciendo: "Se considerará discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad".

### 2.2.2. Lo razonable en el ajuste

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 (el diseño y las medidas de accesibilidad no eran posibles); en el segundo, lo razonable del ajuste radica en que no se traduce en una carga indebida o desproporcionada.

La exigencia de razonabilidad en el campo de la accesibilidad y del ajuste posee dos proyecciones. La primera de las proyecciones implica una suerte de justificación del ajuste en el marco de la estrategia de accesibilidad universal. El ajuste se justifica por la exigencia de accesibilidad universal y su razonabilidad deviene de la misma. En estos casos la ausencia de accesibilidad se ha producido porque no ha sido posible el diseño universal o porque no era razonable. Sin embargo, la adopción de una medida concreta como el ajuste sí que puede llegar a ser razonable. En estos casos, no es razonable el diseño universal, pero sí el ajuste. Esta proyección de la razonabilidad se presenta como un requisito conceptual del ajuste. Si no se da, no estaremos hablando de ajuste razonable.

La segunda de las proyecciones incide sobre el propio ajuste y su repercusión. Es decir, se presenta como un requisito para la práctica del ajuste. Esta proyección exige que el ajuste sea, precisamente, razonable, por lo que puede llegar a funcionar

como un límite a la accesibilidad. La razonabilidad, en este sentido, supone el rechazo de ciertas medidas que, aun siendo necesarias para el logro de la accesibilidad, dejan de estar justificadas al tenerse en cuenta otra serie de parámetros. En estos casos, el ajuste afecta de manera excesiva a algunos derechos o bienes, entrando normalmente en juego el principio de proporcionalidad a través del cual se evalúa si el ajuste supone una carga desproporcionada o indebida.

Así, lo razonable en el ajuste implica, por un lado, la justificación del fallo en el diseño universal, y por otro, la justificación de la medida que constituye el ajuste. Es decir, el ajuste es razonable cuando la falta de accesibilidad está justificada y cuando su práctica está justificada.

Si la falta de accesibilidad no está justificada no procede el ajuste y estamos ante una discriminación que deberá corregirse. El ajuste 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 por razón de discapacidad.

Si procede el ajuste, habrá que examinar su justificación. Desde ella sabremos si el ajuste razonable es o no es procedente, pero si lo es y no se lleva a cabo, se estará de nuevo violando la accesibilidad y produciéndose una discriminación.

### 2.2.3. Alcance y proyección del ajuste

La institución de los ajustes razonables presenta al menos tres problemas. Uno de ellos tiene que ver con su exigibilidad, otro con su proyección y el último con su alcance. Así, desde el punto de vista de su exigibilidad, al hacerse referencia en su propia definición a la posibilidad de verse limitado cuando suponga una carga desproporcionada, parece que nos encontramos con una exigencia susceptible de ser dejada a un lado fácilmente. Seguramente esta sea la razón por la que, normalmente, el ajuste es una estrategia que no suele ser utilizada ni ensalzada por las organizaciones defensoras de los derechos de las personas con discapacidad.

En todo caso, la aplicación efectiva del ajuste razonable involucra un proceso de interacción entre las partes interesadas, orientado hacia la determinación de las necesidades de la persona con discapacidad y la solución más adecuada a esas necesidades. La solicitud de ajustes razonables implica un acto de comunicación en virtud del cual la persona titular del derecho al ajuste pone en cocimiento del sujeto pasivo de la obligación la necesidad de realizar una adaptación de sus entornos. A partir de ahí, la implementación de ajustes razonables exige un proceso de diálogo entre las partes involucradas.

En la regulación de la LGDPD existen ciertas disposiciones que evocan el proceso de interacción dialógica que supone la implementación de ajustes razonables. En efecto, el artículo 66 inciso final dispone: "Las discrepancias entre el solicitante del ajuste razonable y el sujeto obligado podrán ser resueltas a través del sistema de arbitraje previsto en el artículo 74, sin perjuicio de la protección administrativa o judicial que en cada caso proceda".

En relación con su proyección, el ajuste es una medida que tiene una proyección en una persona y en un caso particular. Sin embargo, en ocasiones, se considera ajuste aquello que sirve para un colectivo en general o para un caso particular con independencia de que esté destinado a una o varias personas (Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía). Por eso, una correcta definición del ajuste implica ponerlo en relación con una persona individual (Ley 13/2014, de 30 de octubre, de Accesibilidad, de Cataluña, en la Ley 10/2014, de 3 de diciembre, de Accesibilidad, de Galicia o en la Ley 8/2017, de 3 de agosto, de Accesibilidad Universal de las Illes Balears).

Respecto a su alcance surge el problema de quiénes son los obligados a realizar los ajustes. En el ámbito de la Convención, dada la amplitud de la definición del artículo 2 se ha entendido que existe un extenso abanico de entidades que son eventuales sujetos que pueden estar obligados a realizar ajustes razonables, incluyendo tanto actores del sector público como del sector privado. El conjunto de eventuales sujetos obligados incluiría, por ejemplo, al Estado, los empleadores, los proveedores de educación, los proveedores de atención médica, de bienes y servicios, clubes y otras organizaciones de carácter privado.

Al suscribir igualmente una definición amplia de los ajustes razonables, el caso español parece alinearse con la aproximación de la Convención. En este sentido, es claro que nuestra legislación hace extensiva la posibilidad de exigir la realización de ajustes razonables tanto a sujetos y entidades del sector público como del sector privado.

## 3. Algunas dimensiones esenciales de la accesibilidad

Además del eje de la accesibilidad, la construcción normativa de la accesibilidad posee una serie de notas o dimensiones que sirven para caracterizarla y sin las cuales, no alcanza su significado. A continuación, daremos cuenta de algunas de ellas.

## 3.1. El carácter dinámico y complejo de la accesibilidad: la cadena de accesibilidad

La accesibilidad de un producto o de un servicio depende tanto de su complejidad como de la función que este desempeñe. Para que un instrumento o producto pueda ser utilizado se necesita que esté configurado para la función que forma parte de su naturaleza, siendo conscientes de que las funciones pueden ser múltiples y dependerán del contexto en el que se sitúe el instrumento o el producto. Y esto mismo ocurre cuando nos referimos a un servicio o un derecho.

Para tener acceso a la educación no basta con que a una persona se le conceda plaza en un centro educativo. Es necesario que el centro educativo sea accesible, pero también que los materiales educativos y las clases lo sean. Es más, también se requiere la accesibilidad de otras situaciones y derechos: el recorrido de su casa al centro tendrá que ser accesible, por ejemplo.

La accesibilidad es un concepto dinámico que requiere tener en cuenta los procesos que conlleva el uso de los productos, servicios y derechos. Y esto es a lo que nos referimos cuando hablamos de cadenas de accesibilidad. La norma UNE 170001-1, se refiere a la cadena de accesibilidad como: “El conjunto de elementos que, durante el proceso de la interacción del usuario con el entorno, permiten el desarrollo de las actividades previstas en él”. Se trata así de la posibilidad de aproximarse, acceder, usar y salir de todo espacio o recinto con independencia, facilidad y sin interrupciones. En este sentido, si alguna de estas acciones no se puede realizar, la cadena se corta y el espacio o situación no es accesible.

La idea de la cadena de accesibilidad coincide con otras utilizaciones de este término en ámbitos muy distintos. Se habla así de la cadena de frío, de la cadena de valor o, en el derecho, de la cadena de custodia. Esta última se utiliza para hacer referencia al conjunto de medidas que se deben adoptar a fin garantizar la eficacia procesal en vías a la preservación de la originalidad e integridad de aquellas evidencias o elementos que pueden ser fuente de prueba de hechos objeto de investigación. Los efectos que genera la ruptura de la cadena de custodia son el establecimiento de la duda razonable acerca de la fiabilidad y autenticidad de las pruebas y con ello una posible vulneración de derechos y una quiebra de los principios que definen el derecho a la tutela judicial y a un proceso justo (sentencia del Sentencia del Tribunal Supremo 884/2012 de 8 de noviembre de 2012).

En el ámbito jurídico procedimental o procesal, la idea de la cadena es fácilmente visible, sobre todo cuando se produce el incumplimiento de algún requisito del procedimiento o del proceso, que afecta a estos en su totalidad. Por ejemplo, una ley puede convertirse en inválida si no se cumplen todos los requisitos procedimentales establecidos para su aprobación. Y algo parecido puede ocurrir con una prueba. La determinación de que una persona ha cometido un delito exige la realización de una actividad probatoria. Pues bien, si alguno de los elementos de esa actividad es contrario a derecho (por ejemplo, se llevó a cabo el registro de la casa sin autorización judicial), se anulará la prueba. Esto es lo que se llama la doctrina del fruto del árbol envenenado, denominación que sirve para expresar la idea de la cadena de validez.

La cadena de accesibilidad es una referencia fundamental del contenido de la accesibilidad que se presenta de manera clara cuando estamos ante un servicio o cualquier actividad cotidiana que requiere de distintos instrumentos, espacios y tiempos. Así, para que una persona pueda desplazarse de un lugar a otro, puede necesitar de la accesibilidad de varios instrumentos y espacios. Si alguno de ellos no cumple con su función encaminada a asegurar la accesibilidad, ese desplazamiento se hace inaccesible. La cadena de accesibilidad sería en este caso el conjunto de “etapas” en las que puede descomponerse el recorrido.

La cadena de accesibilidad se relaciona con los llamados requisitos DALCO, relativos a las acciones de deambulación, aprehensión, localización y comunicación. La accesibilidad exige garantizar que las personas se puedan desplazar, comunicar y entender, y que los productos, servicios y derechos se puedan, según el caso, usar, manipular, disfrutar y ejercer.

En este sentido, el eje de la accesibilidad y, por tanto, la exigencia jurídica de la accesibilidad, se refiere a toda la cadena de accesibilidad y la ruptura de esta cadena supone el incumplimiento de la accesibilidad.

## 3.2. Accesibilidad y diversidad

Al ser la accesibilidad una exigencia universal y, por tanto, para todas las personas, esta exigencia debe ser permeable a la diversidad humana. La conexión entre accesibilidad y diversidad es tal que la ausencia de consideración de la segunda conlleva, normalmente, un incumplimiento de la primera.

Ser permeable a la diversidad implica atender las distintas condiciones y situaciones en las que pueden encontrarse las personas con discapacidad. La

atención a la diversidad en materia de accesibilidad es importante porque tradicionalmente esta se ha desarrollado en el ámbito de los espacios y en relación con las barreras físicas y más adelante sensoriales. Solo recientemente se ha incorporado la atención a las barreras cognitivas.

### 3.2.1. Accesibilidad física

De acuerdo con la Confederación Española de Personas con Discapacidad Física y Orgánica (COCEMFE), la discapacidad física hace referencia a una disminución o ausencia de funciones motoras o físicas, que repercute en la forma de llevar a cabo ciertas actividades: las dificultades que suele encontrar la persona con algún tipo de discapacidad física están relacionadas sustancialmente con la realización de movimientos, la deambulación o la manipulación de objetos[8].

La accesibilidad física procura simplificar y garantizar la forma de acceder a un lugar y transitar en sus espacios: implica que todas las personas puedan desplazarse, llegar a los sitios, entrar y estar autónomamente en ellos, así como coger y manipular fácilmente los objetos. Ejemplos clásicos de accesibilidad física son rampas, ascensores, puertas amplias, pasillos anchos.

Las barreras físicas imposibilitan en algunos casos el libre acceso y tránsito en muchos lugares públicos y privados, lo que puede ocasionar una situación de discriminación y vulnerabilidad. Estas barreras se suelen clasificar en tres grupos: barreras urbanísticas, que son aquellas que se encuentran en las calles y espacios públicos (aceras, parques y jardines no accesibles, mobiliario urbano no apto); barreras a la movilidad en los diferentes medios de transporte (impiden o dificultan el uso del transporte público o de un vehículo propio); barreras arquitectónicas en el acceso o en el interior de edificios (escalones, pasillos, ascensores pequeños, ausencia de rampas).

En línea general, los principales problemas con los que se encuentran las personas con discapacidad física son: desniveles, escaleras y pendientes fuertes; dificultades para pasar por espacios estrechos; dificultad para realizar largos recorridos sin detenerse y descansar; peligro de caídas por tropiezos o resbalones de los pies o bastones; superficies resbaladizas; falta de barandillas en la que apoyarse; problemas a la hora de abrir y cerrar puertas, especialmente si tienen mecanismos de retorno; dificultades para accionar mecanismos que precisan de las dos manos a la vez; dificultades para levantarse si se está sentado o tumbado.

[8] Confederación Española de Personas con Discapacidad Física y Orgánica. (s.f.). *Discapacidad Física y Orgánica*. https://www.cocemfe.es/informate/discapacidad-fisica-organica/ (Recuperado el 22 de marzo de 2023).

La accesibilidad física es una necesidad básica del entorno construido y debe ser la condición que debe cumplir todo tipo de espacio para ser utilizable por todas las personas de la manera más autónoma posible, ya que, como ya hemos mencionado, las personas con discapacidad no son las únicas que se ven beneficiadas a la hora de dar respuesta a esas necesidades.

Resulta interesante mencionar también la cuestión de la accesibilidad orgánica, que suele situarse en el marco de la accesibilidad física. No obstante, la discapacidad física y orgánica no son exactamente lo mismo: la discapacidad orgánica es una discapacidad física que afecta a los órganos internos y se asocia a enfermedades que no son perceptibles a simple vista, pero que repercuten de forma significativa en la realización de las actividades básicas del día a día. Se trata de personas con enfermedades crónicas (diabetes, lupus, fibromialgia, enfermedades renales y cardiopatías, entre otras) "invisibles" que se encuentran con barreras distintas respecto a las personas con movilidad reducida, ya que se trata de dos categorías que tienen, obviamente, necesidades distintas. Por consiguiente, puede que un espacio accesible para personas con discapacidad física, no lo sea para las personas con discapacidad orgánica.

En el Libro Blanco de la Discapacidad Orgánica[9], tras dar cuenta de la situación actual de las personas con discapacidad orgánica en España, se pone el acento en cómo esto afecta su forma de relacionarse con el entorno, analizando las barreras existentes y su impacto en la calidad de vida de estas personas. La invisibilidad es "la gran barrera": esas personas tienen, por ejemplo, más dificultad para que se les ceda el asiento de un autobús, en comparación con una persona con una discapacidad física evidente. Un ejemplo de entorno accesible para esas personas, es el que proporciona frecuentes zonas de descanso, ya que las dificultades y necesidades identificadas en el ámbito laboral, educativo y de ocio tienen que ver muy a menudo con problemas de dolor, fatiga o mareo.

### 3.2.2. Accesibilidad sensorial

La accesibilidad sensorial se configura como respuesta frente a aquellas barreras asociadas a algún tipo de deficiencia sensorial. Por lo general, se utiliza para referirse a la discapacidad visual o auditiva, aunque también puede relacionarse con los otros sentidos: desde discapacidades olfativas y gustativas hasta discapacidades somatosensoriales (falta de sensibilidad al tacto, calor, frío

[9] COCEMFE (2022). *Libro blanco de la discapacidad orgánica: Estudio sobre la situación de las personas con discapacidad orgánica* (pp. 150-156). Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030.

y dolor) y trastornos del equilibrio[10]. Son ejemplos de manifestaciones de la accesibilidad sensorial los vídeos con subtítulos o lengua de signos para personas con discapacidad auditiva o los documentos escritos con letra grande o en braille para personas con discapacidad visual.

Las principales dificultades a las que se enfrentan las personas con discapacidad visual son: identificación de objetos; detección de obstáculos; dificultad para medir distancias; dificultad para adaptarse a cambios bruscos de intensidad luminosa; orientación; problemas para procesar la información basada en colores; incapacidad de ver los detalles de las cosas; no percepción de señales. La discapacidad visual tiene un muy alto impacto en la calidad de vida de los individuos, ya que las personas con discapacidad visual son muy dependientes de otras o de algunas herramientas, como bastón o perro guía, para poder desplazarse de forma segura.

Las personas con discapacidad auditiva se enfrentan a problemas que no están relacionados con barreras arquitectónicas físicas, y posiblemente por ello sea una de las situaciones menos tenidas en cuenta a la hora de diseñar el entorno. Los principales problemas para personas usuarias con discapacidad auditiva son: identificación de señales acústicas (alarmas, voz, timbres) en espacios públicos y transportes; problemas de comunicación (falta de subtitulación, falta de intérpretes de lenguajes de signos); sensación de aislamiento respecto al entorno; dificultad para localizar el origen de un sonido; dificultad para separar un sonido concreto del ruido ambiental; dificultad para leer el labial en entornos mal iluminados.

A nivel europeo, existe numerosa legislación relativa a la protección y garantía de las lenguas de signos, como la Resolución del Parlamento Europeo, de 23 de noviembre de 2016, sobre la lengua de signos y los intérpretes profesionales de lengua de signos, que ha supuesto un gran reconocimiento a los derechos de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas en el acceso a la información en todos los ámbitos de la vida pública, el empleo, la educación y la formación.

A nivel nacional, se aprobó la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditivas y sordociegas. Esta ley intenta garantizar el acceso de esas personas a la

[10] National Rehabilitation Information Center. (s.f.). *Selecciones del Bibliotecario: Discapacidades Sensoriales.* https://naric.com/?q=es/content/selecciones-del-bibliotecario-discapacidades-sensoriales#:~:text (Recuperado el 22 de marzo de 2023).

información y a la comunicación, teniendo presente su heterogeneidad y las necesidades específicas de cada grupo, advirtiendo de que "la lengua no es una simple manifestación de la libertad individual, sino que trasciende los ámbitos personales y se convierte en una herramienta ineludible para la vida en sociedad" (artículo 14).

Como se mencionaba antes, las personas con discapacidad visual y auditiva se encuentran principalmente con barreras de comunicación e interacción. Por lo que, además de todo lo dicho, una medida imprescindible en relación con la accesibilidad sensorial es el uso del braille para leer y garantizar la comunicación, independencia e igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad visual. La Convención nos recuerda que el hecho de aceptar y facilitar el aprendizaje y la utilización de la lengua de signos, el braille y otros métodos alternativos de comunicación permite: el acceso a la libertad de expresión, de opinión y a la información y comunicación escrita (artículo 21), la educación sobre la base de la igualdad de oportunidades y la inclusión social (artículo 24). El objetivo sigue siendo el mismo: que las personas con discapacidad puedan disfrutar completamente de los derechos y las libertades fundamentales y puedan vivir de manera digna y plena.

### 3.2.3. Accesibilidad cognitiva

La accesibilidad cognitiva se relaciona con la posibilidad de entender o comprender el entorno. Implica que las personas entiendan la información proporcionada por él y puedan llevar a cabo las actividades del día a día de manera simple e intuitiva, siempre teniendo en cuenta que todos nos vemos beneficiados por un entorno más comprensible.

Las principales personas destinatarias de las medidas de accesibilidad cognitiva son aquellas personas con discapacidad intelectual y trastornos del espectro autista (TEA), que se encuentran frente a dificultades para comprender el entorno que las rodea.

Las respuestas a las necesidades de la accesibilidad cognitiva se desarrollan a partir del modelo social de la discapacidad, puesto que se pone el acento en los factores situacionales que actúan como barreras o facilitadores para que una persona pueda acceder al entorno: la alteración o problema intelectual ya no se sitúa "en" la persona, sino que se traslada a la sociedad. Las dificultades de las personas con discapacidad intelectual y TEA tienen que ver con la comprensión, la predicción y la orientación tanto temporal como espacial, por lo que son necesarias medidas que ayuden a estructurar el ambiente, reduciendo su

complejidad, y faciliten apoyos para realizar actividades con autonomía y seguridad[11].

La Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación, ha incorporado esta dimensión estableciendo, entre otras cosas, condiciones básicas de la accesibilidad cognitiva y reformulando la definición de accesibilidad universal del artículo 2.k). que ha quedado como sigue:

> es la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, 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. En la accesibilidad universal está incluida la accesibilidad cognitiva para permitir la fácil comprensión, la comunicación e interacción a todas las personas. La accesibilidad cognitiva se despliega y hace efectiva a través de la lectura fácil, sistemas alternativos y aumentativos de comunicación, pictogramas y otros medios humanos y tecnológicos disponibles para tal fin. Presupone la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse.

Las condiciones básicas se detallan en el artículo 29 bis de la LGDPD, donde se afirma que:

> 1. Las condiciones básicas de accesibilidad cognitiva son el conjunto sistemático, integral y coherente de exigencias, requisitos, normas, parámetros y pautas que se consideran precisos para asegurar la comprensión, la comunicación y la interacción de todas las personas con todos los entornos, productos, bienes y servicios, así como de los procesos y procedimientos. 2. Estas condiciones básicas, que serán objeto de desarrollo normativo específico, se extenderán a todos los ámbitos a los que se refiere el artículo 5 de esta ley, por resultar precisas para promover el desarrollo humano y la máxima autonomía individual de todas las personas.

Es posible afirmar que algo es cognitivamente accesible cuando resulta de fácil comprensión. Por consiguiente, la accesibilidad cognitiva es la propiedad que tienen aquellos entornos, procesos, servicios, objetos y dispositivos que

[11] Technosite, Fundación ONCE. (2009). *Accesibilidad y capacidades cognitivas. Movilidad en el entorno urbano. Vialidad, transporte y edificios públicos.* pp. 8-11. Disponible en: https://accesibilidadcognitivaurbana.fundacononce.es//docs/accesibilidadcognitiva_conocimiento.pdf

resultan inteligibles o de fácil entendimiento. El hecho de que el individuo conozca y comprenda el espacio con el que interactúa le permite actuar como ser autónomo. Más en detalle, conocer y comprender el espacio significa ser capaz de valorar: qué características tiene el entorno u objeto con el que se produce la interacción; compararlo con otro entorno u objeto que el individuo ya conoce; qué actividades puede llevar a cabo en él o con él; cómo se interpreta social y culturalmente; qué relación espacial, temporal o funcional mantiene con otros entornos y objetos; qué personas pueden o suelen usarlos[12].

Las distintas medidas en favor de la accesibilidad cognitiva para proporcionar la información en términos más comprensivos se sirven de metodologías como la lectura fácil o el *wayfinding* (o diseño de sistemas de orientación espacial), siempre con el objetivo de facilitar la inclusión del mayor número de personas posibles en un contexto de accesibilidad universal.

Un documento es de fácil lectura cuando: se utiliza un lenguaje simple y directo, se expresa una sola idea por frase, se evitan tecnicismos y abreviaturas, se estructura el texto de manera clara y coherente. En el caso de personas que no tengan capacidad de lectura y escritura, se priorizarán otros métodos como la transmisión oral, las imágenes, los pictogramas, la lengua de signos o el alfabeto braille.

El *wayfinding* consiste en un proceso de orientación en el que se utilizan recursos del espacio para informar y dirigir a las personas en sus desplazamientos (caminos intuitivos/ itinerarios orientados), facilitando la elección del camino que lleva de un lugar a otro. Los recursos *wayfinding* pueden ser arquitectónicos (espacios de espera junto a cada entrada del edificio), gráficos (criterios de lectura fácil para señalética, mapas y, por ejemplo, proporcionar la información de "usted está aquí"), auditivos (instrucciones verbales del personal de un edificio, señales acústicas de los ascensores) o táctiles (escritura en braille o altorrelieve y materiales de diferentes texturas)[13].

Como se puede fácilmente deducir, la señalización es uno de los recursos que comprende el *wayfinding*, ya que favorece la circulación segura y autónoma de todas las personas. Según el Libro Verde de la Accesibilidad en España, la señalización tiene como objetivo informar a los diferentes tipos de usuarios para una correcta interrelación con el entorno o la realización de las funciones

[12] Belinchón, M., Casas, S., Díez, C., y Tamarit, J. (2012). *Accesibilidad cognitiva en centros educativos.* (p. 11). Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

[13] Technosite, Fundación ONCE. (2009). *Accesibilidad y capacidades cognitivas. Movilidad en el entorno urbano. Vialidad, transporte y edificios públicos.* pp. 11-17. Disponible en: https://accesibilidadcognitivaurbana.fundacononce.es//docs/accesibilidadcognitiva_conocimiento.pdf.

previstas en él, haciendo lo siguiente: alertar sobre la situación, llamar la atención sobre determinados aspectos de la misma, facilitar la localización e identificación de determinados medios y/o instalaciones, y orientar[14].

### 3.3. Accesibilidad y publicidad

La exigencia de publicidad es un rasgo que caracteriza al derecho contemporáneo y que ha pasado a ser componente de su propio concepto. Se trata de una exigencia vinculada a la seguridad jurídica. El derecho debe satisfacer la exigencia de publicidad porque gracias a ello, los ciudadanos y ciudadanas podemos conocer y acceder al significado de las normas. De esta forma, la exigencia de publicidad se convierte en una herramienta de accesibilidad al derecho.

En este sentido, no son admisibles las situaciones que limitan el acceso al conocimiento del derecho. Un ejemplo está constituido por el tratamiento de las normas UNE en nuestro derecho. Como es sabido, las normas UNE recogen principalmente especificaciones técnicas a seguir en el diseño o producción de bienes, servicios y entornos con el objeto de lograr criterios unívocos y condiciones de calidad y usabilidad óptimos. Estas normas se encuentran protegidas por derechos de propiedad intelectual y, por lo tanto, su adquisición o consulta puede tener un coste determinado. En cualquier caso, las normas UNE no son vinculantes, salvo que las mismas sean referidas o requeridas en una norma jurídica vigente. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico español, existen referencias a las normas UNE en textos legislativos de obligado cumplimiento, lo que supone limitar la accesibilidad del derecho[15].

## 4. Los límites de la accesibilidad: posibilidad y proporcionalidad

Como hemos visto, el eje de la accesibilidad parte del diseño universal. Así, cuando el diseño falla (de manera justificada), la estrategia tiene que ser hacer accesible el producto, entorno, servicio, o derecho, al mayor número de personas (por ejemplo, a través de medidas de accesibilidad). Y si esta estrategia falla (de nuevo de manera justificada), entra en juego el ajuste.

[14] Alonso López, F., Roca Parés, A., Calle Cebrecos, M. *et al*. (2002). *Libro Verde de la accesibilidad en España: diagnóstico y bases para un plan integral de supresión de barreras*. Imserso.

[15] Ver Clínica Jurídica Javier Romañach. *Informe sobre normas UNE en el contexto de la discapacidad*. Disponible en https://clinicajuridicaidhbc.files.wordpress.com/2022/07/normas-une-discapacidad.pdf (última consulta 24 de marzo de 2023).

Se habrá advertido que, en esta descripción del eje, la exigencia de la justificación cobra un protagonismo especial. Y es que el diseño universal se convierte en una exigencia que solo puede verse incumplida o limitada de manera justificada. Solo en ese caso podrá entrar en juego el ajuste que, a su vez, solo podrá dejarse de satisfacer de manera justificada. En todos estos casos, cuando no haya justificación, estaremos ante una situación de discriminación.

En ocasiones, la normativa en materia de accesibilidad establece porcentajes de cumplimiento de esta, creando de hecho límites a su satisfacción. Es habitual encontrarse con normas que condicionan el cumplimiento de las exigencias de accesibilidad a la posesión de ciertos rasgos (por ejemplo, el tamaño del establecimiento) o al hecho de que un determinado número de servicios las satisfagan. Con ello, de hecho, se limita la accesibilidad pudiéndose producir situaciones de discriminación desde el manejo de un concepto de diseño universal muy alejado de su significado primigenio. Este tipo de límites no son aceptables salvo que vayan soportados por una justificación que apele a bienes de igual valor que los que se dejan de satisfacer, exigiéndose entonces, como veremos, un juicio de proporcionalidad.

La falta de accesibilidad (en cualquiera de los momentos del eje de la accesibilidad) no justificada, constituye una violación de la accesibilidad en cualquiera de sus sentidos.

En todo caso, la posibilidad de encontrar situaciones en las que esté justificada la falta de satisfacción del diseño universal y el ajuste razonable implica que la accesibilidad puede tener límites. Estos límites forman parte del propio eje de la accesibilidad y pueden ser reconducidos a la idea de razonabilidad.

La idea de razonabilidad suele estar presente cuando se habla de límites de derechos o de otros bienes fundamentales. Y esto es así porque cuando se produce un conflicto entre derechos o entre bienes fundamentales, tenemos que realizar un juicio de razonabilidad.

En relación con la accesibilidad lo razonable funciona como un doble test. El primero tiene que ver con la justificación de la medida universal que permite el acceso general a un bien o servicio; el segundo tiene que ver con la medida singular que permite el acceso particular a dicho bien o servicio.

Apoyándonos en las definiciones del eje de la accesibilidad, podemos identificar al primer test con el término posible y al segundo con el término proporcional. En este sentido, el eje de la accesibilidad universal puede verse limitado por dos tipos de circunstancias que pueden ser denominadas como los

límites de lo posible y de lo proporcional. Los límites de lo posible tienen que ver, principalmente, con la situación del conocimiento científico y la diversidad humana, pero también con la afectación de derechos; los límites de lo proporcional se refieren a la ausencia de justificación de la accesibilidad al afectar derechos y bienes. En el tratamiento de estos segundos surge la cuestión del coste desproporcionado.

## 4.1. Los límites de lo posible

Los límites de lo posible aparecen con la referencia que en la propia definición del diseño universal se hace a lo posible. En todo caso, en su sentido primigenio, es un límite presente siempre en el derecho porque alude al viejo aforismo *ad impossibilia nemo tenetur* (nadie está obligado a hacer cosas imposibles).

En efecto, en ocasiones, el diseño universal puede no ser posible porque no existan técnicas o instrumentos para ello, esto es, la accesibilidad puede encontrar sus límites en el estado de la ciencia y la técnica. En estos casos, el entorno, producto, servicio (o derecho), no es accesible de manera justificada, por lo que habrá que dar paso al ajuste. Eso sí, el incumplimiento del diseño universal requiere de una justificación. Dicho de otra manera, la carga de la prueba de que nos encontramos ante un problema relativo al estado de la ciencia y la técnica corresponde a quienes crean, ponen en circulación o controlan el entorno, producto o servicio. Y en el caso de que esta justificación no sea oportuna, la solución no es el ajuste sino satisfacer el diseño universal, ya que se estará produciendo una discriminación.

Un ejemplo de estos límites de lo posible en relación con el tema que nos ocupa está constituido por la realización de los llamados actos personalísimos (**Ver ANEXO Derechos personales y vida privada y familiar**).

Un segundo límite de lo posible es el de la diversidad. Se trata de un límite que podríamos denominar como temporal en el sentido que justifica situaciones previas de no accesibilidad que tienen que ser corregidas para no ser discriminatorias.

La accesibilidad puede verse limitada ante la imposibilidad de conocer toda la diversidad humana. En este caso, de nuevo, el incumplimiento del diseño universal debe justificarse, siendo necesario demostrar que se hayan hecho todos los esfuerzos razonables, que no es otra cosa que afirmar que se ha tenido en cuenta, en el mayor grado posible, el conocimiento de la diversidad humana

(puede pensarse, por ejemplo, en una enfermedad rara que no había sido identificada). En este caso, al igual que nos ocurría en el caso anterior, la carga de la prueba en el sentido de que se han hecho estos esfuerzos corresponde a quienes crean, ponen en circulación o controlan el entorno, producto, servicio. Ahora bien, esta situación, como acabamos de decir, sirve solo para justificar faltas de accesibilidad que inmediatamente deben ser subsanadas. Esto es, en el caso de que una vez examinado el problema pueda satisfacerse el diseño universal, deberá hacerse, salvo que por la presencia de otras circunstancias (otros límites), sea necesario acudir al ajuste razonable (herramienta específicamente establecida para atender singularidades).

También en el ámbito de lo posible, pero de manera mucho más polémica, es posible referirse a límites actitudinales y a límites basados en derechos. Los primeros comparten con los basados en la diversidad su carácter temporal.

En ocasiones, el diseño universal se ve limitado por cuestiones actitudinales. Se producen así limitaciones de accesibilidad consecuencia de actitudes, ideas y creencias. Este tipo de límites son en la mayoría de los casos discriminatorios, por lo que no son admisibles. Se trata de barreras que dificultan la participación de las personas con discapacidad en el ámbito social imponiendo barreras y dificultando el ejercicio de derechos. Sin embargo, se aceptan socialmente al presentarse supuestamente de la mano de otros derechos o al desenvolverse en espacios, como los privados, en los que la importancia de los derechos no es concebida como tan relevante.

La lucha contra los límites actitudinales es mucho más compleja porque resulta difícil acabar con esas creencias de la noche a la mañana. En ocasiones requieren de una transición, en la que el protagonismo de estrategias educativas es importante y que, en todo caso, hay que realizar para acabar con la discriminación.

La accesibilidad universal puede encontrar otros límites que tienen que ver con las consecuencias que produce su adopción y que complementan el sentido de lo posible. En ocasiones, las medidas que exigen el diseño universal pueden producir unas consecuencias dañinas para otros derechos con lo que su justificación pierde fuerza. Así, por ejemplo, imaginemos que para lograr el diseño universal es necesario producir daños ambientales o se requiere un gasto claramente desproporcionado que repercute en la satisfacción de otros derechos. En estos casos, el diseño para todas las personas puede no ser razonable con lo que la exigencia de lo posible se traduce en exigencia de razonabilidad. El límite del diseño se produce porque su realización supone menoscabar de manera no

aceptable el disfrute de algún derecho. Y en este punto, normalmente, la razonabilidad suele medirse en términos de proporcionalidad.

Decíamos al comienzo del tratamiento de los límites que estos no podían ser discriminatorios. Y debemos prestar atención a esto porque en muchas ocasiones la accesibilidad se limita a través de prácticas carentes de justificación originando verdaderas discriminaciones.

Desde los límites de lo posible, el incumplimiento del diseño universal (y de la accesibilidad) solo va a estar justificado cuando: a) no es posible hacerlo de otro modo (no existe conocimiento ni técnica para ello), b) afecta gravemente a otro derecho o bien fundamental al que se le da prioridad después de un juicio de proporcionalidad. En ambos casos corresponde justificar esta situación a quien incumple el diseño universal.

Además, la falta de accesibilidad puede estar justificada en un primer momento en el desconocimiento de la diversidad humana o por una cuestión actitudinal, pero en ambos casos, la solución es corregir esa situación y satisfacer la accesibilidad. En caso contrario se estará produciendo una discriminación.

## 4.2. Los límites de lo proporcional

Como ya hemos visto, el ajuste procede siempre y cuando no suponga una carga desproporcionada o indebida. Estos dos referentes que aparecen para el ajuste, pueden ser extrapolados a todo el eje de la accesibilidad y pueden ser reconducidos a la exigencia de proporcionalidad.

En su Observación general número 6 el Comité de la Convención ha señalado un conjunto no exhaustivo de factores que pueden servir de guía para la evaluar la proporcionalidad de una modificación o adaptación en un caso concreto[16]. Estos criterios son: los costes financieros, los recursos disponibles (incluido el acceso a subsidios públicos), el tamaño de la entidad; los efectos de la realización del ajuste razonable para la entidad requerida y para terceros; y los factores razonables de salud y seguridad.

Por su parte, el artículo 66.2 de la LGDPD dispone:

> 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

[16] CRPD/C/GC/6, 2018.

> que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda.

En el Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público, se contempla una definición de proporcionalidad en el ámbito de la accesibilidad, señalando, en su artículo 2, qué debe entenderse por tal:

> calidad de una medida de mejora de la accesibilidad según la cual los costes o las cargas que implica están justificados, teniendo en cuenta los siguientes criterios:
>
> 1.º Los costes de la medida.
>
> 2.º Los efectos discriminatorios que comportaría para las personas con discapacidad que la medida no se llevara a cabo.
>
> 3.º Las características de la persona, la entidad o la organización responsable de adoptar la medida, así como la carga que a esta le suponga su implantación.
>
> 4.º La posibilidad de obtener financiación pública u otras ayudas.

### 4.2.1. El juicio de proporcionalidad

Dejando para más adelante la cuestión del coste, lo que viene a exigir el artículo 66.2 de la LGDPD antes referido es que la determinación de la razonabilidad del ajuste deba hacerse teniendo en cuenta las consecuencias reales (una vez examinado el problema y los recursos existentes en su conjunto) que su adopción o no tiene sobre los derechos de las personas implicadas. Así, el ajuste no estará justificado cuando su realización produce un daño más relevante en términos de derechos que su satisfacción, lo que nos dirige al principio de proporcionalidad. Un principio de proporcionalidad que debe prestar especial atención, en su caso, a la situación de vulnerabilidad en la que se pueden encontrar las personas.

Se trata de un juicio muy presente cuando estamos ante limitaciones de derechos o ante conflictos entre derechos. Al respecto, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 52.1 menciona que

> [...] cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el

> principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

Es en la Sentencia 66/1995, de 8 de mayo, del Tribunal Constitucional donde se muestra de forma concreta el juicio o test de proporcionalidad. Esta sentencia trata la convocatoria de una reunión por parte de la Federación de Banca, Ahorro, Seguros y Oficinas de la Unión General de Trabajadores (FEBASO-UGT), avisada a la autoridad gubernativa, que se haría en la Plaza de Canalejas-metro Sevilla, a las trece horas del día 5 de junio de 1992, con el objeto de apoyar la negociación del Convenio de la Banca Privada.

Al respecto, el Tribunal menciona que la prohibición de celebrar una concentración debe ser sometida a un juicio de proporcionalidad, ya que debe ser constitucionalmente legítima si no existen otros medios para preservar el orden público sin sacrificar de forma tan fuerte el derecho a reunión (fundamento jurídico 4). En ese sentido, para comprobar si el límite del ejercicio del derecho a reunión supera el juicio de proporcionalidad, el Tribunal menciona, en su fundamento jurídico 5, que debe constatarse 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.

El juicio o test de proporcionalidad aparece como la unión de tres grandes principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

El principio de idoneidad expresa la exigencia de que toda limitación a un bien o derecho debe ser adecuada en relación con un fin constitucionalmente legítimo. Esta exigencia se traduce en la necesidad de exponer el fin que se pretende y que este posea un reflejo normativo. El principio de idoneidad obliga a precisar si el bien que se opone al ajuste puede ser satisfecho por otra vía y el peso constitucional de ese bien.

El principio de necesidad expresa la exigencia de que toda limitación idónea a un bien o a un derecho debe ser la más benigna para dicho bien o derecho, en relación con el resto de limitaciones idóneas. En lo que se refiere al ajuste, por ejemplo, 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. Si utilizamos este principio para justificar el ajuste, teniendo en cuenta que ya hemos justificado su idoneidad, lo que tenemos que hacer ahora es subrayar su necesidad, tanto en el sentido de que es la que mejor satisface el fin como en el sentido de que dentro de todas las medidas posibles es la que menos daño hace a los derechos e intereses de los implicados.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto (también denominado como ponderación), establece que toda limitación idónea y necesaria de un bien o derecho debe 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 las personas titulares de los derechos como para la ciudadanía en general) en el marco de los valores del sistema jurídico. 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 o que se satisfacen poseen justificación normativa y pueden ser satisfechos con otras medidas, (ii) evaluar si hay medidas mejores; (iii) comparar las ventajas y sacrificios de una u otra solución.

### 4.2.2. El coste desproporcionado

La cuestión del coste nos traslada también al test de proporcionalidad. La admisibilidad de este límite depende de si la justificación del incumplimiento de la accesibilidad se lleva a cabo desde estos parámetros y, en todo caso, requiere poner de manifiesto los derechos que están en juego, la idoneidad y necesidad de la medida y las ventajas y sacrificios que se ocasionan para estos derechos[17].

Sin embargo, consideramos que debe ser tratada en un punto separado porque es, seguramente, una de las razones principales que produce la insatisfacción de la accesibilidad.

Aunque en materia de accesibilidad la cuestión del coste suele aparecer en el tratamiento del ajuste razonable, seguramente por la negativa del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a establecer restricciones de este tipo a la obligación de accesibilidad, este argumento se encuentra en todos los momentos del eje de la accesibilidad.

[17] Sobre todo, la valoración de los costes no debería hacerse sin tener en cuenta que el coste de la falta de accesibilidad recae sobre las personas a las que afectan las barreras. Ver Fredman, S. (2005). Disability Equality: A Challenge to the Existing Anti-Discrimination Paradigm en A. Lawson y C. Gooding. (Ed.), *Disability Rights in Europe. From Theory to Practice* (pp. 199-219, p. 210). Hart Publishing, Oxford and Portland. Ver asimismo de Asís Roig, R. (2013). *Sobre discapacidad y derechos* p. 124. Dykinson.

Pues bien, más allá de las menciones generales expresas de la Convención y de la LGDPD, tal vez sea en el marco de la normativa europea donde la cuestión del coste en el marco de la accesibilidad se haya detallado en mayor medida.

En efecto, la referencia al coste la encontramos, por ejemplo, en el considerando 39 de la Directiva (UE) 2016/2102, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público. En esta norma, la carga desproporcionada es definida como:

> una carga financiera u organizativa excesiva o que compromete la capacidad del organismo, bien para cumplir su cometido o para hacer pública la información necesaria y pertinente para ejecutar sus tareas y servicios, en contraste con el beneficio que la garantía de accesibilidad le reporta a la ciudadanía y, en concreto, al colectivo de personas con discapacidad.

Y continúa: "Considerar que la efectividad de la garantía de accesibilidad constituye una carga desproporcionada es el resultado de la aplicación del test de proporcionalidad".

Por su parte, la Directiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019 sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios admite la posibilidad de que los agentes económicos destinatarios de la norma puedan eximirse de su cumplimiento. Para estos efectos, el artículo 14 de la Directiva establece dos razones independientes que pueden invocar los agentes económicos para exceptuarse de cumplir con los requisitos de accesibilidad dispuestos en el artículo 4[18]. No se aplicarán estos requisitos cuando su cumplimiento: (1) exija un cambio significativo en un producto o servicio cuyo resultado sea la modificación sustancial de su naturaleza básica; (2) provoque la imposición de una carga desproporcionada sobre los agentes económicos afectados (artículo 14 párrafo 1).

Con todo, para ampararse en esas causas de exención, la Directiva establece obligaciones accesorias y ciertas reglas complementarias. Así, se dispone que los agentes económicos tienen el deber de realizar una evaluación de si el cumplimiento de los requisitos de exigibilidad configura alguna de las

[18] La posibilidad de eximición ya se anticipa en el párrafo 64 del preámbulo de la Directiva, que reza de la siguiente manera: "Por motivos de proporcionalidad, los requisitos de accesibilidad solo deben aplicarse en la medida en que no impongan una carga desproporcionada al agente económico concreto, o en la medida en que no exijan un cambio significativo en los productos o servicios que pueda dar lugar a una modificación sustancial a la luz de la presente Directiva. Se deben establecer, no obstante, mecanismos de control para verificar si existe el derecho a excepciones respecto de la aplicabilidad de los requisitos de accesibilidad".

dos causales previstas en el párrafo 1 del artículo 14 (artículo 14 párrafo 2), evaluación que debe ser documentada, conservada y puesta a disposición de la autoridad nacional competente en caso de ser requerida (párrafo 3). Adicionalmente, se establece que los prestadores de servicios que se hayan exceptuado de cumplir los requisitos de accesibilidad por razón de la carga desproporcionada deberán renovar su evaluación en los siguientes casos: (1) cuando se modifique el servicio ofrecido; (2) cuando así lo soliciten las autoridades responsables de verificar la conformidad de los servicios; y (3) en cualquier caso, cada cinco años (párrafo 5). Por último, también se establece que los agentes económicos no podrán invocar la carga desproporcionada cuando hayan recibido financiamiento externo, público o privado, con el objeto específico de mejorar la accesibilidad de sus productos o servicios (párrafo 7).

En su Anexo VI la Directiva establece "criterios para la evaluación de la carga desproporcionada". Una cuestión que devela el excesivo enfoque mercantilista de la Directiva es que todos estos criterios giran en torno al concepto de "costes". En efecto, la Directiva enuncia tres criterios matrices (que a su vez cuentan con diferentes subcriterios o factores de evaluación) para la determinación de una eventual carga desproporcionada, a saber:

- La proporción de los costes netos de cumplir los requisitos de accesibilidad en los costes totales (inversiones en activos fijos y gastos operativos) de fabricar, distribuir o importar el producto o prestar el servicio para los agentes económicos.
- Los costes y beneficios estimados para los agentes económicos, incluidos los procesos de producción y las inversiones, en relación con el beneficio estimado para las personas con discapacidad, teniendo en cuenta la cantidad y frecuencia de utilización de un producto o servicio específico.
- La proporción de los costes netos de cumplir los requisitos de accesibilidad en el volumen de negocios neto del agente económico.

## 5. La construcción jurídica de la accesibilidad

No existe claridad sobre la naturaleza jurídica de la accesibilidad. En cualquier caso, su construcción jurídica más extendida es aquella que la entiende como obligación. Y es que una interpretación literal del artículo 9 de la Convención parece que lleva a esta consideración.

En efecto, el artículo 9 párrafo 1 de la Convención establece tres grandes categorías de ámbitos u objetos en que se proyecta la posible obligación de proporcionar accesibilidad. Primero, el entorno físico y el transporte. Esta mención especial se ve reforzada al indicar que las medidas se aplicarán, entre

otras cosas, a "los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo". Segundo, "la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones". Esta última mención especial se ve reforzada al mencionar que las medidas se aplicarán, entre otras cosas, a "servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia". Tercero, la obligación de proporcionar accesibilidad también se aplica respecto de "otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público".

La perspectiva de la accesibilidad como obligación se proyecta en todo el eje de la accesibilidad y, concretamente, en el diseño universal y en los ajustes razonables. En este sentido se habla de la obligación del diseño universal y de la obligación de los ajustes razonables.

Su fuerza jurídica dependerá por un lado del texto legal en el que nos apoyemos (en el ordenamiento español este texto es la LGDPD, pero también la normativa europea e internacional), pero también de la concepción que se maneje. Y en este punto, la consideración de la accesibilidad como obligación se compagina muy bien con la versión más genuina de la accesibilidad que estamos describiendo en esta parte.

Se trata de una construcción que suele presentar un alcance diferente según el titular de la obligación sea un poder público o un poder privado. En todo caso, la eficacia de la obligación está directamente relacionada con el diseño de la respuesta ante su incumplimiento.

Prácticamente todo el sistema de garantías de la accesibilidad se ha configurado tomando como referencia esta construcción de la accesibilidad. En la LGDPD, la obligación de proporcionar accesibilidad se expresa a través de dos fórmulas recurrentes: las "condiciones básicas de accesibilidad" y las "exigencias de accesibilidad". Las condiciones básicas de accesibilidad se concentran en el Título I de la LGDPD (sobre derechos y obligaciones), especialmente en la regulación legal del derecho a la vida independiente. El Título II de la LGDPD, relativo a la igualdad de oportunidades y no discriminación, aborda y desarrolla el concepto de "exigencias de accesibilidad".

## 6. La garantía de la accesibilidad: la obligación de accesibilidad

La LGDPD se refiere a las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación en una serie de ámbitos cuya vulneración da entrada a mecanismos

jurídico-administrativos de protección y posibilita, asimismo, el recurso a la institución del arbitraje.

## 6.1. Las condiciones básicas de accesibilidad

Un aspecto importante de la garantía de la accesibilidad está compuesto por el conjunto de condiciones básicas que deben reunir, en el ordenamiento jurídico español, los espacios públicos urbanizados y edificaciones, los modos y medios de transporte, la comunicación y acceso a la información, la sociedad de la información y el derecho digital, las relaciones con los poderes y Administraciones Públicas, el acceso a los bienes y servicios a disposición del público y la accesibilidad cognitiva.

El artículo 23 de la LGDPD se refiere así a las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación, estableciendo:

> 1. El Gobierno, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las comunidades autónomas y a las entidades locales, regulará las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación que garanticen los mismos niveles de igualdad de oportunidades a todas las personas con discapacidad.
>
> Toda referencia a accesibilidad y a accesibilidad universal en esta ley, se entiende que incluye la accesibilidad cognitiva, conforme a lo estipulado en la letra k) del artículo 2.
>
> Dicha regulación será gradual en el tiempo y en el alcance y contenido de las obligaciones impuestas, y abarcará todos los ámbitos y áreas de las enumeradas en el artículo 5.
>
> 2. Las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación establecerán, para cada ámbito o área, medidas concretas para prevenir o suprimir discriminaciones, y para compensar desventajas o dificultades. Se incluirán disposiciones sobre, al menos, los siguientes aspectos:
>
> a) Exigencias de accesibilidad de los edificios y entornos, de los instrumentos, equipos y tecnologías, y de los bienes y productos utilizados en el sector o área. En particular, la supresión de barreras a las instalaciones y la adaptación de equipos e instrumentos, así como la apropiada señalización en los mismos.
>
> b) Condiciones más favorables en el acceso, participación y utilización de los recursos de cada ámbito o área y condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas.

c) Apoyos complementarios, tales como ayudas económicas, productos y tecnologías de apoyo, servicios o tratamientos especializados, otros servicios personales, así como otras formas de apoyo personal o animal. En particular, ayudas y servicios auxiliares para la comunicación, como sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, sistemas de apoyo a la comunicación oral y lengua de signos, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación.

d) La adopción de normas internas en las empresas o centros que promuevan y estimulen la eliminación de desventajas o situaciones generales de discriminación a las personas con discapacidad, incluidos los ajustes razonables.

e) Planes y calendario para la implantación de las exigencias de accesibilidad y para el establecimiento de las condiciones más favorables y de no discriminación.

f) Recursos humanos y materiales para la promoción de la accesibilidad y la no discriminación en el ámbito de que se trate.

3. Las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación se establecerán teniendo en cuenta los diferentes tipos y grados de discapacidad que deberán orientar tanto el diseño inicial como los ajustes razonables de los entornos, productos y servicios de cada ámbito de aplicación de la ley".

### 6.1.1. La accesibilidad en los espacios públicos urbanizados y en las edificaciones

En el ámbito de los espacios públicos urbanos y las edificaciones, con carácter general hay que estar a lo dispuesto en el Real Decreto 505/2007, de 20 de abril por el que se aprueba las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones, y a la Orden TMA/851/2021, de 23 de julio, por la que se desarrolla el documento técnico de condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y la utilización de los espacios públicos urbanizados.

Esta segunda desarrolla las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación apoyándose en los principios de autonomía individual, no discriminación, accesibilidad universal y diseño universal o diseño para todas las personas. Su objetivo es que todas las personas puedan acceder a los espacios públicos urbanizados de manera normalizada, cómoda, segura y eficiente. Las condiciones básicas buscan unos espacios públicos urbanizados comprensibles,

utilizables y practicables por todas las personas, en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible.

Se entiende por espacios públicos urbanizados, tal y como señala los artículos 3,1 y 3,2 de la Orden TMA/851/2021:

> el conjunto de espacios peatonales y vehiculares, de paso o estancia, no adscritos a una edificación, y que forman parte del dominio público o están destinados al uso público, en el suelo en situación básica de urbanizado de conformidad con lo dispuesto por la legislación estatal de suelo" (artículo 3,1); y también, "los tramos urbanos de las playas tal y como se definen en la legislación estatal en materia de costas.

Asimismo, adquiere relevancia en este ámbito la normativa sobre accesibilidad en el campo de la vivienda (en lo esencial, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación; el Código Técnico de la Edificación; el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana; y la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal reformada por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler).

### 6.1.2. La accesibilidad y los medios de transporte

La accesibilidad de los medios de transporte requiere del cumplimiento de unas condiciones exigibles para las infraestructuras (estaciones, puertos...), para los vehículos (material móvil) y, para el tránsito entre unas y otros. Se trata así de uno de los ámbitos en donde más claramente se ve la relevancia de la cadena de accesibilidad.

Las condiciones de accesibilidad de las infraestructuras guardan relación con las condiciones de accesibilidad de los espacios públicos urbanizados y edificaciones. Por su parte, la accesibilidad de los vehículos exige la efectividad de las condiciones previstas dependiendo del material móvil de que se trate. En todo caso, las condiciones para garantizar el acceso a las personas con discapacidad en condiciones de igualdad, debe proyectarse además sobre la información, las señales y los itinerarios.

En el ámbito de la Unión Europea destacan distintas normas con disposiciones en materia de accesibilidad y no discriminación de personas con discapacidad en el transporte aéreo (Reglamento 1107/2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo), marítimo (Reglamento 1177/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010, sobre los derechos de los pasajeros que viajan por mar

y por vías navegables y por el que se modifica el Reglamento 2006/2004), por ferrocarril (Reglamento 1371/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, que establece los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril) o por carretera (Reglamento 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, sobre los derechos de los viajeros de autobuses y autocar).

En el ámbito estatal, el Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre regula las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad. Dicha regulación se refiere a los modos de transporte ferroviario, marítimo, aéreo, por carretera, en autobús urbano y suburbano, ferrocarril, taxi y servicios de transporte especial.

La Disposición final tercera de esta norma señala que las condiciones de accesibilidad y no discriminación establecidas en ella tienen carácter básico, y podrán ser complementadas por parte de las comunidades autónomas y las administraciones locales. En este sentido, encontramos en la legislación autonómica distintas nomas que se establecen la obligatoriedad de la accesibilidad en el ámbito del transporte[19].

### 6.1.3. La accesibilidad y el acceso a la información

El artículo 7.3 de la LGDPD compele a las administraciones públicas a proteger de forma especialmente intensa los derechos de las personas con discapacidad en determinadas materias entre las que menciona la comunicación e información. Se trata, en efecto, de ámbitos particularmente relevantes en tanto se relacionan con derechos como la libre toma de decisiones de las personas con discapacidad, el derecho a vivir de forma independiente y a participar plenamente en todos los aspectos de la vida, el derecho al trabajo, etc. En relación con estos ámbitos es preciso tener en cuenta el Real Decreto 1494/2007 de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación.

El objetivo del Reglamento es precisamente

[19] Al respecto vid. Díaz Velázquez, E. y García, C. (2018). *Estudio integral sobre la accesibilidad a los medios de transporte públicos en España.* Real Patronato sobre Discapacidad. También De Asís Roig, R., Barranco Avilés, M.C y Cuenca Gómez, P. (2020). Derechos: accesibilidad, en R. Lorenzo García y L. C. Pérez Bueno. *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad (*pp. 283-323, pp. 292-296*).* Thomson Reuters Aranzadi.

establecer los criterios y las condiciones que se consideran básicos para garantizar el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios de la sociedad de la información y de cualquier medio de comunicación social, de acuerdo con los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal.

Pero también, muchas de estas condiciones se encuentran contempladas en otras normas de manera transversal, por ejemplo, en la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información; en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual; o en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones; o en el Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas.

Una proyección singular por su importancia en este campo está constituida por la accesibilidad a la web, cuyas condiciones están regidas por las directrices dictadas a nivel internacional por el Word Wide Web Consortium (W3C), creado en el año 1994. Una de las principales iniciativas del W3C es el desarrollo de normas de accesibilidad realizada a través de la Iniciativa para la Accesibilidad WEB (WAI). En mayo de 1999 se publicó la primera versión de las pautas de accesibilidad web y en diciembre de 2008 la segunda (existe una tercera versión que es todavía un borrador), en donde aparecen los cuatro grandes principios de la accesibilidad en este campo: la perceptibilidad (la información y sus componentes deben poder ser percibidos por todas las personas), la operabilidad (la información y sus componentes deben poder ser utilizados por todas las personas), la comprensibilidad (la información y sus componentes deben poder ser comprendidos por todas las personas) y la robustez (la información y sus componentes deben ser suficientemente sólidos como para poder ser interpretados por todas las personas).

En este campo es importante tener en cuenta la Directiva (UE) 2016/2102, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público. En España la trasposición de esta Directiva 2016/2102 ha tenido lugar a través del Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público.

En el considerando 2 de la Directiva se define la accesibilidad como el conjunto de técnicas y principios que se deben respetar cuando se diseñan, construyen, mantienen o actualizan, tanto las páginas web como las aplicaciones para móviles que usan los organismos del sector público con el propósito de

informar, prestar servicios o desarrollar funciones a favor de las personas administradas, orientados a garantizar que la información o prestaciones sean más accesibles, especialmente, para la población con discapacidad (artículo 1.1). En virtud del artículo 4 y del considerando 37, los requisitos que deben cumplir la información y lo componentes de la interfaz para que se entienda satisfecha la garantía de accesibilidad son: perceptibilidad (apreciable por la persona usuaria), operabilidad (utilizable), comprensibilidad (entendible) y robustez (los contenidos deben ser interpretados de forma fiable por una gran variedad de agentes, incluidas las tecnologías de asistencia). La regulación de estos principios, mientras no se normalice a nivel europeo esta cuestión, se remite a la norma EN 301 549 V 2.1.2. (2018-08) y se establece una presunción de conformidad, con arreglo a lo previsto en el artículo 6.

El ámbito de aplicación de la Directiva está constituido por los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público[20], quedando explícitamente excluidas las webs o aplicaciones mediante las cuales se difundan contenidos del servicio público de radiodifusión sonora, que deben ser objeto de una normativa específica (artículo 1.3.a) y las desarrolladas por ONG, siempre que no presten servicios esenciales a los ciudadanos/as, ni prestaciones específicamente orientadas a la atención de personas con discapacidad (artículo 1.3.b). Con arreglo a lo establecido en el considerando 38, en este caso, dichos contenidos, además de la regulación específica, estarán sujetos a lo dispuesto en la Directiva 2000/78 (condiciones de igualdad en el ámbito laboral) y en la Convención.

También adquiere relevancia la Directiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios[21], en lo que atañe a las administraciones públicas. Esta Directiva resulta aplicable a las entidades públicas empresariales, organismos autónomos, sociedades mercantiles públicas u otras formas organizativas que presten los siguientes servicios, con posterioridad al 28 de junio de 2025:

[20] Se entiende por organismo público, aquel que cumpla con todas las exigencias contenidas en el artículo 2.1.4 de la Directiva 2014/24/UE: a) que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; b) que esté dotado de personalidad jurídica propia; y c), que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichas autoridades u organismos, o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de derecho público.

[21] En noviembre de 2022, se presentó el proyecto de Ley 121/000126, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos. Este proyecto pretende la trasposición de la Directiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios.

a) servicios de comunicaciones electrónicas, a excepción de los servicios de transmisión utilizados para la prestación de servicios de máquina a máquina;

b) servicios que proporcionan acceso a los servicios de comunicación audiovisual;

c) los siguientes elementos de los servicios de transporte aéreo de viajeros, de transporte de viajeros por autobús, por ferrocarril y por vías navegables, salvo los servicios de transporte urbanos, suburbanos y regionales para los cuales serán de aplicación únicamente los elementos del inciso v):

   i. sitios web,

   ii. servicios mediante dispositivos móviles, incluidas las aplicaciones para dispositivos móviles,

   iii. billetes electrónicos y servicios de expedición de billetes electrónicos,

   iv. distribución de información sobre servicios de transporte, en particular información sobre viajes en tiempo real; en lo que respecta a las pantallas informativas, se limitará a las pantallas interactivas situadas dentro del territorio de la Unión, y

   v. terminales de servicio interactivos situados dentro del territorio de la Unión, excepto los instalados como partes integradas en vehículos, aeronaves, buques y material rodante empleados para la prestación de cualquier parte de dichos servicios de transporte de viajeros;

d) servicios bancarios para consumidores;

e) libros electrónicos y sus programas especializados, y

f) servicios de comercio electrónico.

Así como a los servicios de transmisión de llamadas al número único europeo de emergencia «112».

Respecto a estos servicios, las administraciones están obligadas a diseñar y suministrarlos de acuerdo con lo previsto en la Directiva, informando de ello a la ciudadanía a través de contenidos accesibles (artículo 13). El cumplimiento de dichas exigencias es adaptativo: las administraciones se comprometen a adecuar los contenidos a las modificaciones que introduzcan las normas técnicas

aplicables. Así mismo, en caso de no conformidad, deberán adoptar las medidas correctivas correspondientes.

Los requisitos de accesibilidad se recogen en el anexo I, sección III y refieren a que la información y el acceso a la prestación sean fáciles de entender (comprensible), estén disponibles en más de un canal sensorial, incluyan formatos en texto (con tamaño de letra, espacio, contraste, adecuados), permitan su uso para generar formatos asistenciales alternativos (operable y sólida), y se presenten en una forma que las personas usuarias puedan percibir (perceptible) (considerando 47). Así mismo, en la Sección VII se establecen los criterios de rendimiento funcional que resultan aplicables como alternativa a uno o varios requisitos técnicos específicos.

Otra referencia fundamental en la materia la constituye la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas[22].

### 6.1.4. La accesibilidad y las relaciones con la Administración pública

Los poderes públicos como garantes de la efectividad de los derechos fundamentales son los primeros obligados a incorporar y facilitar entornos, procesos y prácticas accesibles en sus relaciones con la ciudadanía que tengan en cuenta la situación y necesidades de las personas con discapacidad.

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, del régimen jurídico del sector público (LRJSP), en su artículo 3, reitera los principios rectores de la organización y actividad administrativas que consagra el artículo 103 de la Constitución española, para precisar su alcance, estableciendo que la Administración ha de servir efectivamente a los ciudadanos (LRJSP; artículo 3. 1.a), alcanzando los objetivos fijados (LRJSP; artículo 3.1.h), gestionando eficientemente los recursos (LRJSP; artículo 3.1.j), disponiendo de los medios suficientes y adecuados para su realización (LRJSP; artículos 3.1. i) y procurando la simplicidad, claridad y proximidad con los ciudadanos (LRJSP; artículo 3.1.h).

Estos principios deben respetarse en la totalidad de las relaciones jurídicas que se establezcan entre las administraciones y la ciudadanía, con independencia del medio que las posibilite.

[22] Al respecto conviene tener también en cuenta la Ley de la comunidad autónoma de Cataluña 17/2010 de 3 de junio, de la lengua de signos catalana y la Ley de la comunidad autónoma de Andalucía 11/2011, de 5 de diciembre, por la que se regula el uso de la lengua de signos española y los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y con sordoceguera en Andalucía.

Desde esta visión, las relaciones con las Administraciones públicas se incluyen también en el artículo 5 de la LGDPD entre los ámbitos en los que deben adoptarse medidas específicas para garantizar la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal.

El artículo 28 de dicha ley se refiere a las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación en lo que respecta a las relaciones con las Administraciones públicas especificando que tales condiciones resultan de aplicación a las oficinas públicas, los dispositivos y servicios de atención al ciudadano y aquellos relativos a la participación en los asuntos incluidos los relativos a la Administración de Justicia y a la participación en la vida política y los procesos electorales.

La normativa autonómica en materia de accesibilidad, también recoge expresamente la garantía de accesibilidad universal en las relaciones con las administraciones públicas.

Así, el artículo 33 de la Ley 13/2014, de 30 de octubre, de accesibilidad, de Cataluña, prevé varios tipos de medidas a través de las cuales debe hacerse efectivo el derecho: (1) garantía del derecho al uso de la lengua oral y los medios de apoyo a la comunicación oral para que las personas sordas que se comuniquen oralmente; (2) derecho de uso de la lengua de signos catalana, que incluye el establecimiento de las condiciones para el aprendizaje, la docencia, la investigación y la interpretación en esta la lengua; (3) las Administraciones y los proveedores de servicios públicos deben facilitar a las personas con discapacidades sensoriales que lo requieran el acceso a la información, especialmente la más relevante, mediante la utilización de sistemas y medios que combinen la comunicación auditiva, táctil y visual. Asimismo, deben promover que textos de interés público y formularios de utilización frecuente se ofrezcan en formato de lectura fácil, en sistema braille, con letra ampliada o con otros sistemas alternativos, y que las tarjetas acreditativas de la condición de personas usuarias de servicios públicos incorporen el sistema braille y la letra ampliada para facilitar su identificación; (4) las administraciones públicas y los proveedores de servicios públicos deben hacer accesible la información que proporcionan a través de Internet. Las páginas web deben cumplir, como mínimo, el nivel de accesibilidad que se determine y deben contener la información referente a este nivel y la fecha en la que se realizó la última revisión de las condiciones de accesibilidad. Han de incorporarse progresivamente, en las tecnologías de la información y comunicación que se utilicen, los avances y los sistemas nuevos que favorezcan la accesibilidad en la comunicación.

La Ley 10/2014, de 3 de diciembre, de accesibilidad, de Galicia, establece en el artículo 37 que las garantías de accesibilidad universal y diseño para todas

las personas aplican en el acceso a los servicios de las administraciones públicas, tanto a través de las sedes físicas, como empleando medios electrónicos.

En el artículo 26 de la Ley 8/2017, de 3 de agosto, de accesibilidad universal de las Illes Balears, se identifican como sujetos pasivos de los derechos a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad y a evitar discriminaciones por razón de discapacidad, a las administraciones y demás prestadores de servicios públicos. Se hace una mención especial a los servicios de comunicación audiovisual, en los que se incorporarán, gradualmente, los sistemas de audio descripción, subtitulación e interpretación en lengua de signos para hacer accesible su programación, así como a las páginas web, en las que se informará sobre las condiciones de accesibilidad y los medios de apoyo disponibles en los servicios que ofrecen, resaltando la función facilitadora de las TIC en las relaciones con la Administración. Finalmente se propugna la observancia de los principios de comprensibilidad y operabilidad (los prestadores de servicios proporcionarán, con medios y sistemas adecuados, a las personas usuarias que lo requieran la información clara en lo referente a sus servicios, y deberán tener disponible la información más relevante en formato de lectura fácil), así como de usabilidad (las administraciones públicas que ofrezcan servicios de atención al público dispondrán de intérpretes en lengua de signos, especialmente en el área de sanidad.

Similares consideraciones obran en el artículo 38 de la Ley 4/2017, de 27 de junio, de Accesibilidad Universal de la Región de Murcia, que consagra el principio de accesibilidad universal en las relaciones que se entablen con la Administración, tanto en el medio físico, como en el electrónico, así como en el artículo 51 de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, que prescribe la obligatoriedad del principio de accesibilidad universal, tanto en las oficinas de atención al público, como en la Administración electrónica, enfatizando la necesidad de atender el principio de comprensibilidad, tratándose de las personas con discapacidad intelectual.

*6.1.4.1. Oficinas públicas*

El Real Decreto 366/2007 de 16 de marzo por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado, incluye medidas para garantizar la accesibilidad de las Oficinas de Atención a la Ciudadanía (relativas tanto a su ubicación, como al acceso a las mismas, recepción, señalización interior, configuración de los puestos de atención, sistemas interactivos de información y elementos accesorios); medidas para asegurar la

accesibilidad en relación con los impresos y documentos administrativos y medidas para garantizar la accesibilidad en la prestación de servicios de atención a la ciudadanía. Por su parte, la Orden PRE/446/2008 de 20 de febrero —en cumplimiento de la Disposición Final segunda del citado Real Decreto— desarrolla las especificaciones y características técnicas de las condiciones y criterios de accesibilidad y no discriminación, aplicables en este ámbito.

*6.1.4.2. Dispositivos y servicios de atención a la ciudadanía*

La Administración no se ha mantenido al margen de la tendencia general a recurrir a las tecnologías de la sociedad de la información y comunicación con el fin de optimizar el funcionamiento y estructura de las organizaciones, de tal suerte que, desde hace varios años, se halla inmersa en un proceso de transformación que amplía el abanico de medios a través de los cuales la ciudadanía puedan entablar relaciones con ella. Sin necesidad de ser exhaustivos en la referencia a los hitos más relevantes de este proceso, resulta insoslayable hacer mención a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, que planteaba la posibilidad de que la ciudadanía se relacionara electrónicamente con la administración y a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que marca un antes y un después en este proceso, al reconocer y configurar el derecho de la ciudadanía a relacionarse electrónicamente con las administraciones.

La ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común, por su parte, realiza un viro en este planteamiento original y desde la exposición de motivos se propugna por el abandono de la idea del acceso electrónico como una forma especial, para erigirlo como la manera habitual de relacionarse con la Administración pública, siendo que "una Administración sin papel basada en un funcionamiento íntegramente electrónico no solo sirve mejor a los principios de eficacia y eficiencia, al ahorrar costes a ciudadanos y empresas, sino que también refuerza las garantías de los interesados". La habitualidad de los medios electrónicos, según lo previsto en el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos (Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, en adelante, Re-A) ha de propiciarse teniendo en cuenta que

> la satisfacción del interesado, ( ) en el uso de los servicios públicos digitales es fundamental para garantizar adecuadamente sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones en su relación con las Administraciones Públicas. Por ello, es prioritario disponer de servicios digitales fácilmente utilizables y accesibles, de modo que se pueda conseguir que la relación del interesado con la Administración a través del canal electrónico sea fácil, intuitiva, efectiva, eficiente y no discriminatoria.

Las personas físicas detentamos un derecho de elección de medio para relacionarnos con la Administración pública que solo puede ser limitado por el Gobierno, si se demuestra que el colectivo destinatario está en capacidad de soportar esta carga y se halla obligado a hacerlo, teniendo en cuenta que la medida es proporcional a la realización de un fin específico y resulta necesaria para alcanzarlo.

Como ya hemos señalado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3 de la LRJSP, las administraciones deben respetar en sus actuaciones y en las relaciones con la ciudadanía, entre otros, los principios de servicio efectivo a la ciudadanía (artículo 3.1.a), simplicidad, claridad y proximidad a la misma (artículo 3.1.b), eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados (artículo 3.1.h). A su turno, el artículo 2 del Re-A prevé, expresamente:

> b) El principio de accesibilidad, entendido como el conjunto de principios y técnicas que se deben respetar al diseñar, construir, mantener y actualizar los servicios electrónicos para garantizar la igualdad y la no discriminación en el acceso de las personas usuarias, en particular de las personas con discapacidad y de las personas mayores.
>
> c) El principio de facilidad de uso, que determina que el diseño de los servicios electrónicos esté centrado en las personas usuarias, de forma que se minimice el grado de conocimiento necesario para el uso del servicio.

No cabe entonces duda alguna acerca de que la accesibilidad a los medios electrónicos que la Administración ponga a disposición de la ciudadanía es una obligación, directamente imbricada con el deber de remover los obstáculos que impidan o dificulten la igualdad real y efectiva de la misma (Constitución española; artículo 9.2) y con los principios constitucionales de eficiencia y eficacia que rigen su organización y actividad (Constitución española; artículo 103).

Pero en este punto vemos también como la accesibilidad hace posible el ejercicio de otros derechos, como, por ejemplo, los contenidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC). Posibilita así, en condiciones de igualdad real y efectiva, que la ciudadanía con discapacidad (y las personas mayores, dada la ampliación del concepto que realiza el Re-A), ejerciten las facultades que se reconocen, vía artículos 13 (a la ciudadanía) y 53 (a las personas interesadas en los procedimientos), dentro las cuales cabe destacar el derecho a comunicarse a través del Punto de Acceso General (artículo 3.a), de acceder a la información (artículo 13.d) y a ser "tratados con respeto y deferencia por las autoridades y empleados públicos, que habrán de facilitarles

el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones" (artículo 13.e). El artículo 53, por su parte, tratándose de los sujetos que tienen reconocida la condición de interesados en el procedimiento, por ser titulares de un derecho subjetivo o interés legítimo en las resultas de la actuación, reconoce, entre otros, el derecho de acceso al expediente que, en el caso de las relaciones electrónicas, se entiende garantizado a través del Punto de Acceso General Electrónico (artículo 53.1.a), formular alegaciones (artículo 53.1.e), y a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar (artículo 53.1.f).

El recurso a los medios electrónicos se ha impulsado desde las instancias comunitarias, entre otras razones, por el conjunto de posibilidades que ofrece para garantizar la accesibilidad universal a los servicios e información. El disfrute pleno de este beneficio demanda, de una parte, que los servicios y contenidos satisfagan los requerimientos de accesibilidad[23], atendiendo los principios de accesibilidad universal, accesibilidad desde el diseño, diseño centrado en la ciudadanía e inclusión por defecto, así como, previendo acciones de formación, acompañadas de un sistema de soporte a la utilización de tales recursos. Esta vía se contempla, con carácter general, para toda la ciudadanía, pero reviste una singular importancia tratándose de las personas con discapacidad y personas mayores, de manera tal que resulte procedente, a los efectos de este estudio, realizar una referencia a su contenido material.

Con arreglo a lo previsto en el artículo 12 de la LPAC, las Administraciones deben garantizar que las personas interesadas, que así lo deseen, puedan relacionarse electrónicamente con ellas, poniendo a su disposición los canales de acceso necesarios, sistemas y aplicaciones, así como, dando asistencia en su uso a las personas no obligadas a establecer este tipo de relación, incluyendo la configuración de un servicio de personal funcionario habilitado para firmar electrónicamente los escritos en su nombre.

Dando alcance a estos derechos, el artículo 4 Re-A prevé los siguientes canales para brindar la asistencia necesaria para facilitar el acceso de las personas interesadas a los servicios electrónicos proporcionados: a) Presencial, a través de las oficinas de asistencia que se determinen; b) Portales de internet y sedes electrónicas; c) Redes sociales; d) Telefónico; e) Correo electrónico.

[23] El artículo 5.2. Re-A reitera, tratándose de los portales, la obligación de respetar el principio de accesibilidad. El artículo 38.3 de la misma norma, también destaca este principio en el marco de la sede electrónica.

En cuanto al soporte para el uso de firmas electrónicas, el artículo 30 Re-A prevé la existencia de personal funcionario público habilitado a tales efectos, quien solicitará al interesado que se identifique y preste su consentimiento expreso para esta actuación, de lo que deberá quedar constancia por escrito para los casos de discrepancia o litigio, entregando copia del trámite. En la Orden PCM/1383/2021, de 9 de diciembre, se regula el Registro de Funcionarios Habilitados en el ámbito de la Administración General del Estado, sus Organismos Públicos y Entidades de Derecho Público.

Otro tipo de asistencia, consistente en la intervención a nombre de la persona interesada que no dispone o no está familiarizada con la utilización de los medios electrónicos, se prevé en el artículo 36 Re-A en el que se consagra que, a través de convenios, las Administraciones podrán habilitar, con carácter general o específico, a personas físicas o jurídicas autorizadas para la realización de determinadas transacciones electrónicas en representación de las personas interesadas. Por citar solo algunos ejemplos de convenios se tiene que mediante Orden JUS/698/2016, de 4 de mayo, se han definido la celebración de convenios con, entre otros, el Consejo General de la Abogacía Española, el Consejo General de Colegios de Gestores Administrativos de España, el Consejo General de Procuradores de España, el Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España, para la presentación electrónica de documentos en representación de los interesados en los expedientes de nacionalidad española por residencia; a través de la Orden TMS/331/2019, de 20 de marzo, por la que se establecen los requisitos y condiciones para la suscripción de convenios de habilitación para la presentación electrónica de documentos en los expedientes relativos a las autorizaciones de residencia previstas en la sección de movilidad internacional de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Por último y en materia de dispositivos y servicios de atención a la ciudadanía, cobra relevancia el Real Decreto 1112/2018 sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público, que afecta a la Administración General del Estado, a las Administraciones autonómicas y locales, las entidades públicas y privadas dependientes de ellas, a las universidades públicas, a la Administración de Justicia, al Congreso de los Diputados, al Senado, al Consejo de Estado, al Consejo Económico y Social, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal de Cuentas, al Defensor del Pueblo y al Banco de España, entre otras instituciones.

*6.1.4.3. Participación*

Por lo que respecta en concreto a la participación en la vida política y los procesos electorales, cabe mencionar, en primer lugar, el Real Decreto 1612/2007 de 7 de diciembre por el que se regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio, procedimiento desarrollado por la Orden INT/3817/2007 de 21 de diciembre y que resulta aplicable a las elecciones a las Cortes Generales, al Parlamento Europeo y a las consultas directas al electorado, así como a las elecciones a las Asambleas Legislativas de las comunidades autónomas, sin que se haya implementado hasta la fecha en las elecciones locales, alegándose el excesivo coste que ello implicaría.

Asimismo, los artículos 13 y 22 de la Ley 27/2007 de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, hacen referencia a la accesibilidad y a la participación política de dichas personas.

Pero en todo caso, es el Real Decreto 422/2011 la norma que procede a una regulación más completa de esta materia al establecer las condiciones básicas para la participación de las personas con discapacidad en la vida política y en los procesos electorales. En esta norma se fijan unas condiciones mínimas que se proyectan en todos los procesos electorales y consultas populares, de ámbito estatal, autonómico o local, si bien en estos dos últimos niveles las Administraciones competentes pueden establecer, además, medidas adicionales a las contempladas en este Real Decreto (que desarrolla las aplicables en la Administración General del Estado).

Por lo que respecta a participación de las personas con discapacidad en la Administración de Justicia la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de junio del Poder Judicial considera la accesibilidad de las dependencias y servicios de carácter jurisdiccional para las personas con discapacidad y personas mayores como un criterio de calidad que ha de ser garantizado por las autoridades competentes.

### 6.1.5. La accesibilidad y los bienes y servicios a disposición del público

El artículo 9.1 de la Convención señala como otro de los grandes ámbitos en los que se proyecta la accesibilidad el de las instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público. Por su parte, el artículo 9. 2 establece la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas pertinentes para promulgar y supervisar la aplicación de normas nacionales mínimas sobre la accesibilidad de

las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público y para que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad.

Según ha apuntado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación general Número 2 sobre el artículo 9 de la Convención, "las personas con discapacidad deben tener igualdad de acceso a todos los bienes, productos y servicios abiertos al público o de uso público de una manera que garantice su acceso efectivo y en condiciones de igualdad y respete su dignidad". Asimismo, ha aclarado que "en la medida en que los bienes, productos y servicios están abiertos al público o son de uso público, deben ser accesibles a todas las personas, independientemente de que la entidad que los posea u ofrezca sea una autoridad pública o una empresa privada". Ciertamente, como señala el Comité, este enfoque se basa en la prohibición de la discriminación lo que implica que la denegación de acceso debe considerarse un acto discriminatorio, "independientemente de que quien lo cometa sea una entidad pública o privada".

En aplicación de esa visión, en el caso Nyusti y Takács c. Hungría (comunicación Nº 1/2010, dictamen aprobado el 16 de abril de 2013), el Comité consideró que todos los servicios abiertos al público o de uso público debían ser accesibles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención y solicitó a Hungría que velara por que las personas ciegas tuvieran acceso a los cajeros automáticos. El Comité recomendó al Estado parte, entre otras cosas, que estableciera normas mínimas sobre la accesibilidad de los servicios bancarios prestados por entidades financieras privadas para las personas con discapacidad visual y de otro tipo, creara un marco legislativo con criterios de referencia concretos, de obligado cumplimiento y con plazos determinados para supervisar y evaluar la modificación y adaptación graduales por las entidades financieras privadas de sus servicios bancarios inaccesibles a fin de hacerlos accesibles, y velara por que todos los nuevos cajeros automáticos que se adquirieran y demás servicios bancarios fueran plenamente accesibles para las personas con discapacidad (párr. 10.2 a).

El artículo 5 de la LGDPD incorpora entre los ámbitos específicos en los que deben aplicarse las medidas para garantizar la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal el de los bienes y servicios a disposición del público. Su artículo 29 se refiere específicamente a las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para su acceso y utilización.

En su apartado 1 el artículo 29 establece la obligación de que todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o en el privado,

> suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar" cumplan, en sus actividades y en las transacciones consiguientes, con "el principio de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por motivo de o por razón de discapacidad".

Su apartado 2 aclara que esta obligación no afecta a la libertad de contratación, incluida "la libertad de la persona de elegir a la otra parte contratante" —si bien se señala que esa elección no podrá basarse en ningún caso en la discapacidad— y su apartado 3 dispone que todo lo anterior no impedirá "admitir diferencias de trato en el acceso a bienes y servicios cuando estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograrlo sean adecuados, proporcionados y necesarios".

Por su parte, el artículo 29. 4 —como sucede en el resto de los ámbitos— remite los plazos y los términos del cumplimiento de las condiciones básicas de accesibilidad de los bienes y servicios a disposición del público a una regulación reglamentaria.

En relación al acceso a los bienes y servicios a disposición del público importa recalcar que el Gobierno incumplió el mandato de aprobación del reglamento en materia de condiciones básicas de accesibilidad de los bienes y servicios a disposición del público incluido ya en 2003 en la Ley de Igualdad Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal (LIONDAU). Por esta razón, en 2013 la LGDPD actualizó este mandato dando al Gobierno un nuevo plazo de 2 años desde la entrada en vigor de la ley para aprobar "unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación, según lo previsto en el artículo 29, para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público por las personas con discapacidad". De nuevo, este plazo transcurrió sin que se aprobase el Real Decreto correspondiente. Tras reclamar públicamente en reiteradas ocasiones su adopción, el CERMI presentó un recurso contencioso administrativo denunciando la inacción del Gobierno.

El Tribunal Supremo estimó dicho recurso en la sentencia 384/2019 de 20 de marzo, donde el Tribunal declara la obligación del Gobierno del Estado "de elaborar, aprobar y promulgar la norma reglamentaria que regule las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público por las personas con discapacidad".

Pues bien, el 22 de marzo de 2023 fue publicado en el BOE el Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público.

El objeto del Real Decreto viene establecido en su artículo 1:

> El objeto de este real decreto es regular las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público y establecer una serie de medidas de acción positiva y otros apoyos complementarios orientados a compensar las desventajas de partida que experimentan de forma generalizada las personas con discapacidad.

Tal y como se señala en el artículo 3, el ámbito de aplicación de esta norma es el de

> las relaciones entre personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que tengan por objeto la provisión de bienes o el suministro o la prestación de servicios disponibles para el público". En todo caso, se añade en este mismo precepto que "lo dispuesto en este real decreto resultará de aplicación a los bienes y servicios que, con arreglo a la legislación general para la defensa de las personas consumidoras y usuarias y normas concordantes, tengan la consideración de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera.

En la norma, se contempla una definición de bienes y servicios en consonancia con la idea de accesibilidad que estamos describiendo en esta parte. Así, se entiende por bienes: "Los elementos, artículos y productos, en particular, mercancías, cuya provisión no constituye prestación de servicios y que se ponen a disposición del público a través del tráfico ordinario de un mercado abierto".

Por su parte, los servicios son: "Las prestaciones a disposición del público realizadas por una persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, medie o no una remuneración por ellas".

Estos servicios pueden comprender actividades de carácter industrial, de carácter mercantil, artesanales, profesionales, artísticas, recreativas y otras análogas.

El Real Decreto contiene disposiciones que afectan a otros ámbitos de la accesibilidad como el transporte, las relaciones del ciudadano con la Administración o la información y comunicación. Se proyecta además en el

ámbito de bienes y servicios relacionados con derechos de las personas consumidoras, de carácter financiero, bancario y de seguros (artículo 18); de carácter sanitario y de promoción y protección de la salud, incluidos las oficinas de farmacia y los servicios veterinarios (artículo 19); de carácter social, asistencial y de atención a la infancia y a las personas mayores (artículo 20); de carácter educativo (artículo 21); relacionados con la seguridad ciudadana y las emergencias, la protección civil y la seguridad vial (artículo 22); de carácter cultural e histórico (artículo 23); deportivos, recreativos y de ocio (artículo 24); de naturaleza turística, incluidos los servicios de hostelería y restauración (artículo 25); de carácter medioambiental y naturales (artículo 26); de las Administraciones públicas con una mención especial a la Administración de Justicia (artículo 27); servicios postales (artículo 28). Y contiene todo un capítulo dedicado a "Medidas de acción positiva y establecimiento de apoyos complementarios".

El artículo 5 del Real Decreto contempla las obligaciones generales:

1. Las administraciones públicas velarán por el respeto del derecho a la igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad en el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público, quedando prohibido cualquier tipo de discriminación por motivo de o por razón de discapacidad en este ámbito, en los términos previstos en el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

2. Las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, comprendidas en el ámbito de aplicación de este real decreto, vendrán obligadas a observar las exigencias de accesibilidad universal, a realizar los ajustes razonables y proporcionados y a adoptar y llevar a término las medidas de acción positiva en él establecidas, garantizando el acceso de las personas con discapacidad a sus dependencias e instalaciones de concurrencia pública, a sus procedimientos y servicios, y arbitrando los mecanismos necesarios para la adecuada atención de estas personas, en los plazos establecidos en la disposición final sexta.

3. Los edificios y espacios públicos urbanizados en los que se sitúen las instalaciones, dependencias, oficinas, recintos y demás espacios físicos en los que se provea de bienes o se presten servicios al público, deberán reunir las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación establecidas en el Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones. En lo no previsto en dicho real decreto, será de aplicación el Código Técnico de la Edificación, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, y en la Orden TMA/851/2021, de 23 de julio, por la que se desarrolla el

> documento técnico de condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y la utilización de los espacios públicos urbanizados.
>
> En el caso de que la implantación de medidas o mecanismos para facilitar el acceso a estos espacios físicos de las personas con discapacidad permita adoptar diferentes alternativas, estas deberán ser objeto de un análisis energético y medioambiental, dando preferencia a los sistemas pasivos y a los materiales con menos impacto ambiental.

Como se habrá advertido, se trata de una importante norma en materia de accesibilidad, si bien, esta afirmación debe ser puesta en cuarentena a raíz de lo señalado en su Disposición adicional primera y en su Disposición final sexta.

Así, la Disposición adicional primera, significativamente lleva por título "No aumento del gasto público", y en ella puede leerse: "Las actuaciones que se deriven de la aprobación de este real decreto se realizarán con las disponibilidades existentes en cada ejercicio, sin que hayan de precisarse recursos adicionales para su realización".

Por su parte, la Disposición final sexta, referida a la entrada en vigor, señala:

> El presente real decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».
>
> No obstante, las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminaciones establecidas en este real decreto resultarán obligatorias y exigibles según el calendario siguiente:
>
> a) En los bienes y servicios nuevos de titularidad pública será de aplicación el 1 de enero de 2025.
>
> b) En los bienes y servicios nuevos de titularidad privada que concierten o suministren las Administraciones públicas, el 1 de enero de 2025; en el resto de bienes y servicios de titularidad privada que sean nuevos, el 1 de enero de 2029.
>
> c) En los bienes y servicios ya existentes y que sean susceptibles de ajustes razonables, tales ajustes deberán realizarse antes del día 1 de enero de 2026, cuando sean bienes y servicios de titularidad pública o bienes y servicios de titularidad privada que concierten o suministren las Administraciones públicas; y antes del 1 de enero de 2030, cuando se trate del resto de bienes y servicios de titularidad privada.

### 6.1.6. La accesibilidad cognitiva

Como ya hemos señalado, en marzo de 2022, se aprobó la Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación. A través de esta norma se incorporó un nuevo ámbito de accesibilidad que es trasversal a todos los demás: el de la accesibilidad cognitiva. Se trata de un ámbito que fue ya destacado en el marco conceptual al hablar de la diversidad de la accesibilidad.

La reforma se justificó porque, según se señala en el preámbulo de esta norma,

> la accesibilidad cognitiva no ha sido considerada a la hora de desarrollar e instaurar actuaciones relacionadas con la accesibilidad universal. Resulta patente, pues, el déficit normativo sobre accesibilidad cognitiva que es menester reparar efectuando modificaciones legales que otorguen un estatuto legislativo a esta dimensión irrenunciable de la accesibilidad universal.

Se introduce así la accesibilidad cognitiva, aclarando de forma explícita que se encuentra incluida en la accesibilidad universal. Y se incorpora un nuevo artículo, el artículo 29 bis, con las condiciones básicas de accesibilidad cognitiva:

> 1. Las condiciones básicas de accesibilidad cognitiva son el conjunto sistemático, integral y coherente de exigencias, requisitos, normas, parámetros y pautas que se consideran precisos para asegurar la comprensión, la comunicación y la interacción de todas las personas con todos los entornos, productos, bienes y servicios, así como de los procesos y procedimientos.
>
> 2. Estas condiciones básicas, que serán objeto de desarrollo normativo específico, se extenderán a todos los ámbitos a los que se refiere el artículo 5 de esta ley, por resultar precisas para promover el desarrollo humano y la máxima autonomía individual de todas las personas.
>
> 3. Estas condiciones básicas serán exigibles en los plazos y términos que se establezcan reglamentariamente.
>
> 4. Estas condiciones básicas de accesibilidad cognitiva, quedan encuadradas en el marco de la accesibilidad universal, conforme a lo estipulado en la letra k) del artículo 2 de esta ley.

## 6.2. El marco general de la garantía

La garantía de la accesibilidad se desarrolla, en el marco de nuestro Estado complejo, a nivel estatal, autonómico y local.

### 6.2.1. El marco de la LGDPD y de la Ley de Igualdad de Trato y No Discriminación (LITND)

La garantía de la accesibilidad de las personas con discapacidad es objeto principal de la LGDPD, vinculándola con la no discriminación. Específicamente, esta Ley propone medidas contra la discriminación en su artículo 66:

> 1. Las medidas contra la discriminación podrán consistir en prohibición de conductas discriminatorias y de acoso, exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos y de realizar ajustes razonables.
>
> A estos efectos, 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.
>
> 2. A efectos de determinar si un ajuste es razonable, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.m), 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.
>
> A este fin, las administraciones públicas competentes podrán establecer un régimen de ayudas públicas para contribuir a sufragar los costes derivados de la obligación de realizar ajustes razonables.
>
> Las discrepancias entre el solicitante del ajuste razonable y el sujeto obligado podrán ser resueltas a través del sistema de arbitraje previsto en el artículo 74, sin perjuicio de la protección administrativa o judicial que en cada caso proceda.

Las medidas de acción positiva también pueden considerarse medidas contra la discriminación y, al respecto el artículo 67 señala que:

> 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.

En cuanto al contenido de estas medidas (artículo 68 LGDPD):

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.

En todo caso, el sistema de garantía de la accesibilidad en la LGDPD se estructura desde dos pilares: el fomento y la defensa.

Por lo que respecta al fomento, el artículo 69 de la LGDPD dispone:

Las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, promoverán y facilitarán el desarrollo de medidas de fomento y de instrumentos y mecanismos de protección jurídica para llevar a cabo una política de igualdad de oportunidades, mediante la adopción de las medidas necesarias para que se supriman las disposiciones normativas y las prácticas contrarias a la igualdad de oportunidades y el establecimiento de medidas para evitar cualquier forma de discriminación por motivo o por razón de discapacidad.

Entre las medidas de fomento la ley se refiere a la exigencia de introducir en los planes de calidad de las Administraciones públicas, normas mínimas de no discriminación y de accesibilidad, con indicadores de calidad y guías de buenas prácticas (artículo 70); a la promoción de la investigación en las áreas relacionadas con la discapacidad en los planes de investigación, desarrollo e innovación (artículo 71,1); al apoyo del desarrollo de normativa técnica (artículo 71,2); al fomento y amparo de la iniciativa privada en tareas que contribuyan a la no

discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad (artículo 72); y al papel del Observatorio Estatal de la Discapacidad como el principal instrumento de recopilación, sistematización, actualización, generación de información y difusión relacionada con el ámbito de la discapacidad (artículo 73).

Pero las medidas de fomento van más allá de la LGDPD. Así, por ejemplo, algunas de las previsiones presentes en materia de contratos del sector público, pueden ser entendidas también como medidas de fomento. La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público incluye la obligación de que los órganos de contratación tengan en cuenta aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto de los contratos en obras, suministros y servicios. En materia de discapacidad se establecen así una serie de previsiones algunas de ellas directamente relacionadas con la accesibilidad.

En este sentido se establece como causa de prohibición de contratar con las entidades del sector público el haber sido objeto de sanción con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente, y también por el incumplimiento del requisito de que, al menos, el 2 % de los empleados de las empresas de 50 o más trabajadores sean personas con discapacidad (artículo 71).

En materia de criterios de adjudicación, la adjudicación se realiza en base a la mejor relación calidad-precio, y en su determinación se tendrá en cuenta, entre otras cosas, la accesibilidad y el diseño universal o aspectos relacionados con la inclusión laboral. Por otro lado, en las reglas sobre la ejecución de los contratos, los órganos de contratación deben velar por que los contratistas cumplan las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral establecidas en la normativa nacional, europea e internacional; y las condiciones especiales de ejecución podrán referirse a consideraciones de tipo social como

> hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción...

En relación con las reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas se establece que cuando la contratación esté destinada a ser utilizada por

personas físicas, las prescripciones se redactarán de manera que se tengan en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los criterios legales de accesibilidad universal y de diseño universal o diseño para todas las personas, debiendo motivarse suficientemente la imposibilidad de hacerlo (artículo 126).

Por último, la Disposición adicional decimoctava establece que la determinación de los medios de comunicación admisibles, el diseño de los elementos instrumentales y la implantación de los trámites procedimentales deberán realizarse teniendo en cuenta criterios de accesibilidad y de diseño universal.

Por su parte, entre las medidas de defensa, la Ley hace referencia en su artículo 74 al sistema de arbitraje, al que luego nos referiremos, y a la tutela judicial y protección contra las represalias en el artículo 75.

Es importante tener en cuenta que el derecho a la igualdad justifica que, en casos de discriminación, se adopten algunas medidas cautelares específicas que suelen incluir aquellas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir otras actuaciones similares posteriores, la posibilidad de solicitar indemnización por daño moral, aunque no haya habido daño económico y aquellas medidas que sean necesarias para proteger a las personas frente a las reacciones que pueda provocar la denuncia por discriminación. Estas medidas se han reconocido específicamente en la LGDPD que en su artículo 75 sobre tutela judicial y protección contra las represalias dispone:

> 1. La tutela judicial del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad comprenderá la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho.
>
> 2. La indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente no estará limitada por un tope máximo fijado «a priori». La indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión.
>
> 3. Se adoptarán las medidas que sean necesarias para proteger a las personas físicas o jurídicas contra cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante una reclamación o ante un procedimiento destinado a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades.

Por otro lado, en tanto la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable, su prueba, incluida la de discriminación directa, suele resultar difícil. Por esta razón, a menudo, las víctimas de una discriminación se sienten desmotivadas para acudir a los Tribunales ante la dificultad de probar la existencia de tal discriminación. Para compensar la dificultad de acreditar que una diferencia de trato se debe a un motivo protegido, la legislación europea contra la discriminación ha establecido la inversión de la carga de la prueba, de modo que si la persona reclamante puede acreditar la existencia de unos hechos de los que pueda presumirse la existencia de discriminación, corresponderá al presunto/a autor/a probar su inexistencia. Esta inversión de la carga de la prueba resulta especialmente útil en las reclamaciones de discriminación indirecta, en las que resulta necesario acreditar que determinada disposición o práctica tiene un efecto desproporcionado sobre un grupo concreto.

En España los artículos 32, 36 y 40.1 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que adecua la legislación española a las Directivas europeas 2000/43/CE y 200/78/CE recoge esta garantía de inversión de la carga de la prueba al señalar que

> en aquellos procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de las personas (...) corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Esta garantía se recogió también posteriormente de manera específica en el artículo 77 de la LGDPD:

> 1. En aquellos procesos jurisdiccionales en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por motivo de o por razón de discapacidad, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la conducta y de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.
>
> Cuando en el proceso jurisdiccional se haya suscitado una cuestión de discriminación por motivo de o por razón de discapacidad, el Juez o Tribunal, a instancia de parte, podrá recabar informe o dictamen de los organismos públicos competentes.
>
> 2. Lo establecido en el apartado anterior no es de aplicación a los procesos penales ni a los contencioso-administrativos interpuestos contra resoluciones sancionadoras.

En todo caso, existen garantías específicas en el ámbito laboral, más allá de la inversión de la carga de la prueba, que protegen también a las personas con discapacidad víctimas de discriminación como son la nulidad de la práctica discriminatoria y la garantía de indemnidad por el ejercicio de los derechos de igualdad. Al respecto el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores establece que:

> Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español. Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.

Asimismo, en el ámbito de la defensa, y con el fin de asegurar un nivel de protección más efectivo, en el ámbito del derecho antidiscriminatorio es común también reconocer la posibilidad de que las asociaciones o personas jurídicas puedan iniciar procedimientos en nombre de cualquier víctima o en su apoyo personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses colectivos pueden actuar en un proceso en nombre e interés de las personas que lo autoricen para la defensa de sus derechos individuales, garantía que se recoge en el artículo 76 LGDPD.

Finalmente, en el ámbito del derecho sancionador administrativo la LGDPD establece un régimen común de infracciones y sanciones, al que también nos referiremos a continuación en relación con las vulneraciones del derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal en los ámbitos del artículo 5: a) Telecomunicaciones y sociedad de la información; b) Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación; c) Transportes; d) Bienes y servicios a disposición del público; e) Relaciones con las Administraciones públicas; f) Administración de Justicia y g) Patrimonio cultural que desarrolla en su Título III.

En relación con las garantías del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, hay que tener en cuenta la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral

para la Igualdad de Trato y No Discriminación (LITND), que asume un régimen legal mucho más amplio y expreso que el señalado por la LGDPD.

El artículo 25 de la LITND recoge la obligación de establecer métodos de detección, medidas de prevención y medidas de cese de las situaciones discriminatorias, aclarando que el incumpliendo de estas obligaciones puede dar lugar a "responsabilidades administrativas, así como, en su caso, penales y civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse, y que podrán incluir tanto la restitución como la indemnización, hasta lograr la reparación plena y efectiva para las víctimas". Asimismo, se recoge la obligación de adoptar medidas para garantizar la no repetición, especialmente en los casos en los que el agente discriminador sea una Administración pública.

El artículo 26 señala que son nulos de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en la ley, mientras que el artículo 27 indica que quien cause discriminación (persona física o jurídica, pública o privada) deberá reparar "el daño causado proporcionando una indemnización y restituyendo a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible", incluso dando lugar a la reparación del daño moral.

El artículo 28 establece que la

> tutela judicial frente a las vulneraciones del derecho a la igualdad de trato y no discriminación comprenderá, en los términos establecidos por las leyes procesales, la adopción de todas las medidas necesarias, para poner fin a la discriminación de que se trate y, en particular, las dirigidas al cese inmediato de la discriminación, pudiendo acordar la adopción de medidas cautelares dirigidas a la prevención de violaciones inminentes o ulteriores, la indemnización de los daños y perjuicios causados y el restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho.

En lo que respecta a la legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación (artículo 29), así como respecto a las reglas relativas a la carga de la prueba (artículo 30), la LITND reitera en esencia lo señalado por la LGDPD.

Los artículos 31 y 32 recogen disposiciones que si bien no se encuentran recogidas expresamente en la LGDPD refuerzan el argumento asumido en este informe respecto de la actuación administrativa contra la discriminación, o respecto de las funciones del Ministerio Público. El artículo 31.1 establece que

> cuando una autoridad pública, con ocasión del ejercicio de sus competencias, tenga conocimiento de un supuesto de discriminación de los previstos en esta Ley, deberá, si es competente, incoar el correspondiente procedimiento administrativo, en el que se podrán acordar las medidas necesarias para investigar las circunstancias del caso y adoptar las medidas oportunas y proporcionadas para su eliminación o, en caso de no serlo, comunicar estos hechos de forma inmediata a la Administración competente, de acuerdo con lo establecido en las leyes administrativas". Por su parte el artículo 32 precisa las funciones del Ministerio Fiscal en "las actuaciones penales dirigidas a la investigación y persecución de comportamientos discriminatorios.

En consonancia con lo señalado anteriormente, resulta innovador en la nueva LITND la creación de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, como organismo independiente encargada de proteger y promover la igualdad de trato y no discriminación de las personas en los ámbitos competencia del Estado previstos en dicha ley, tanto en el sector público como en el privado (artículos 40 a 45). Entre sus funciones cabe destacar: "garantizar la prestación independiente de servicios especializados de asistencia y orientación a las personas que hayan podido sufrir discriminación" incluyendo "la recepción y tramitación de las quejas o reclamaciones de las víctimas y actividades de mediación y conciliación", las decisiones de la autoridad en los procedimientos de mediación o conciliación tendrán carácter vinculante para las partes; promover "investigaciones sobre la existencia de posibles situaciones de discriminación"; ejercer "acciones judiciales en defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato y la no discriminación"; "interesar la actuación de la Administración del Estado para sancionar las acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción administrativa en materia de igualdad de trato y no discriminación"; "poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser constitutivos de infracción penal". No tiene, sin embargo, competencias sancionadoras.

Finalmente, la LITND recoge un régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación que guarda muchas similitudes con el establecido por la LGDPD, y por dicho motivo, el artículo 46.2 precisa que

> en relación con las personas con discapacidad será de aplicación lo previsto en el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. En el orden social, el régimen aplicable será el regulado por la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

### 6.2.2. El marco general en las comunidades autónomas

La asunción de competencias propias de las comunidades autónomas, que se consuma a través de la inclusión de las mismas en los diferentes Estatutos de Autonomía, genera diferentes corpus jurídicos según la región a la que se aluda, abordando materias que requieren necesariamente una visión integradora de los derechos de las personas, optando por aportar propuestas distintas para la regulación de un mismo aspecto.

Materias como el transporte público, obras públicas, vivienda y un importante listado de competencias, resultan cruciales para eliminar los obstáculos en el ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y, tras la progresiva consolidación de las distintas comunidades autónomas, estas tomaron consciencia de la garantía de las personas con discapacidad, siendo en los últimos años del siglo XX cuando se produce una intensificación en la actividad legislativa autonómica en esta área.

Sin embargo, no debemos obviar el cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad que se produce en los primeros años de este siglo. Este cambio provoca que podamos apreciar una distinción entre las comunidades autónomas cuya regulación ha quedado anquilosada en disposiciones normativas emanadas durante la década de 1990 y primeros años de este siglo y, por otro lado, aquellas regiones que han realizado una labor de actualización de su ordenamiento jurídico, trasponiendo los conceptos modernos de la Convención y de la reciente regulación estatal (**Ver ANEXO Accesibilidad en la normativa autonómica**).

### 6.2.3. El marco general en el ámbito local

Los municipios son actores principales en la materia que nos ocupa y para el disfrute de los derechos en general. No hay que pasar por alto que el municipio es el lugar en el que se desarrolla nuestra vida cotidiana y, por tanto, donde nos encontramos con la mayoría de barreras de accesibilidad, tales como barreras urbanísticas, del mobiliario, de señalización y comunicación, de servicios y equipamiento  Estas barreras son diferentes dependiendo en muchos casos del tamaño del municipio o de su emplazamiento rural o urbano.

Gran parte de las actuaciones que se deben acometer en materia de accesibilidad les corresponden a los municipios. Los ayuntamientos cuentan con unas competencias muy ligadas a los ámbitos de accesibilidad por lo que su papel en este campo es fundamental. Además, son los que en último extremo

tienen que cumplir y en algunos casos, desarrollar la ejecución las leyes y decretos provenientes de sus gobiernos autónomos[24].

Los municipios son Estado y gozan de autonomía en la gestión de los intereses que le son propios y de personalidad jurídica plena. No obstante, en ningún momento la Constitución menciona cuáles son esas competencias propias de los municipios en concreto.

Esto es así, a la vista de que es la propia Constitución la que delimita el ámbito competencial que con carácter exclusivo corresponde al Estado y a las comunidades autónomas, y la que permite a las comunidades autónomas dotar de un contenido sustantivo a su propia autonomía a través de sus estatutos, sin embargo, en lo que se refiere a los entes locales guarda silencio, y más allá del reconocimiento de su garantía institucional no se les asegura un contenido concreto ni un ámbito competencial determinado, sino que remite la concreción de las competencias locales a la legislación estatal y autonómica, según el sistema constitucional de reparto de competencias entre estos.

Este punto de partida constitucional nos debe llevar a la regulación genérica de los entes locales la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL) de 2 de abril 1985 y el texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, 18 de abril. Además de la mencionada normativa básica en materia de Administración local, también es preciso tener en cuenta otras normas básicas como es el Real Decreto Legislativo 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales.

## 6.3. Mecanismos jurídico administrativos

La LGDPD, en su título III, establece un sistema de garantía de carácter administrativo regulando un régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Su objetivo es evitar que cualquier persona, física o jurídica realice conductas discriminatorias, incumpla las exigencias de accesibilidad o de realización de ajustes razonables.

[24] Ramallo López, F. (septiembre-diciembre 2006 y enero-abril 2007). "La participación de las Entidades locales en el sistema para la autonomía y la atención a la dependencia". *Documentación Administrativa* / núm. 276-277. Págs. 361 y ss.

La regulación se proyecta sobre los siguientes ámbitos: a) Telecomunicaciones y sociedad de la información; b) Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación; c) Transportes; d) Bienes y servicios a disposición del público; e) Relaciones con las Administraciones públicas; f) Administración de Justicia y g) Patrimonio cultural.

En este sistema cobran una especial relevancia tanto la Oficina de Atención a la Discapacidad (OADIS), como los órganos competentes de las comunidades autónomas.

El procedimiento en el ámbito de la Administración General del Estado está regulado por la Ley 39/2015, si bien también posee relevancia la Ley 40/2015. Se trata de un procedimiento regido por los principios de legalidad, tipicidad, responsabilidad, irretroactividad, proporcionalidad, *non bis in ídem* y prescripción.

En el ámbito de las comunidades autónomas, la garantía de la accesibilidad y la no discriminación suele basarse en unas medidas de control previas y en un procedimiento similar al estatal, siendo habitual la remisión al procedimiento administrativo común.

En la normativa autonómica es habitual la ampliación expresa de los ámbitos de accesibilidad y no discriminación contemplados en la legislación estatal. Así, por ejemplo, en Andalucía la regulación se refiere a la salud, la educación y el trabajo; en Cataluña se incluye la cultura, ocio y deporte; en Aragón la salud, la educación, el trabajo, el deporte, cultura y ocio y la protección social; en Cantabria y Navarra la salud, la educación, el trabajo, la protección social, la cultura, ocio y deporte y el acceso a la justicia; y en Baleares, Castilla-La Mancha y Castilla y León, la salud, la educación, los servicios sociales y la cultura, deporte y ocio. Es de destacar en este punto la regulación de la Comunidad Valenciana, donde se contiene una definición y comprensión de accesibilidad en sentido amplio y en donde los ámbitos sobre los que se proyecta son, además de los contenidos en la LGDPD: la salud, el empleo, la educación, las prestaciones sociales, la Administración de Justicia, la participación y la cultura, ocio y deporte.

### 6.3.1. El régimen de infracciones

El primer mecanismo, pues, que encontramos dentro del campo administrativo para garantizar la no discriminación y la accesibilidad es el régimen de infracciones y sanciones establecido en la LGDPD, que fija un régimen sancionador reforzado y de mayores garantías para las personas con discapacidad —por ejemplo, respecto a los plazos de prescripción de las infracciones— que el general establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

Administrativo común de las Administraciones Públicas (LPAC). En este régimen debe distinguirse si las infracciones tienen proyección en una única comunidad autónoma o en más de una.

*6.3.1.1. Infracciones con proyección en una única comunidad autónoma*

La LGDPD establece en el capítulo I de su título III un régimen común de infracciones y sanciones aplicable en todo el Estado, que deberá ser objeto de tipificación por el legislador autonómico, sin perjuicio de aquellas otras infracciones y sanciones que pueda establecer en el ejercicio de sus competencias (artículo 78). Este régimen es aplicable cuando las infracciones se proyecten exclusivamente en el marco de una comunidad autónoma y, en ese sentido, habrá que observar los requerimientos de la legislación autonómica en la materia.

En todo caso, la propia LGDPD considera como infracciones administrativas las acciones u omisiones que ocasionen vulneraciones del derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal —en los ámbitos a los que se refiere el artículo 5 LGDPD— cuando se produzcan discriminaciones directas o indirectas, acosos, incumplimiento de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas, especialmente cuando se deriven beneficios económicos para la persona infractora (artículo 80) y podrán ser objeto de sanción por parte de las autoridades competentes, aplicándose a toda persona física o jurídica (artículo 79).

La LGDPD clasifica las infracciones en tres categorías diferentes dependiendo su nivel de gravedad. En primer lugar, se consideran infracciones leves las conductas que incurran en cualquier incumplimiento que afecte a obligaciones meramente formales de lo establecido en la ley (artículo 81.2). En segundo lugar, y sin perjuicio de lo que se establezca en la legislación autonómica, se consideran infracciones graves las siguientes: a) los actos discriminatorios u omisiones que supongan directa o indirectamente un trato menos favorable a la persona con discapacidad en relación con otra persona que se encuentre en situación análoga o comparable; b) el incumplimiento de las exigencias de accesibilidad, así como la negativa a adoptar las medidas de ajuste razonable a que se refiere el artículo 66 así como en sus normas de desarrollo; c) el incumplimiento de un requerimiento administrativo específico que formulen los órganos competentes para el ejercicio de las competencias necesarias para dar cumplimiento a las previsiones de la ley; d) cualquier forma de presión ejercida sobre la persona con discapacidad o sobre otras personas físicas o jurídicas, que hayan entablado o pretendan entablar cualquier clase de acción legal (artículo

81.3). Finalmente, de nuevo sin perjuicio de lo que se establezca en la legislación autonómica, se consideran infracciones muy graves las siguientes: a) toda conducta de acoso relacionada con la discapacidad en los términos del artículo 66 y sus normas de desarrollo; b) el incumplimiento reiterado de los requerimientos administrativos específicos que formulen los órganos competentes para el ejercicio de las competencias necesarias para dar cumplimiento a las previsiones de la ley, y en sus normas de desarrollo; c) cualquier forma de presión ejercida sobre las autoridades en el ejercicio de las potestades administrativas que se ejerzan para la ejecución de las medidas previstas en la ley y en sus normas de desarrollo (artículo 81.4).

En este sentido, la LGDPD establece un rango de multas que van desde un mínimo de 301 euros hasta un máximo de 1 millón de euros, no pudiendo exceder de los 30 000 euros para las infracciones leves, ni de 90 000 para las graves (artículo 83) y la graduación de las mismas se hará en grado mínimo, medio y máximo con arreglo a los siguientes criterios: a) la intencionalidad de la persona infractora; b) la negligencia de la persona infractora; c) fraude o connivencia; d) el incumplimiento de las advertencias previas; e) la cifra de negocios o ingresos de la empresa o entidad; f) el número de personas afectadas; g) la permanencia o transitoriedad de las repercusiones de la infracción; h) reincidencia, por comisión en el término de un año, de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme; i) la alteración social producida por la realización de conductas discriminatorias y de acoso, la inobservancia o el incumplimiento de las exigencias de accesibilidad y de las exigencias de eliminación de obstáculos y de realizar ajustes razonables; y, j) el beneficio económico que se hubiera generado por parte de la persona autora de la infracción (artículo 84.1). Además, cuando el perjudicado por la infracción sea una de las personas comprendidas en el artículo 67.1 de la LGDPD (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 mujeres, niños, niñas y personas con discapacidad que viven habitualmente en el ámbito rural) la sanción podrá imponerse en la cuantía máxima del grado que corresponda (artículo 84.2).

El abono de las multas fijadas como consecuencia de una sanción establecida en esta ley y en la legislación autonómica correspondiente por parte del responsable no eximirá del cumplimiento de las obligaciones previstas en la normativa en materia de discapacidad que sean de aplicación (artículo 88).

Además de las multas, en el caso de infracciones graves o muy graves, los órganos competentes podrán proponer, como sanción accesoria, la prohibición

de concurrir en procedimientos de otorgamiento de ayudas oficiales, consistentes en subvenciones o cualesquiera otras ayudas en el sector de actividad, en cuyo ámbito se produce la infracción, por un periodo máximo de un año en el caso de las infracciones graves y de dos años en el de las muy graves. Para estas últimas, igualmente, se podrá proponer la supresión, cancelación o suspensión total o parcial de ayudas oficiales, consistentes en subvenciones y cualesquiera otras que la persona sancionada tuviese reconocidas en el sector de actividad en cuyo ámbito se produce la infracción. En el caso de infracción muy grave por las instituciones que presten servicios sociales, esta podrá conllevar la inhabilitación para el ejercicio de las actividades de cuidado por un plazo máximo de cinco años, ya sean personas físicas o jurídicas (artículo 85). En el caso de incumplimientos en el acceso y utilización de bienes y servicios a disposición del público regulado en el artículo 29, quien sufra una conducta discriminatoria por motivo de o por razón de discapacidad, tendrá derecho a indemnización por los daños y perjuicios sufridos, independientemente de otras acciones y derechos contemplados en la legislación civil y mercantil (artículo 86).

En cuanto a los plazos de prescripción, la LGDPD establece para las infracciones un plazo de un año para las leves, tres años para las graves y cuatro para las muy graves (artículo 82). Por lo que respecta a las sanciones tendrán un plazo de prescripción de un año para las infracciones leves, cuatro años para las infracciones graves y cinco para las muy graves (artículo 87).

En lo que respecta a la legitimación activa en el procedimiento sancionador, la LGDPD, en su artículo 89, afirma que tanto las personas con discapacidad como sus familias y las organizaciones representativas y asociaciones en que se integran, tendrán la consideración de interesados en estos procedimientos en los términos previstos en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPPAC), convertido en el artículo 4 de la LPAC —que deroga a la lea anterior con exactamente el mismo texto—.

Igualmente, se afirma la garantía de accesibilidad a los procedimientos sancionadores que se incoen de acuerdo con la LGDPD, debiendo estar documentados en soportes que sean accesibles para las personas con discapacidad y siendo obligación de la autoridad administrativa facilitar a las personas con discapacidad el pleno ejercicio de los derechos previstos en estos procedimientos (artículo 90).

Más allá de estas disposiciones, y de la imposibilidad de imponer las sanciones sin previa instrucción del oportuno expediente (artículo 91), habrá

que estar a lo establecido en cada una de las comunidades autónomas a través de su respectiva legislación.

*6.3.1.2. Infracciones con proyección en más de una comunidad autónoma*

Por otra parte, La LGDPD establece, en el capítulo II de su título III, que la competencia para el ejercicio de la potestad sancionadora corresponderá a la Administración General del Estado cuando las conductas infractoras se proyecten en un ámbito territorial superior al de una comunidad autónoma (artículo 94).

En cuanto a las infracciones, aparecen recogidas en el artículo 95. En primer lugar, se consideran infracciones leves: a) El incumplimiento de las obligaciones y deberes dispuestos en la sección 1ª del Capítulo V del Título I, y en el Título II, así como sus normas de desarrollo, siempre que no tengan la consideración de infracción grave o muy grave; b) El incumplimiento de las disposiciones que impongan la obligación de adoptar normas internas en las empresas, centros de trabajo u oficinas públicas, orientadas a promover y estimular la eliminación de desventajas o situaciones generales de discriminación a las personas con discapacidad, siempre que no constituyan infracciones graves o muy graves; y c) Obstaculizar la acción de los servicios de inspección. En segundo lugar, se consideran infracciones graves las siguientes: a) Los actos discriminatorios u omisiones que supongan directa o indirectamente un trato menos favorable a la persona con discapacidad en relación con otra persona que se encuentre en situación análoga o comparable; b) La imposición abusiva de cualquier forma de renuncia total o parcial a los derechos de las personas por motivo de o por razón de su discapacidad, basada en una situación de ventaja; c) El incumplimiento de los requerimientos específicos que formulen las autoridades; d) La obstrucción o negativa a facilitar la información solicitada por las autoridades competentes o sus agentes, que sea legalmente exigible, en orden al cumplimiento de las funciones de información, vigilancia, investigación, inspección, tramitación y ejecución en los términos previstos en dicho título de la ley; e) El incumplimiento por parte de las personas obligadas de las normas sobre accesibilidad de los entornos, instrumentos, equipos y tecnologías, medios de transporte, medios de comunicación, y de los productos y servicios a disposición del público, así como los apoyos y medios asistenciales específicos para cada persona, que obstaculice o limite su acceso o utilización regular por las personas con discapacidad; f) La negativa por parte de las personas obligadas a adoptar un ajuste razonable, en los términos establecidos en el artículo 66; g) El incumplimiento por parte de las personas obligadas de las previsiones efectuadas en la disposición adicional tercera, en lo referente a la elaboración de los planes especiales de actuación para la implantación de las exigencias de accesibilidad y la no discriminación en el

ámbito de que se trate; h) La coacción, amenaza, represalia ejercida sobre la persona con discapacidad o sobre otras personas físicas o jurídicas, que hayan entablado o pretendan entablar cualquier clase de acción legal, reclamación, denuncia o participen en procedimientos ya iniciados para exigir el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades, así como la tentativa de ejercitar tales actos; i) Igualmente, la comisión, en el plazo de tres meses y por tres veces, de la misma infracción leve. Finalmente, tienen la consideración de infracciones muy graves las siguientes: a) Las vejaciones que padezcan las personas en sus derechos fundamentales por motivo de o por razón de su discapacidad; b) Las acciones que deliberadamente generen un grave perjuicio económico o profesional para las personas con discapacidad; c) Conculcar deliberadamente la dignidad de las personas con discapacidad imponiendo condiciones o cargas humillantes para el acceso a los bienes, productos y servicios a disposición del público; d) Generar deliberadamente situaciones de riesgo o grave daño para la integridad física o psíquica o la salud de las personas con discapacidad; e) Las conductas calificadas como graves cuando sus autores hayan actuado movidos, además, por odio o desprecio racial o étnico, de género, orientación sexual, edad, discapacidad severa o no posibilidad de representarse a sí mismo; f) El incumplimiento por parte de las personas obligadas de las normas legales sobre accesibilidad en la planificación, diseño y urbanización de los entornos, productos y servicios a disposición del público que impida el libre acceso y utilización regulares por las personas con discapacidad; g) El incumplimiento por parte de las personas obligadas de las normas legales sobre accesibilidad que impida o dificulte gravemente el ejercicio de derechos fundamentales y el disfrute de libertades públicas por parte de las personas con discapacidad; h) la comisión de tres infracciones graves en el plazo de un año así como las que reciban expresamente dicha calificación en las disposiciones normativas especiales aplicables en cada caso.

Estas infracciones se sancionarán, según el artículo 96 de la LGDPD, del siguiente modo. Las infracciones leves, en su grado mínimo, con multas de 301 a 6 000 euros; en su grado medio, de 6 001 a 18 000; y en su grado máximo, de 18 001 a 30 000. Las infracciones graves, con multas, en su grado mínimo, de 30 001 a 60 000; en su grado medio, de 60 001 a 78 000; y en su grado máximo, de 78 001 a 90 000 euros. Las infracciones muy graves, con multas, en su grado mínimo, de 90 001 a 300 000; en su grado medio, de 300 001 a 600 000; y en su grado máximo, de 600 001 a 1 000 000 de euros.

En cuanto al cómputo del plazo de prescripción para las infracciones, el artículo 97 establece que en las infracciones derivadas de una actividad continuada la fecha inicial del cómputo será la de la finalización de la actividad o la del último acto en el que la infracción se consume, y el cómputo del plazo se

interrumpirá en la fecha de notificación de iniciación del procedimiento contra el presunto infractor, reanudándose el mismo si el expediente sancionador permanece paralizado durante seis meses por causa no imputable a aquellos contra quienes se dirija.

Por lo que respecta al cómputo del plazo de prescripción de las sanciones, el artículo 98 afirma que el mismo comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en el que adquiera firmeza la resolución, y se interrumpirá en la fecha de notificación a la persona interesada del procedimiento de ejecución, reanudándose el cómputo del plazo si aquel está paralizado durante seis meses por causa no imputable a la persona infractora.

El cuanto al procedimiento sancionador, aunque el artículo 99 afirma que las infracciones y sanciones en el ámbito de las competencias de la Administración General del Estado, se regirán por el procedimiento sancionador previsto en el Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en su normativa de desarrollo, debe tenerse en cuenta que la citada ley ha sido derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo común de las administraciones públicas (LPAC) y la ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), por lo que habrá que estar a lo que se establezca en las mismas. En todo caso, la propia LGDPD fija ciertas disposiciones especiales relativas a dicho procedimiento.

Por un lado, el artículo 100 establece que con carácter previo a la instrucción, y como actuaciones previas a la incoación del correspondiente expediente sancionador, el órgano competente para iniciar el procedimiento deberá recabar informe acerca del contenido de la denuncia, orden o petición, de los siguientes órganos: a) órganos competentes de las comunidades autónomas en cuyo territorio se hubieran producido las conductas o hechos que pudieran constituir infracción; b) La Oficina de Atención a la Discapacidad.

En segundo lugar, el artículo 101 afirma que el procedimiento se iniciará siempre de oficio, bien por propia iniciativa, o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia. Algo, por otro lado, en concordancia con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo común de las administraciones públicas, que establece en su artículo 63.1. que los procedimientos de naturaleza sancionada se iniciarán siempre de oficio por acuerdo del órgano competente.

En tercer lugar, y según el artículo 102, para el caso de infracciones muy graves que supongan un grave riesgo para la salud física o psíquica o para la

libertad de las personas con discapacidad, el órgano competente en la materia de que se trate podrá acordar como medida cautelar, y por razones de urgencia inaplazables, el cierre temporal del centro o establecimiento o la suspensión del servicio, hasta que se subsanen por su titular las deficiencias detectadas en el mismo.

En cuarto lugar, y referido a la efectividad de la sanción, el artículo 103 indica que la autoridad que impone la sanción señalará el plazo para su cumplimiento, sin que pueda ser inferior a 15 ni superior a 30 días. Si en ese plazo la sanción no fuera satisfecha, se seguirá el procedimiento previsto en el Reglamento General de Recaudación.

En quinto lugar, se establece en el artículo 104 que la resolución definitiva, en unión de todo el expediente, se remitirá, a efectos informativos, tanto a los órganos competentes de las comunidades autónomas en cuyo territorio se cometieron las conductas u omisiones susceptibles de infracción administrativa como a la Oficina de Atención a la Discapacidad.

Por último, la LGDPD, en su artículo 105, fija las autoridades competentes. Así, por lo que respecta a la iniciación del procedimiento, la competencia recae en el órgano directivo del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, con rango de Dirección General, que tenga atribuidas las competencias en materia de discapacidad. Para la instrucción del procedimiento, el competente será el órgano directivo con rango de Subdirección General a quien correspondan las funciones de impulso de políticas sectoriales sobre discapacidad, quien, además, elevará propuesta de resolución al órgano competente para imponer la sanción. Finalmente, las sanciones podrían imponerse por la Dirección General, a la que se hizo alusión anteriormente, cuando se trate de sanciones por infracciones leves. Cuando se trate de infracciones graves, el órgano competente para imponer las sanciones será la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, y cuando estemos ante infracciones muy graves, el competente será la persona titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, previo acuerdo del consejo de ministros para aquellas sanciones de cuantía superior a 300 000 euros.

### 6.3.2. El procedimiento administrativo común sancionador

Más allá de las especialidades establecidas en el régimen sancionador de la LGDPD a las que se ha hecho referencia con anterioridad, el procedimiento sancionador, será el procedimiento administrativo común, al que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo común de las administraciones públicas (LPAC), añade ciertas especialidades. Este procedimiento será el

aplicable no solamente contra las infracciones de la LGDPD, sino contra cualquier infracción administrativa que tenga que ver con los derechos de las personas con discapacidad, independientemente de la normativa en la que dicha infracción se encuentre recogida, salvo en materia social (**Ver ANEXO El procedimiento administrativo común sancionador).**

Las resoluciones sancionadoras son susceptibles de recurso conforme al sistema general de recursos establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo común de las administraciones públicas (LPAC). (**Ver ANEXO: Sistema de recursos administrativos establecido en la LPAC**).

### 6.3.3. El régimen de recursos

Así, en cuanto al sistema de recursos administrativos establecido en la LPAC, la propia ley afirma que son susceptibles de ser impugnados por este medio tanto las resoluciones (actos definitivos) como aquellos actos de trámite que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento; o producen indefensión o perjuicios irreparables a derechos e intereses legítimos (artículo 112.1).

### 6.3.4. Dos problemas de los mecanismos administrativos: la inactividad y la sanción

La efectiva protección de la accesibilidad por vía administrativa se enfrenta a dos problemas de diferente índole. Uno de ellos tiene que ver con la actuación de la propia Administración a la hora de cumplir con sus obligaciones en este campo; el otro, con la dificultad de aplicar la reacción tradicional del derecho cuando se incumplen la normas por parte de la Administración: la sanción.

#### *6.3.4.1. La inactividad de la Administración*

Dentro de las actividades que desarrolla la Administración pública cabe destacar todas aquellas acciones de “prestación de servicios” que le corresponden para garantizar a la ciudadanía la satisfacción de derechos y principios jurídicos tales como la igualdad, la libertad, la seguridad jurídica, la participación. Dicho de otra manera, existe un deber prestacional por parte de la Administración pública que, en caso de no cumplirse, produce la ineficiencia e ineficacia de la Administración. Una de las manifestaciones más graves de tal ineficiencia es, precisamente, la inactividad u omisión prestacional de la Administración.

Como ha señalado Juan Cruz, se considera que la inactividad —material o de ejecución— se produce cuando la Administración no ejecuta una obligación o

realiza una prestación material derivada de una obligación legal o reglamentaria o de un acto administrativo ejecutivo[25]. Se configura así, como la "omisión por parte de la Administración de toda actividad, jurídica o material, legalmente debida y materialmente posible"[26].

La inactividad de la Administración se puede definir a partir de tres elementos básicos: la existencia de un deber legal de actuar, presupuesto sobre el que descansa el concepto de inactividad; la omisión de la actividad jurídica o material debida, que se traduce en el incumplimiento de un deber legal de hacer (sea un acto jurídico, sea desarrollar una actividad de medios o de resultado); la necesidad de que la actividad debida sea materialmente posible, es decir que el deber legal de actuar no puede ser de imposible cumplimiento[27].

De acuerdo con el artículo 103.1 de la Constitución española, la Administración está obligada a servir el interés público con objetividad y con sometimiento pleno a la ley y al derecho. Dicho de otra forma, las Administraciones públicas tienen el deber legal de actuar a través del ejercicio de sus competencias para satisfacer las necesidades y derechos de los ciudadanos.

El sometimiento a la ley y a derecho se relaciona con lo previsto en el artículo 106.1 de la Constitución española, que atribuye a los Tribunales el control de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican. La Administración está obligada a dar una respuesta a las peticiones que se le dirijan y, sobre todo, está obligada a hacerlo en el plazo establecido. De acuerdo con el artículo 21.1 de la LPAC, la Administración está obligada a resolver, a dictar una resolución expresa y notificarla en todos los procedimientos, salvo en los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento, desistimiento de la solicitud o desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento. En cuanto al plazo para llevar a cabo dicha obligación, el artículo 21.3 de la LPAC establece que será de tres meses cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo.

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) dispone en su artículo 25.2: "También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones

[25] Cruz Alli Aranguren, J. (2007). La inactividad de la administración en el ordenamiento jurídico-administrativo en J. F. Alenza García (coord.). *Organización y procedimientos administrativos: libro homenaje al profesor Francisco González Navarro (*pp. 497 y ss.). Aranzadi.

[26] Gómez Puente, M. (2002). *La inactividad de la Administración* (p. 63.). Aranzadi-Thomson.

[27] Gómez Puente, M. (1994). Responsabilidad por inactividad de la Administración. *Documentación Administrativa*, *237-238*. (pp. 140-145).

materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley". De acuerdo con la definición del artículo 29 de la LJCA, nos encontramos frente a un supuesto de inactividad de la Administración:

> 1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.
>
> 2. Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78.

En el primer supuesto, la persona que tenga derecho a una prestación de carácter específico por parte de la Administración puede realizar una solicitud o requerimiento administrativo para el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde que se llevó a cabo dicha reclamación la Administración no ha dado cumplimiento a lo solicitado, los interesados podrán interponer un recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses frente a la inactividad de la Administración.

En el segundo caso, los afectados pueden solicitar la ejecución del acto firme y, si esto no se produce en el plazo de un mes, tendrán derecho a interponer un recurso contencioso-administrativo, siempre en el plazo de dos meses, con la particularidad de que este se tramitará conforme a las reglas del procedimiento abreviado.

Del texto de la norma se extraen los dos requisitos fundamentales para que se pueda considerar la vía del recurso contencioso-administrativo frente a la inactividad de la Administración: por un lado, figura la obligación de la Administración de realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas en virtud de una disposición general o de un acto, contrato, convenio administrativo. Por otro lado, se requiere que esas personas hayan reclamado el cumplimiento de dicha obligación y que, transcurridos tres meses, la Administración no haya satisfecho lo solicitado o no haya llegado a un acuerdo con los interesados. Es decir que, para admitir el recurso contencioso-administrativo, se requiere haber agotado la vía administrativa previa.

En la exposición de motivos de la LJCA se lee que la ley crea un recurso contra la inactividad de la Administración, que otorga al ciudadano/a un instrumento jurídico para combatir la pasividad y las dilaciones administrativas. Sin embargo, se precisa que el recurso cabe exclusivamente allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo.

Y es que no hay que confundir la figura de la inactividad con el silencio administrativo ya que no toda falta de respuesta a un escrito ante la Administración supone inactividad. Así, por ejemplo, el silencio administrativo es una falta de diligencia administrativa que, a diferencia de la inactividad, se refiere a procedimientos iniciados (a instancia de la parte interesada o de oficio) que no han sido resueltos por la Administración. Es decir, que en el caso del silencio administrativo, sí hay una actividad instada, un procedimiento que se ha puesto en marcha pero que no ha sido resuelto. Mientras que en el caso de la inactividad, lo que sucede es, precisamente, que no hay actividad[28].

El recurso contencioso-administrativo no puede poner remedio a todos los casos de indolencia, lentitud e ineficacia administrativa, pero sí puede garantizar el exacto cumplimiento de la legalidad y combatir aquellas actuaciones materiales de la Administración que vacían de contenido los derechos de los y las particulares, con el fin de exigir prestaciones concretas derivadas de una disposición general o de un contrato o convenio. En otras palabras, pretendiendo el cumplimiento de obligaciones o prestaciones previamente establecidas. Es lo que se afirma en la Sentencia del Tribunal Supremo del 14 de diciembre de 2007 (RC 7081/2004), en la que se advierte de que para hablar de inactividad administrativa "es necesario que la Administración esté obligada a desplegar una actividad concreta que esté establecida directamente por una disposición general, o un acto, contrato o convenio administrativo y de la cual sean acreedoras una o varias personas determinadas"[29].

Dentro de la inactividad de la Administración cabe distinguir algunas variantes de naturaleza y efectos jurídicos muy diferentes. Una primera distinción básica es aquella que distingue entre inactividad material y formal. Por un lado, el concepto de inactividad material se corresponde con la idea general de pasividad, es un no hacer de la Administración en el marco de sus competencias ordinarias, un no llevar a cabo una determinada acción conforme a derecho. Por otro lado, el concepto de inactividad formal se refiere a la pasividad de la

[28] Pleite Guadamillas, F. (2018). La desidia administrativa: entre la inactividad y el silencio administrativo. *Actualidad Administrativa*, (1).
[29] Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de diciembre de 2007 (RC 7081/2004)

Administración dentro de un procedimiento y se traduce en la simple abstención de dar respuesta a una solicitud de los ciudadanos[30].

Alejandro Nieto procede a una distinción algo más completa: se habla de inactividad formal o silencial, cuando la inacción tiene lugar dentro de un procedimiento administrativo en el que el particular solicita la producción de un acto administrativo, sin obtener respuesta; por otro lado, se habla de inactividad material negativa cuando la pasividad de la Administración tiene lugar al margen de un procedimiento administrativo (será jurídica si falta un acto jurídico o fáctica si lo que no se produce es una actuación material no condicionada por un acto administrativo); en tercer lugar, se habla de inactividad material positiva, cuando la Administración no quiere cesar sus actuaciones ilegales y perjudiciales, pese a una denuncia de las personas interesadas, colocando a las personas en una situación de indefensión. Finalmente, es posible hablar de inactividad de efectos trilaterales cuando produce efectos jurídicos que repercuten directamente sobre terceras personas interesadas[31].

Cabe recordar que el control jurisdiccional previsto en el orden contencioso-administrativo para la figura de la inactividad radica en constatar que la Administración ha hecho un uso correcto de sus atribuciones, pero no permite que los tribunales sustituyan a la Administración en aspectos de su actividad no configurados por el derecho, para no invadir las funciones propias de esta, lo que resultaría incompatible con el principio de la división de poderes.

En cuanto a qué tipo de prestación concreta debe tratarse para proceder al recurso contencioso-administrativo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo[32] acepta que puede ser no solo actividad material de tipo prestacional, sino también formal, como la inactividad reglamentaria. Antes de la entrada en vigor de la LJCA, de conformidad con la anterior Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, la jurisprudencia ya había reconocido la existencia de una acción contra la inactividad de la Administración a la hora de ejercer su potestad reglamentaria.

En la Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1998, citando la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1998, se precisa que la acción se admite cada vez que: “siendo competente el órgano titular de la

[30] Nieto, A. (1962). La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo. *Revista de administración pública*, (37), 80.

[31] Nieto, A. (1986). La inactividad material de la Administración: veinticinco años después. *Documentación administrativa*, (208), 21-25.

[32] Entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2018 (RC 4267/2016) y la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2022 (RC 183/2021).

potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria suponga el incumplimiento ( ) de una obligación expresamente establecida por la ley que se trata de desarrollar o ejecutar; y el silencio del Reglamento determine la creación implícita de una situación jurídica contraria a la Constitución española o al ordenamiento jurídico"[33].

Pues bien, es posible argumentar que el incumplimiento de la accesibilidad por parte de la Administración es en muchos casos un supuesto claro de inactividad. En este sentido se ha expresado el Tribunal Supremo en su Sentencia 383/2019, de 20 de marzo de 2019.

Como es sabido, la Disposición Adicional Tercera, 2, de la LGDPD señala:

> En el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno aprobará unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación, según lo previsto en el artículo 29, para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público por las personas con discapacidad".

Pues bien, como es sabido, hasta marzo de 2023, el Gobierno incumplió este mandato, lo que supuso una ausencia de actividad material (falta de actuación en materia de accesibilidad). Así, el incumplimiento de esta disposición por inactividad ha constituido una clara de vulneración del principio de legalidad y de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

En este sentido y como ya se ha referido, en marzo de 2019, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estimó el recurso interpuesto por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) por la inactividad reglamentaria de los poderes públicos: se declaró la obligación del Gobierno del Estado de elaborar, aprobar y promulgar la norma reglamentaria que regule las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público por las personas con discapacidad.

Los hechos de la demanda del CERMI se centran en la inactividad del Gobierno al no cumplir la obligación de aprobar una norma reglamentaria que regule las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público por las personas con discapacidad, establecida en la Disposición final tercera, punto 2, del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto

[33] Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de diciembre de 1998 (RC 194/1995).

Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Los argumentos que condujeron a la estimación del recurso fueron: el valor del artículo 49 de la Constitución española, el mandato vinculante contenido en el Real Decreto Legislativo 1/2013 y la inactividad reglamentaria contraria a una obligación legal.

Respecto a la primera cuestión, que se presenta como punto de partida del razonamiento, se recuerda que se dirige a los poderes públicos el mandato de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad, amparándolas para el disfrute de los derechos que el Título Primero de la Constitución otorga a la ciudadanía. Acto seguido se recuerda que en virtud del artículo 53.3 de la Constitución española, "el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos" y, como es bien sabido, el artículo 49 es parte de dichos principios del Capítulo tercero. Como consecuencia, la inactividad reglamentaria, a juicio del Tribunal Supremo incumplía un claro mandato legal que debía conectarse con los mandatos constitucionales de los artículos 49 y 53.3. En otras palabras, la inactividad del Gobierno suponía desviarse del sometimiento a la ley y al derecho al que los poderes públicos están sujetos en virtud del artículo 103.1 de la Constitución española.

Con independencia de que, como ya hemos señalado, recientemente se haya aprobado este desarrollo reglamentario, la Sentencia 383/2019, de 20 de marzo de 2019 del Tribunal Supremo es muy relevante para nuestro tema porque en ella, como ha destacado Juana Morcillo Moreno[34], aparecen tres ideas: (i) "los tribunales pueden controlar la inactividad u omisión reglamentaria, siempre que ello suponga el incumplimiento de una efectiva obligación legal, pero no podrán sustituir dicha inactividad hasta el punto de dar un determinado contenido al reglamento omitido"; (ii) "los tribunales también pueden controlar la inactividad u omisión reglamentaria cuando el silencio del reglamento suponga la implícita creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico"; (iii) "la inactividad reglamentaria en que puede incurrir el Gobierno por incumplir un claro e incondicionado deber legal supone desviarse del sometimiento a la ley y al derecho al que está plenamente sometido *ex artículo* 103.1 de la Constitución española, sin que a ello obsten las

[34] Morcillo Moreno, J. (2019). El reto de la accesibilidad y su incumplimiento por los poderes públicos: consecuencias de la inactividad reglamentaria, *Revista de Administración Pública*, (210), 287 y ss.

previsiones de las leyes de presupuestos". En este sentido, resulta muy interesante (también para el tema de los límites de la accesibilidad) la siguiente consideración que el Tribunal Supremo (Sentencia del Tribunal Supremo 384/2019) realiza al hilo de lo anterior: Una ley de presupuestos no puede "sin modificar previamente la norma legal que regula el régimen sustantivo de una determinada parcela del ordenamiento jurídico, desconocerlo, procediendo a efectuar una aplicación distinta a la prevista en la norma cuya aplicación pretende".

En este sentido, es posible impugnar la inactividad de la Administración. Es importante advertir que, con carácter previo a la presentación del recurso, se debe formular un requerimiento a la Administración, quien dispone de un plazo de tres meses para realizar la prestación. Y también debe tenerse en cuenta lo que señala el artículo 32.1 de la LJCA:

> Cuando el recurso se dirija contra la inactividad de la Administración pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 29, el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas.

Por último, en este punto adquiere relevancia el artículo 106.2 de la Constitución española, que señala:

> Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Pues bien, si a raíz de la inactividad de la Administración (y también por la falta de accesibilidad en general) se llegasen a causar daños a una persona con discapacidad, podría exigirse responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común.

*6.3.4.2. La sanción a la Administración*

Uno de los grandes problemas que nos encontramos a la hora de garantizar la accesibilidad tiene que ver con la dificultad de sancionar a la Administración, en general, cuando es ella la que incumple la normativa. Se trata de un problema importante porque en muchas ocasiones es precisamente la Administración la que no satisface la exigencia de accesibilidad o la que produce una situación de discriminación.

La posibilidad de sancionar a la Administración trasciende la cuestión de accesibilidad y la no discriminación, y se proyecta en otros muchos asuntos, constituyendo una cuestión polémica en el ámbito doctrinal. En este punto entran en juego una serie de principios e ideas que acompañan a la actuación de las Administraciones, tales como la presunción de actuación en aras del interés general o la consideración de que es la ciudadanía en quien finalmente recaen las sanciones a la Administración, más allá de la posible exigencia de responsabilidad al personal funcionario de turno.

Existen algunos supuestos en los que se ha tratado esta cuestión. Uno de ellos es en materia de defensa de la competencia; otro en materia de protección de datos.

En el ámbito de la defensa de la competencia, para que se considere ilegal la actuación de la Administración deben cumplirse dos exigencias. La primera es que esa actividad presuntamente ilegal no esté apoyada en una norma válida (el artículo 4.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia permite exonerar a ciertas conductas, públicas o privadas, de respetar la legislación de competencia con el fin de salvaguardar otros bienes jurídicos). La segunda es que la actuación administrativa se califique como empresarial (esto es, que se lleve a cabo como operador económico y no suponga ejercicio de potestades públicas). No obstante, esta segunda exigencia ha sido abandonada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio, que declara "infractora" a la Administración, no por haber realizado por sí misma una actividad empresarial restrictiva de la libre competencia sino por incentivar, impulsar y refrendar la actividad de otros operadores económicos que sí actúan como tales en el mercado, es decir, por ser "facilitadora" de cárteles. Sin embargo, y a pesar de lo anterior, la Sentencia de 18 de julio de 2016 admite que la Administración que ejerce la potestad sancionadora, la Comisión Nacional de la Competencia, no imponga una sanción pecuniaria a la Administración infractora porque, a su juicio, el caso era novedoso y suponía un cambio de doctrina.

Ahora bien, en el ámbito autonómico, nos encontramos con casos en los que sí que existe una sanción a la Administración. Así, por ejemplo, en el ámbito de Cataluña, pueden citarse casos en los que la Administración autonómica ha impuesto multas dinerarias a la Administración local[35], y lo mismo ha ocurrido en el ámbito de Andalucía[36], siempre en materia de defensa de la competencia.

[35] Autoritat Catalana de la Competència, Resolución del expediente n.º 40/2011, Servicios Funerarios del Llobregat http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxius/actuacions/Resolucio-exp-40-2011-esp.pdf. (Último acceso 22 de marzo de 2023).

[36] Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía Resolución S/12/2014, Inspección Técnica de Edificios de Granada (http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/pdfs/S%20

Julia Ortega se ha referido a tres objeciones normalmente presentes cuando se aborda la cuestión de la sanción a la Administración[37]. Estas tres objeciones tienen que ver con su constitucionalidad, su legalidad y su conveniencia.

La primera de las objeciones se plantea en el ámbito de las relaciones entre la Administración estatal y la autonómica y tiene que ver con la posibilidad de que este tipo de actuación suponga introducir un nuevo mecanismo de control de legalidad por parte del Estado. Si esto se entiende así, nos toparíamos con lo dispuesto en el artículo 153 de la Constitución, que afirma:

> El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá: a) Por el Tribunal Constitucional, el relativo a la constitucionalidad de sus disposiciones normativas con fuerza de ley. b) Por el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, el del ejercicio de funciones delegadas a que se refiere el apartado 2 del artículo 150. c) Por la jurisdicción contencioso-administrativa, el de la Administración autónoma y sus normas reglamentarias. d) Por el Tribunal de Cuentas, el económico y presupuestario.

No obstante, el Tribunal Constitucional en su sentencia 111/1996 señaló que la lista del 153 era incompleta y ha permitido ampliarla en algunos casos (por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo 198/2011, de 13 de diciembre).

La segunda de las objeciones tiene que ver con la legalidad. En este punto se plantea la legalidad de la impugnación de la actuación material de la Administración. Como es sabido, tradicionalmente la impugnación de la actuación de la Administración, más allá del control de la legalidad de los reglamentos, se ha centrado en los actos administrativos, esto es, en lo que se ha considerado como aplicación de la legalidad y como aspecto nuclear de la función de policía. La posibilidad de sancionar a la Administración supone extender esa posibilidad a su actuación como prestador de servicios públicos y, en definitiva, a su actuación material; actuaciones que se corresponden con otras funciones asumidas por esta. Se trata de una cuestión polémica que ha surgido con el aumento del peso de la Administración en los Estados sociales y que debe abordarse desde esta perspectiva. Y si es así, no parece un obstáculo insalvable.

12%202014.pdf) (Último acceso 22 de marzo de 2023).

[37] Ortega Bernardo, J. (2017) ¿Se puede sancionar a la Administración por la ilegalidad de su actuación?, en *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, (pp. 183 y ss.).

La tercera de las objeciones se refiere a la conveniencia y es probablemente la que más peso tiene. Esta objeción posee un aspecto teórico-justificativo y un aspecto práctico.

El aspecto teórico-justificativo tiene que ver tanto con el papel de la Administración como con el significado y función de la sanción. Así, por un lado, se cuestiona la posibilidad de sancionar a la Administración desde su consideración de sujeto que actúa siempre en aras del interés general (artículo103 de la Constitución); y por otro, señalando que la restitución que debe estar presente desde un buen entendimiento de la idea de sanción no se consigue solo con sanciones pecuniarias. Se trata, en todo caso, de aspectos que pueden ser superados si tenemos en cuenta, por un lado, que existe de hecho un control de la legalidad de la Administración y, además, que es posible incorporar las diferentes dimensiones de la sanción.

El aspecto teórico-práctico se refiere a la repercusión de la sanción. Así esta objeción lo que viene a señalar es que la sanción de la Administración recae finalmente en la ciudadanía. Y efectivamente es así, pero conviene advertir que en cuestiones como las que nos ocupan, esto es, en incumplimiento de obligaciones que tienen que ver con prestaciones de bienes, servicios y derechos, el sentido de la sanción y su repercusión no es otro que el de remediar la situación de incumplimiento (satisfacer la accesibilidad) y en su caso proceder a la indemnización cuando el mal causado así lo requiera (que es una obligación que como sociedad debemos asumir y que podrá tener efectos posteriores en el campo de la responsabilidad política).

En todo caso, la superación de las tres objeciones anteriores requiere, como tantas cosas en el ámbito de la discapacidad, un cambio en la cultura jurídica. Sin ese cambio, la accesibilidad y la no discriminación seguirán siendo exigencias carentes de eficacia en el campo de la discapacidad.

Ciertamente podemos señalar que este cambio ya se ha empezado a producir. No en vano el artículo 25 de la Ley 29/19 98, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, antes mencionado, señala:

> 1. El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. 2. También es admisible el recurso contra la inactividad de la

> Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley.

De este modo, este cambio también se ha proyectado en un tema conectado con el que estamos tratando y que se abordó en el apartado anterior, esto es, el de la inactividad de la Administración, plasmado en la Sentencia del Tribunal Supremo 384/2019, de 20 de marzo, ya mencionada, que estima el recurso del CERMI frente a la inactividad del legislador en la adopción del reglamento para regular las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público por las personas con discapacidad.

También nos sirven de ejemplo los artículos 12.3 y 13.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. En el primero se dice:

> La Comisión Nacional de la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

Y en el segundo:

> Sin perjuicio de las competencias de la Comisión Nacional de la Competencia, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas están legitimados para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas autonómicas o locales de su territorio sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

De este modo, y a pesar de las objeciones planteadas, se abre la posibilidad de que la Administración sea sancionada, incluso por inactividad, en casos de incumplimiento de las condiciones de accesibilidad y no discriminación.

### 6.3.5. La responsabilidad patrimonial (extracontractual) de la Administración pública

Otra posible forma de garantía de los derechos de las personas con discapacidad en el marco del derecho administrativo es la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento anormal de la misma o de los servicios públicos. El régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración pública está regulado tanto en la LPAC (artículos 1, 13, 24, 35, 61, 65, 67, 81, 82, 91, 92, 96, 114 y disposición transitoria 5ª) como en la Ley

40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), en sus artículos 32 a 37.

El artículo 32 de la LRJSP señala:

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

3. Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.

La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurran los requisitos previstos en los apartados anteriores:

a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurran los requisitos del apartado 4.

b) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5.

4. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.

5. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra

la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:

a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.

b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.

c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

6. La sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el «Diario Oficial de la Unión Europea», según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa.

7. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

8. El Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad.

El procedimiento para fijar el importe de las indemnizaciones se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia al Consejo de Estado.

9. Se seguirá el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma sin perjuicio de las especialidades que, en su caso establezca el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Se trata de un régimen específico, unitario, directo y objetivo.

Es específico porque es distinto del que opera para el resto de operadores jurídicos y concretamente es diferente del que establecen los artículos 1902 y

siguientes del Código Civil en relación con la responsabilidad patrimonial en relaciones de derecho privado.

Es unitario porque se aplica al conjunto de las Administraciones públicas, ya se trate de la Administración estatal, autonómica o local, y tanto si actúan en relaciones de derecho público como de derecho privado (artículo 35 de la LRJSP), lo que veta una antigua jurisprudencia civil ya superada, que se consideraba competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad cuando la reclamación versaba sobre actividades prestacionales de la Administración (mantenimiento de vías públicas, actividades sanitarias, etc.). Además, el propio artículo establece que cuando las Administraciones públicas actúan a través de una entidad de derecho privado, también se encuentran sometidas al régimen de responsabilidad previsto en los artículos 32 y siguientes de la LRJSP, lo que significa que si una sociedad mercantil o una fundación (por poner dos posibles ejemplos) ocasiona un daño patrimonial a terceras personas, también se verá afectada por este régimen y no por el del Código Civil. Además, la LRJSP —artículo 33— regula la responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas, es decir, las pautas que han de aplicarse cuando son varias administraciones las causantes del daño.

Es directo pues, a pesar de que pueda identificarse a un concreto empleado/a público/a como causante del daño, los ciudadanos/as exigen la responsabilidad directamente a la Administración (artículo 36.1 de la LRJSP).

Esta garantía directa de la ciudadanía frente a la Administración abarca tanto aquellos daños que sean causados por acciones imputables a agentes públicos concretos, como a los producidos por el simple funcionamiento impersonal de la Administración.

Las personas particulares tendrán derecho a ser indemnizadas, siempre que el daño causado, en todo caso, reúna los siguientes requisitos (artículo 32.2 de la LRJSP): a) efectivo (puede tratarse tanto daños de patrimoniales, como de daños personales y morales y puede repararse el daño emergente y el lucro cesante, si bien ha de tratarse de un daño real y actual, excluyéndose las meras suposiciones o expectativas de futuro); b) evaluable económicamente (lo que impide la reparación de daños carentes de reflejo patrimonial); c) individualizado en relación a una persona o grupo de personas (por lo que no resultan indemnizables las cargas generales que pesen sobre una colectividad).

La indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración debe cubrir todos los daños y perjuicios sufridos hasta conseguir la reparación integral de los mismos (Sentencia del Tribunal Supremo 10 de abril de 2000, FJ

3º). Pero, para que surja el deber de reparación, el daño causado deberá encontrarse vinculado con la actividad de la Administración en una relación de causalidad (causa-efecto), es decir, ya sea por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y siempre que no sea un caso de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley (artículo 32.1 de la LRJSP).

Al afirmar que es objetiva se pretende significar que no se requiere culpa o ilegalidad en el autor/a del daño, a diferencia de la tradicional responsabilidad subjetiva propia del derecho civil ya que se trata de una responsabilidad que surge al margen de cuál sea el grado de voluntariedad y previsión del agente, incluso cuando la acción originaria es ejercida legalmente, y de ahí la referencia al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en la dicción del artículo 40 de la ley antes citada, pues cualquier consecuencia dañosa derivada de tal funcionamiento debe ser, en principio, indemnizada, porque de otro modo se produciría un sacrificio individual en favor de una actividad de interés público que, en algunos casos, debe ser soportada por la comunidad. (Sentencia del Tribunal Supremo 6 de noviembre de 1998, FJ 2º y Sentencia del Tribunal Supremo 28 de noviembre de 1998, FJ 2º, con el mismo contenido en ambas).

Hay que tener en cuenta, además, que la jurisprudencia ha hecho, en ocasiones, una interpretación amplia de la noción de "actividad", incluyendo también las omisiones o inactividades de la Administración en aquellos casos en que está obligada a desarrollar una determinada actividad (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1999 y Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2000).

En este sentido sería posible, por ejemplo, presentar una reclamación patrimonial a la Administración si el incumplimiento de la normativa en materia de accesibilidad y no discriminación determina un resultado dañoso que cumpla los requisitos antes mencionados. Lo central, y más complicado, en este caso, será probar la relación de causalidad.

Parece existir poca jurisprudencia relativa a la responsabilidad patrimonial de la Administración vinculada con la accesibilidad. En todo caso, la sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 25 de abril de 2005, ratificada por la Sentencia del Tribunal Supremo 944/2010, de 2 de marzo de 2010, reconoce la responsabilidad patrimonial de la Administración por una caída sufrida por una persona con discapacidad en un centro de atención para personas con discapacidad psíquica de la Consejería de Asuntos Sociales y gestionado por la asociación PROMI. La sala, y posteriormente el Tribunal Supremo, consideran probada la relación de

causalidad debido a que el día de la caída, la persona con discapacidad no iba acompañada de ningún monitor/a en su deambular —algo habitual ya que también tenía serios problemas físicos de movilidad—, sufriendo una falta de atención personal. Igualmente, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 7659/2021 se afirma también la responsabilidad patrimonial de la Administración por una caída sufrida por una mujer mayor con artritis y dificultad ambulatoria al entrar a un Centro de Participación Activa de Mayores en Córdoba. Se considera probada la relación de causalidad al existir en la rampa de acceso al centro un desnivel superior al permitido según la normativa vigente aplicable, así como el mal estado de las bandas antideslizantes de dicha rampa, según queda probado en el informe pericial presentado por la parte demandante. De esta forma, según el tribunal, queda "acreditado el nexo causal que no parece alterado por el padecimiento de artritis y su dificultad ambulatoria, ya que precisamente las condiciones de accesibilidad están para facilitar el acceso a las personas con discapacidad". Por el contrario, en el caso analizado en la Sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia 4667/2010 —en el que una persona con discapacidad en silla de ruedas exige la responsabilidad patrimonial por daños morales a la Universidad de Politécnica de Valencia por la no adaptación de los aseos de la Facultad de Bellas Artes en la que había estudiado— se desestima no solamente por considerarse inaplicable —por cuestiones temporales— la normativa alegada, sino también por la falta de actividad probatoria del demandante. En este sentido, se afirma que

> la pretensión del actor adolece de notables carencias en el ámbito probatorio, ya que el recurrente no propone más prueba que la documental obrante en el expediente y la aportada junto a su demanda (...) dejando de lado, sin embargo, toda iniciativa probatoria encaminada a justificar el título de imputación que recaería, a su juicio, sobre la universidad, así como el nexo causal entre este y el resultado dañoso que reclama[38].

### 6.3.6. La Oficina de Atención a la Discapacidad (OADIS)

La LGDPD considera al Consejo Nacional de la Discapacidad como órgano colegiado interministerial de carácter consultivo al que corresponde promover la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal de las personas con discapacidad (artículo 55). El Consejo cuenta con la Oficina de Atención a la Discapacidad, de carácter permanente y especializado, que

[38] Para conocer el procedimiento ver el "**ANEXO Procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración**".

colaborará con las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias en este objetivo (artículo 56).

En todo caso, se trata de herramientas creadas con anterioridad a la adopción de la LDGPD. Así, el Consejo Nacional de Discapacidad (que tiene su precedente en el Consejo Rector de Personas Discapacitadas creado en 1987, posteriormente denominado a partir de 1999 Consejo Estatal de Personas con Discapacidad) se menciona en la Disposición Final segunda de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y fue creado por el Real Decreto 1865/2004, de 6 de septiembre y después de varias modificaciones, se rige en la actualidad por el Real Decreto 1855/2009, de 4 de diciembre.

La Oficina de Atención a la Discapacidad es denominada en ese Real Decreto como Oficina Permanente Especializada, pero la disposición adicional undécima de la LGDPD señala que "[l]as referencias que se hacen en el ordenamiento jurídico a la Oficina Permanente Especializada se entenderán realizadas a la Oficina de Atención a la Discapacidad."

Con la aprobación del Real Decreto 485/2017, de 12 de mayo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la OADIS se adscribe a la Dirección General de Políticas de Apoyo a la Discapacidad (actual Dirección General de Derechos de las Personas con Discapacidad).

El artículo 56 de la LGDPD establece:

> La Oficina de Atención a la Discapacidad es el órgano del Consejo Nacional de la Discapacidad, de carácter permanente y especializado, encargado de promover la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
>
> Con la Oficina de Atención a la Discapacidad colaborarán las organizaciones, entidades y asociaciones de utilidad pública más representativas de las personas con discapacidad y sus familias.

La OADIS es la encargada de recibir consultas y quejas sobre discriminaciones a personas con discapacidad. Sin embargo, sus respuestas son informativas y orientativas. Además, la OADIS no cuenta con un servicio jurídico que pueda asesorar legalmente a las personas con discapacidad ni tampoco resuelve denuncias. De esta manera, cabe recalcar que la OADIS no impone sanciones, no tiene fuerza vinculante ni admite recursos.

Los tres grandes objetivos de la OADIS son: 1) Conseguir la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad; 2) La no discriminación de las personas con discapacidad y; 3) El respeto de la accesibilidad universal.

El artículo 11 del Real Decreto 1855/2009, de 4 de diciembre dispone:

> 1. La Oficina Permanente Especializada es el órgano del Consejo, de carácter permanente y especializado, encargado de promover la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. 2. Con la Oficina Permanente Especializada colaborarán las asociaciones de utilidad pública más representativas de las personas con discapacidad y sus familias.

Esta Oficina, en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de este Real Decreto, prestará asesoramiento a toda persona que manifieste haber sido objeto de discriminación o considere vulnerado su derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal por razón de discapacidad en los ámbitos contemplados en la LGDPD. Este asesoramiento se extiende a las personas jurídicas habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos de las personas con discapacidad y a las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias.

Las funciones de la Oficina Permanente Especializada, se especifican en el artículo 13 de este Real Decreto:

> a) Prestar asesoramiento con carácter facultativo y no vinculante. b) Estudiar y analizar las consultas, quejas o denuncias en materia de discriminación por razón de la discapacidad, sin perjuicio de las atribuciones de los organismos y autoridades que sean competentes. c) Proponer al Pleno, para su consideración, medidas o decisiones que prevengan estructural o coyunturalmente situaciones de discriminación por razón de discapacidad en los ámbitos establecidos en la Ley. d) Efectuar el seguimiento de las medidas propuestas que prevengan situaciones de discriminación. e) Elaborar, con carácter anual, para su elevación al Pleno del Consejo, un informe sobre la situación de la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y sus familias. f) Elaborar, con carácter anual, para su elevación al Pleno del Consejo, un informe sobre el grado de cumplimiento de las obligaciones en materia de accesibilidad. g) Elaborar, con carácter anual, para su elevación a la Comisión Permanente del Consejo, un informe sobre los hechos recogidos en los expedientes informativos abiertos y tramitados por la Oficina como consecuencia de cualesquiera peticiones de las personas con discapacidad, las personas jurídicas habilitadas o las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias. h) Con carácter previo a la instrucción del expediente de infracciones y sanciones regulado en la Ley, emitirá el informe que le sea solicitado por los órganos competentes para la instrucción del expediente, sin perjuicio de las

competencias que correspondan a las comunidades autónomas. i) Colaborar con los órganos judiciales y administrativos en los asuntos que éstos le requieran. j) Aquellas otras que pueden atribuírsele en virtud de disposiciones normativas con rango legal o reglamentario.

El ámbito de actuación del OADIS está limitada a 4 modalidades. De acuerdo con el artículo 14 del Real Decreto 1855/2009, de 4 de diciembre, por el que se regula el Consejo Nacional de la Discapacidad menciona que:

1. La Oficina Permanente Especializada prestará asesoramiento a toda persona que manifieste haber sido objeto de discriminación o considere vulnerado su derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal por razón de discapacidad en el ámbito contemplado en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre. 2. El asesoramiento se facilitará también a las personas jurídicas habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos a que hace referencia el artículo 19 de la citada Ley 51/2003, de 2 de diciembre. 3. La Oficina Permanente Especializada prestará asesoramiento a las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias sobre la forma de hacer valer los derechos individuales y colectivos relativos a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. 4. La Oficina Permanente Especializada prestará asesoramiento a las personas físicas o jurídicas responsables del cumplimiento de las obligaciones recogidas en la mencionada Ley 51/2003, de 2 de diciembre.

(Las referencias a las Ley 51/2003 deben entenderse como dirigidas a la LGDPD).

Básicamente su procedimiento de actuación es el siguiente:

Cualquier persona con discapacidad (no importa cuál sea su nacionalidad) y sus familias o los movimientos asociativos de las personas con discapacidad, siempre que invoquen que han sido objeto de discriminación por razón de su discapacidad, pueden presentar una queja o consulta sin que sea necesaria la asistencia de abogado/a ni procurador/a.

El escrito debe ser remitido a la Oficina de Atención a la Discapacidad (OADIS) a través de los registros señalados en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: a) en el registro electrónico de la Administración u Organismo al que se dirijan, así como en los restantes registros electrónicos de cualquiera de los sujetos a los que se refiere el artículo 2.1 de esta ley; b) en las oficinas de Correos, en la forma que reglamentariamente se establezca;

c) en las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero; d) en las oficinas de asistencia en materia de registros; e) en cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes. El escrito tiene que estar firmado por la persona con discapacidad indicando: los datos personales: (nombre, apellidos, dirección, teléfono y DNI) y la documentación que justifique la queja.

El nombre de la persona que presenta la queja o consulta se mantiene en secreto frente a terceras personas y a organismos no implicados en el problema. La presentación de una consulta o queja ante la OADIS no interrumpe los plazos de que se disponga para interponer los recursos posibles en vía administrativa ante el correspondiente organismo público, o en vía jurisdiccional ante los Tribunales de justicia, ni suspende o interrumpe la ejecución de las resoluciones o actos sobre los que versen.

La Oficina estudia la petición y si está dentro de los siguientes ámbitos a los que hace referencia la LGPD: Telecomunicaciones y Sociedad de la Información; Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificaciones; Transportes; Bienes y servicios a disposición del público; Relaciones con Administraciones públicas; Administración de Justicia; Patrimonio cultural, de conformidad con lo previsto en el patrimonio histórico.

Se abre el correspondiente expediente informativo, se recabarán las informaciones oportunas para comprobar cuantos datos sean necesarios y proceder al estudio de los expedientes y la documentación precisa.

El procedimiento es totalmente gratuito y finaliza cuando se comunica por escrito el resultado de la tramitación de la consulta o queja. La OADIS ofrece asesoramiento, responde a la persona interesada sobre las vías de actuación más adecuadas y desarrolla, en su caso, un seguimiento de las recomendaciones realizadas. En todo caso, sus actuaciones no son vinculantes y no tramita el procedimiento de infracciones y sanciones, pero contar con su asesoramiento puede resultar sumamente útil y, en ocasiones, sus recomendaciones son atendidas.

La OADIS no tiene una facultad sancionadora, sino más bien de recomendación. Esto se debe a que es un órgano de carácter consultivo y no tiene efectos vinculantes. Además, de acuerdo con el artículo 105.1 de la LGDPD sobre el procedimiento sancionador en materia de discapacidad, el órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador es el “órgano directivo del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, con rango de Dirección General, que tenga atribuidas las competencias en materia de discapacidad.”.

Asimismo, los órganos competentes para imponer sanciones, como ya se subrayó, son:

a) El órgano con rango de Dirección General a que se hace referencia en el apartado 1, cuando se trate de sanciones por la comisión de infracciones leves.

b) La Secretaría de Estado de Derechos Sociales cuando se trate de sanciones por la comisión de infracciones graves.

c) La persona titular del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 cuando se trate de sanciones por la comisión de infracciones muy graves, si bien se requerirá el acuerdo previo del Consejo de Ministros cuando las sanciones sean de cuantía superior a 300 000 euros.

## 6.4. La garantía en el marco social

La Disposición Adicional Séptima de la LGDPD establece:

Las infracciones y sanciones en el orden social en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad seguirán rigiéndose por el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

Pues bien, según la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), constituyen infracciones administrativas en el orden social las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables tipificadas y sancionadas en las leyes del orden social. Las infracciones no podrán ser objeto de sanción sin previa instrucción del oportuno expediente, de conformidad con el procedimiento administrativo especial en esta materia, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden que puedan concurrir. Las infracciones se califican como leves, graves y muy graves en atención a la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho afectado, y pueden imponerse en los grados de mínimo, medio y máximo.

Son sujetos responsables de la infracción las personas físicas o jurídicas y las comunidades de bienes que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción.

Las infracciones en el orden social prescriben, en general, a los tres años contados desde la fecha de la infracción. En materia de prevención de riesgos

laborales, las infracciones prescribirán al año las leves, a los tres años las graves y a los cinco años las muy graves, contados desde la fecha de la infracción.

La Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social igualmente establece que no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento. En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones.

En relación con el tema que nos ocupa, la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social considera como infracciones muy graves en materia de relaciones laborales (artículo 8):

(i) Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores. (ii) Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación. (iii) El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo.

Igualmente, en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en sus artículos 12 y 13, considera como grave o muy grave (dependiendo de las circunstancias):

> la adscripción de trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales o de quienes se encuentren

manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, así como la dedicación de aquéllos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Conviene tener presente que, en materia de prevención de riesgos laborales, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, tiene un artículo, el 25, dedicado a protección de personas trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos, en el que puede leerse:

1. El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias. Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo. Igualmente, el empresario deberá tener en cuenta en las evaluaciones los factores de riesgo que puedan incidir en la función de procreación de los trabajadores y trabajadoras, en particular por la exposición a agentes físicos, químicos y biológicos que puedan ejercer efectos mutagénicos o de toxicidad para la procreación, tanto en los aspectos de la fertilidad, como del desarrollo de la descendencia, con objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias.

Y en materia de empleo, el artículo 15 considera como grave: "el incumplimiento en materia de integración laboral de personas con discapacidad de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional". Entendiendo como muy grave (artículo 16):

Solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado.

El procedimiento sancionador, viene regulado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social. Sin embargo, la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social establece los principios generales (**Ver ANEXO Procedimiento sancionador en el orden social**).

## 6.7. El sistema de arbitraje

El Real Decreto 231/2008 de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo, define el arbitraje de consumo como: "arbitraje institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor". Es decir, el arbitraje es un sistema de resolución de conflictos al margen del sistema judicial, pero que resulta igualmente vinculante para ambas partes, cuyo objetivo es conocer el alcance de los derechos que las personas con discapacidad tienen reconocidos; su eficacia la otorga la previa sumisión al sistema que efectúan las partes de manera previa.

Álvarez Jiménez[39] arroja la definición siguiente sobre la institución: un procedimiento por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión sobre la disputa que es obligatoria para las partes. En la institución de arbitraje concurren las circunstancias siguientes: 1) se trata de un procedimiento, integrado por un conjunto de actos predeterminados por la norma que los regula, normalmente el cuerpo normativo y las reglas de procedimiento de la entidad a la que las partes se someten que rigen su discurso desde el inicio hasta su resolución final; 2) exige la existencia de una controversia o un litigio o reclamación, del que pueden surgir diferentes derechos u obligaciones de hacer o dar a cada una de las partes, según su resultado final; 3) la sumisión al procedimiento forma parte de una decisión libre de las personas interesadas, que es la formalización de la cláusula de sumisión arbitral; 4) la decisión que se adopta en la fase decisoria del procedimiento resulta obligatoria para las partes; 5) los árbitros/as, las personas que deciden sobre el litigio, son personas expertas en la materia, pero no forman parte de la Carrera judicial, no son órganos judiciales; son asignados de manera individual o colegiada para el conocimiento del asunto por la entidad designada

[39] Álvarez Ramírez, G. (2013). Discapacidad y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Un cauce adicional de acceso a la justicia y una oportunidad para la inclusión. Cinca.

para su resolución, por su especialización en la materia, dado que los árbitros son elegidos de la lista de que dispone la entidad de arbitraje.

El sistema arbitral en materia de discapacidad pretende resolver las quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal.

El artículo 74 de la LGDPD establece que:

> 1. Previa audiencia de los sectores interesados y de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, siempre que no existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y judicial que en cada caso proceda. 2. El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito. 3. Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y de las administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias.

Se trata de un precepto que reproduce el contenido del artículo 17 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que fue derogada por la LGDPD. Teniendo como referencia este artículo, se aprobó el Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad.

La derogación de la Ley 51/2003 y el mantenimiento del texto en su literalidad en la LGDPD, ha hecho que haya quien afirme que el sistema de arbitraje del Real Decreto 1417/2006 ha pasado a mejor vida. A ello se une que el Real Decreto ha tenido una nula aplicación práctica[40]; lo que no ha ocurrido con otros ámbitos del arbitraje, como el derecho del Consumo, que vive un auge que perdura desde hace varios años y da muestras de su vigor como institución y aplicación práctica.

En todo caso, pasaremos a describir brevemente este sistema. Como acabamos de señalar, el arbitraje se regula por el Real Decreto 1417/2006, y en

[40] Delegación del CERMI Estatal para los Derechos Humanos y para la Convención de la ONU. (2019). *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2018*. Serie: Convención ONU, n. 24. Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad. Ediciones Cinca.

lo no previsto en él, por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje.

Pueden ser objeto de arbitraje las quejas sobre alguna de las siguientes materias: a) Telecomunicaciones y sociedad de la información; b) Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación; c) Transportes; d) Bienes muebles e inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, comercializados directamente a los consumidores como destinatarios finales, que las personas físicas o jurídicas, individuales o colectivas, profesionales o titulares de establecimientos públicos o privados, fijos o ambulantes, produzcan, faciliten, suministren o expidan, en régimen de derecho privado; e) Relaciones con las Administraciones públicas en el ámbito del derecho privado.

La normativa excluye del arbitraje las controversias: a) sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva en los casos en que haya identidad de sujeto, hecho y fundamento; b) en las que deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de las personas con discapacidad que carecen de capacidad de obrar o de representación legal y no puedan actuar por sí mismas; c) en las que concurran indicios racionales de delito; d) que estén determinadas en contratos administrativos, así como otras materias que no sean de libre disposición conforme a derecho; y e) que sean objeto de arbitraje laboral.

La gestión y administración del sistema arbitral es competencia de las juntas arbitrales de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal. La norma prevé la constitución de una junta arbitral central (que conozca las solicitudes de arbitraje que se refieran a quejas y reclamaciones que afecten a un ámbito territorial superior al de una comunidad autónoma, o que afecten a materias de competencia estatal de ejecución) y de juntas arbitrales en cada comunidad autónoma y en las ciudades de Ceuta y Melilla.

Las juntas arbitrales están integradas por la presidencia (que deberá contar con la licenciatura en Derecho), una secretaría y dos vocalías, cuyo nombramiento será por un período de cuatro años, por la Administración pública competente. Las personas vocales son nombradas a propuesta, respectivamente, de: a) la organización representativa de las personas con distintos tipos de discapacidad y sus familias con mayor implantación en el ámbito estatal o autonómico (según proceda); b) la organización de carácter económico sin ánimo de lucro con mayor implantación en el ámbito estatal o autonómico (según proceda).

La configuración del sistema arbitral exige que tanto las personas, físicas o jurídicas, de carácter privado que importen, produzcan, suministren o faciliten

entornos, productos, bienes y servicios a las personas con discapacidad, como las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y las organizaciones de carácter económico sin ánimo de lucro, efectúen oferta pública de sometimiento al sistema arbitral, a través del convenio arbitral (en donde se hace constar el ámbito de la oferta y su plazo de validez), que será aceptado o rechazado por la junta arbitral).

Las personas que ejercen el arbitraje, licenciadas en Derecho o expertas o profesionales en alguna de las materias objeto de arbitraje, tienen que ser acreditadas por la presidencia de la junta arbitral en la que hayan de intervenir, y son propuestas por las Administraciones públicas, las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y las organizaciones de carácter económico sin ánimo de lucro, en ambos casos, con mayor implantación en el ámbito territorial de la junta arbitral. Actúan con la debida independencia e imparcialidad y no pueden mantener con las partes relación personal, profesional o comercial.

El procedimiento arbitral se rige por los principios de gratuidad, voluntariedad, igualdad entre las partes, audiencia, contradicción, ausencia de formalismos, normalización y accesibilidad, y se decide en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho.

La solicitud de arbitraje es realizada por la persona con discapacidad, directamente o a través de las organizaciones representativas con mayor implantación en el ámbito territorial, ante la junta arbitral. La presidencia de la junta arbitral resuelve sobre su admisión a trámite sin que quepa recurso alguno contra esta resolución.

Admitida a trámite la solicitud se comprueba la existencia de oferta pública de sometimiento por parte de la persona reclamada y del correspondiente convenio arbitral. Si hay convenio arbitral se acuerda el inicio del procedimiento y si no lo hay, se notifica la solicitud de arbitraje a la persona reclamada, dándole un plazo de diez días hábiles desde el siguiente a la notificación para la aceptación de la solicitud de arbitraje. Si la persona reclamada rechaza o no contesta aceptando la invitación al arbitraje se ordena el archivo de la solicitud. Si la persona reclamada contesta aceptando la invitación al arbitraje, el presidente de la junta arbitral acuerda el inicio del procedimiento arbitral.

Una vez dictada la resolución de inicio del procedimiento, la presidencia de la junta arbitral designa el colegio arbitral que conocerá del asunto. El colegio arbitral remite a la persona reclamada la documentación presentada por la persona reclamante y señala un plazo máximo de quince días para que presente

las alegaciones, aporte la documentación y proponga las pruebas que considere convenientes.

El colegio arbitral convoca, si se estima necesario, a una audiencia presencial o, en otro caso, concede un plazo que no excederá de quince días a ambas partes para formular alegaciones. En el caso de que el colegio arbitral no hubiera acordado una audiencia presencial y fuera necesaria una segunda fase de alegaciones, podrá acordarse que estas se realicen en un plazo no superior a siete días.

Si, una vez iniciado el procedimiento arbitral, las partes llegan a un acuerdo que resuelva la controversia, se incorporará a un laudo en los términos convenidos y siempre que no haya motivos de oposición.

El colegio arbitral decide acerca de la aceptación o rechazo de las pruebas propuestas por las partes, así como la práctica de otras que resulten convenientes. Cada parte costeará la prueba que hubiera propuesto.

El laudo arbitral, o cualquier acuerdo o resolución diferentes a la ordenación, impulso o tramitación del procedimiento, se adoptarán por mayoría. Si no existiera acuerdo de la mayoría sobre el alcance de la estimación de la pretensión, decidirá la presidencia.

El plazo para dictar un laudo no será superior a cuatro meses desde el día siguiente a la resolución de la presidencia de la junta arbitral acordando el inicio del procedimiento.

De los arbitrajes en que la cuantía de la pretensión sea inferior a tres mil euros, conocerá un solo árbitro, designado por las Administraciones públicas entre el personal a su servicio incluido en la lista de personal arbitral acreditado y que asumirá las facultades que en este real decreto se asignan al presidente/a del colegio arbitral.

El sistema de arbitraje diseñado para la discapacidad es muy similar al establecido en materia de consumo previsto en los artículos 57 y 58 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y regulado por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que regula el Sistema Arbitral de Consumo.

Para Fernando Pindado, la institución del arbitraje brinda una opción rápida y sencilla que permite prevenir una situación real o potencialmente discriminatoria referida a la implantación de aquellas condiciones o adaptaciones

mediante las que se va a prevenir o subsanar una situación discriminatoria, siempre y cuando estas no afecten al contenido esencial de un derecho[41]. En su opinión, el arbitraje no afecta al núcleo esencial del derecho a la igualdad de oportunidades, sino que facilita su disfrute. Esta visión amplia de los derechos que son objeto de protección abre un amplio abanico a la actividad del arbitraje, pudiendo las partes someter la controversia a la intervención de un tercero (el personal arbitral). El arbitraje intervendría cuando resultan insuficientes los tres elementos del "eje de la accesibilidad", representado por el diseño universal, las medidas de accesibilidad y los ajustes razonables.

## 7. El acceso a la justicia

Además de las vías explicadas en los apartados anteriores, los actos de las vulneraciones de la accesibilidad pueden denunciarse en vía judicial. En este contexto hay que tener en cuenta, en primer lugar, que las personas con discapacidad han venido enfrentado barreras en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia. Y, en segundo lugar, que en esta vía judicial la persona tiene que contar con asistencia letrada y puede haber otros costes asociados (honorarios de personas que actúan como peritos, notificaciones judiciales, copias, documentos, etc.), por lo que adquiere importancia la asistencia jurídica gratuita[42].

### 7.1. Tutela judicial efectiva y acceso a la justicia

La Convención recoge en el artículo 13 el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. El apartado 1 de este precepto establece:

> los Estados parte asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

Su apartado 2 incluye, además, la obligación de promover "la capacitación adecuada de los que trabajan en la Administración de Justicia, incluido el personal

[41] Pindado García, F. (2020). El arbitraje como medio de solución de conflictos sobre discapacidad. *Anales de Derecho y Discapacidad,(5).* Fundación Derecho y Discapacidad y CERMI.

[42] Barranco Avilés, M.C. (2021). Acceso a la justicia, en A. Vázquez Encalada (Ed.), *Manual sobre justicia y personas con discapacidad* (pp. 117-151). Suprema Corte de Justicia de la Nación.

policial y penitenciario". De este modo, este precepto exige la eliminación de todas las barreras, incluidas las procedimentales y actitudinales, que las personas con discapacidad enfrentan en el acceso a la justicia.

Por su parte, la Observación general núm. 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014) referida al Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, en su apartado *IV. Relación con otras disposiciones de la Convención*, remarca la estrecha vinculación entre ambos artículos ya que el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica pasa por reconocer la personalidad jurídica con la misma capacidad ante las cortes de justicia y los tribunales. En el mismo sentido se pronuncia la Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación (CRPD/C/GC/6, 26 de abril de 2018) cuando a la hora de diferenciar entre las expresiones "igual protección legal" y "beneficiarse de la ley en igual medida" indica que dentro de esta última ha de incluirse la obligación de los Estados partes de "eliminar las barreras que obstaculizan el acceso a todos los tipos de protección de la ley y a los beneficios de la igualdad de acceso a la ley y la justicia para hacer valer sus derechos"[43].

El acceso a la justicia constituye una dimensión del debido proceso. Como es sabido, la expresión debido proceso no tiene un significado unívoco[44]. Se trata de una expresión general con la que se intenta dar cuenta de aquellos rasgos que deben ser respetados en todos y cada uno de los procesos y que en ocasiones se ha concretado en el derecho a la tutela judicial efectiva[45]. Se trata de un derecho fundamental para la protección y efectividad del resto de los derechos fundamentales[46].

Son componentes del debido proceso: el derecho de acción o de acceso a la jurisdicción, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el derecho a un proceso público, la presunción de inocencia, el derecho a ser informado/a de la acusación, el derecho a la intervención del/a intérprete, el sometimiento del juzgador/a al derecho, la independencia del juzgador/a, la imparcialidad del juzgador/a, el derecho a la firmeza de las decisiones (cosa juzgada), el derecho al *non bis in idem*, el derecho a la ejecución de la sentencia, el derecho

[43] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2017). Observación general núm. 6 (2018) *sobre el derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida, CRPD/C/GC/6 (26 de abril de 2018)*. Naciones Unidas.

[44] Sobre las distintas denominaciones del proceso debido. Vid. Bustamante Alarcón, R. (2001). *Derechos fundamentales y proceso justo.* Ara. (pp. 182 y ss.).

[45] Sin embargo, también se diferencia entre debido proceso y derecho a la tutela judicial efectiva. Vid. por ejemplo Bustamante Alarcón, R. cit. (p. 185).

[46] Vid. Bandrés Sánchez-Cruzat, J. M. (1992). *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*. Aranzadi. (pp. 93 y ss.).

al juez/a natural, la exigencia de motivación suficiente, la prohibición de indefensión, el derecho a la prueba, el derecho a todas las garantías, el derecho a la asistencia letrada, el derecho a no declarar contra sí mismo/a, el derecho a no confesarse culpable, el derecho a los recursos y el derecho a una motivación completa.

De esta forma, el derecho de acceso a la justicia forma parte del derecho al debido proceso o, si se prefiere, del derecho a la jurisdicción, entendido como "un derecho de carácter instrumental que permite la defensa jurídica de todos los derechos mediante un proceso garantizado y decidido por un órgano jurisdiccional, en virtud del cual es posible exigir la prestación jurisdiccional en un proceso mediante las alegaciones y pruebas pertinentes según las pretensiones deducidas para la aplicación coercitiva e imparcial de la ley al caso concreto"[47].

El acceso a la justicia implica el acceso a un proceso debido, por lo que presume, en definitiva, todos y cada uno de los componentes de este y en especial, el derecho a la acción y el derecho a la defensa. El derecho a la acción es el derecho a poner en marcha la actividad jurisdiccional[48], constituyendo una garantía de la legalidad. Implica la posibilidad de iniciar una controversia, de demandar una respuesta al derecho, en aquellos casos en los que se considere que este se ha incumplido o que debe pronunciarse. El derecho a la defensa es el derecho a no sufrir indefensión. Implica la existencia de un debate contradictorio entendido como "oportunidad de alegar y probar sus derechos e intereses dentro de un proceso en el que se respeten los principios de bilateralidad e igualdad de armas procesales"[49]. Incorpora así el derecho a ser oído por el tribunal, la igualdad de armas (igualdad de oportunidades procesales), el derecho a la prueba (a proponer, a que sean admitidos los medios propuestos salvo inadmisión motivada, a practicar la prueba admitida) y el derecho a intérprete (básico para la comprensión del proceso y para la garantía de los derechos).

Todas estas dimensiones poseen una especial relevancia cuando se proyectan en las personas con discapacidad.

---

[47] Almagro Nosete, J. (1978). Poder judicial y Tribunal de Garantías en la Nueva Constitución en T. Ramón Fernández (Coord.), *Lecturas sobre la Constitución española (Vol.* 1, p. 302). Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia.

[48] Vid. Garberí Llobregat, J. (2008). *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Bosch. (p. 12 y ss.).

[49] Vid. en España, en este sentido, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional114/2000, de 5 de mayo; 19/2002, de 28 de enero; 222/2002, de 25 de noviembre; y 248/2004, de 20 de diciembre.

En 2020, tres órganos de Naciones Unidas, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante el Comité), la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Enviada Especial del Secretario General sobre Discapacidad y Accesibilidad, han elaborado los *Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad*. Estos principios y directrices son los siguientes:

Principio 1: Todas las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica y, por tanto, a nadie se le negará el acceso a la justicia por motivos de discapacidad.

Principio 2: Las instalaciones y servicios deben ser universalmente accesibles para garantizar el acceso igualitario a la justicia sin discriminación de las personas con discapacidad.

Principio 3: Las personas con discapacidad, incluidos los niños con discapacidad, tienen derecho a los ajustes de procedimiento adecuados.

Principio 4: Las personas con discapacidad tienen derecho a acceder a avisos e información legales de manera oportuna y accesible en igualdad de condiciones con los demás.

Principio 5: Las personas con discapacidad tienen derecho a todas las salvaguardias sustantivas y procesales reconocidas en el Derecho internacional en igualdad de condiciones con las demás, y los Estados deben proporcionar los ajustes necesarios para garantizar el debido proceso.

Principio 6: Las personas con discapacidad tienen derecho a asistencia jurídica gratuita o asequible.

Principio 7: Las personas con discapacidad tienen derecho a participar en la Administración de Justicia en pie de igualdad con las demás.

Principio 8: Las personas con discapacidad tienen derecho a presentar denuncias e iniciar procedimientos judiciales sobre violaciones y delitos de derechos humanos, a que se investiguen sus denuncias y se les proporcionen recursos efectivos.

Principio 9: Los mecanismos de seguimiento eficaces y sólidos desempeñan un papel fundamental en el apoyo al acceso a la justicia de las personas con discapacidad.

Principio 10: Todos los que trabajan en el sistema judicial deben recibir programas de sensibilización y formación que aborden los derechos de las personas con discapacidad, en particular en el contexto del acceso a la justicia.

En la construcción del acceso a la justicia, poseen una importancia fundamental los ajustes de procedimiento[50] mencionados en el artículo 13 de la Convención. Su alcance se proyecta sobre cualquier persona que se enfrente a barreras en el acceso al debido proceso, y constituyen así verdaderas garantías procesales. En este sentido, poseen una larga tradición y presencia normativa. Así, por ejemplo, en el ámbito español están presentes en la Constitución, cuando en su artículo 17.3, al referirse a los derechos que tiene toda persona al ser detenida señala: "Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención ".

También están presentes en el artículo 118.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, referido al derecho de defensa de toda persona, cuando alude al derecho a ser informado/a de los hechos que se le atribuyan o también al derecho a la traducción e interpretación gratuitas, especificando:

> La información a que se refiere este apartado se facilitará en un lenguaje comprensible y que resulte accesible. A estos efectos se adaptará la información a la edad del destinatario, su grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una modificación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita.

El artículo 123 de esta ley se refiere a los derechos de traducción e interpretación de personas imputadas y acusadas, estableciendo específicamente en su punto 6, respecto a la lengua de signos:

> Las interpretaciones orales o en lengua de signos, con excepción de las previstas en la letra b) del apartado 1 —conversaciones entre imputado y su abogado—, podrán ser documentadas mediante la grabación audiovisual de la manifestación original y de la interpretación. En los casos de traducción oral o en lengua de signos del contenido de un documento, se unirá al acta copia del documento traducido y la grabación audiovisual de la traducción. Si no se dispusiera de equipos de grabación, o no se estimare conveniente ni necesario, la traducción o interpretación y, en su caso, la declaración original, se documentarán por escrito.[51].

---

[50] De Araoz, I. (2018). *Acceso a la Justicia: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual y del desarrollo.* Plena Inclusión España. (p. 72).

[51] Por otro lado, al regular las declaraciones de los procesados, el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone: "Si el procesado no supiere el idioma español o fuere sordomudo, se observará lo dispuesto en los artículos 440, 441 y 442". Los artículos 440, 441 y 442, se refieren a los testigos/as. Así, el 440, señala: "Si el testigo no entendiere o no hablare el idioma español, se nombrará un intérprete, que prestará a su presencia juramento de conducirse bien y fielmente en el desempeño de su cargo ". El artículo 441 afirma:
"El intérprete será elegido entre los que tengan título de tales, si los hubiere en el pueblo. En su defecto será nombrado un maestro del correspondiente idioma, y si tampoco lo hubiere, cualquier persona que lo sepa. Si ni aun de esta manera pudiera obtenerse la traducción, y las revelaciones que se esperasen del testigo fueren

En la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (que supone la incorporación a legislación española de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos), encontramos también ejemplos de ajustes de procedimiento con un sentido prácticamente idéntico al señalado. Así, en el Título Primero de esta ley se reconocen una serie de derechos extraprocesales a la víctima, entre los que destacan el derecho a entender y ser entendida (artículo 4)[52]; el derecho a la información adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y, por tanto, en un lenguaje que comprenda (artículos 5 y 7); el derecho a la traducción e interpretación, con especial referencia a las personas con limitaciones auditivas, etc.

Los ajustes de procedimiento aparecen también en el artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

> 1. En los procesos en los que participen personas con discapacidad, se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad.
>
> Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno.

importantes, se redactará el pliego de preguntas que hayan de dirigírsele, y se remitirá a la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Estado para que, con preferencia a todo otro trabajo, sean traducidas al idioma que hable el testigo. El interrogatorio ya traducido se entregará al testigo para que, a presencia del Juez, se entere de su contenido y se redacte por escrito en su idioma las oportunas contestaciones, las cuales se remitirán del mismo modo que las preguntas a la Interpretación de Lenguas. Estas diligencias las practicarán los Jueces con la mayor actividad".
Y el artículo 442: "Si el testigo fuere sordo, se nombrará un intérprete de lengua de signos adecuado, por cuyo conducto se le harán las preguntas y se recibirán sus contestaciones. El nombrado prestará juramento a presencia del sordo antes de comenzar a desempeñar el cargo".

52 "Toda víctima tiene el derecho a entender y ser entendida en cualquier actuación que deba llevarse a cabo desde la interposición de una denuncia y durante el proceso penal, incluida la información previa a la interposición de una denuncia. A tal fin: a) Todas las comunicaciones con las víctimas, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y, especialmente, las necesidades de las personas con discapacidad sensorial, intelectual o mental o su minoría de edad. Si la víctima fuera menor o tuviera la capacidad judicialmente modificada, las comunicaciones se harán a su representante o a la persona que le asista. b) Se facilitará a la víctima, desde su primer contacto con las autoridades o con las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender ante ellas, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. c) La víctima podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios".

2. Las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo. A tal fin:

a) Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

b) Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

c) Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.

d) La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.

## 7.2. El coste de la justicia: la asistencia jurídica gratuita

En el Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad (A/70/297, 7 de agosto de 2015)[53] se señala que las personas con discapacidad se ven más expuestas a la pobreza en términos generales, siendo sus ingresos más bajos que los de la población general tanto en países en desarrollo como en los desarrollados. El difícil acceso al mercado de trabajo va unido a que, de poseer trabajo, se obtenga en el mercado informal lo que genera, a su vez, salarios bajos y falta de cobertura en los regímenes de seguridad social. Pero entre las causas que explican la exclusión social y la pobreza de las personas con discapacidad están también la discriminación y el estigma, la desigualdad de oportunidades y las barreras físicas y actitudinales. La falta de educación, en concreto, tiene importantes repercusiones sobre la pobreza en la edad adulta. Además, los programas de reducción de la pobreza no incluyen de manera adecuada a las personas con discapacidad ni responden a sus necesidades específicas.

[53] (2015). Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Derechos de las personas con discapacidad. Nota del Secretario General.* (A/70/297, 7 de agosto de 2015). https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10406.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2016/10406

No ha de perderse de vista que la discapacidad implica gastos cotidianos comunes que no tienen las personas sin discapacidad, tanto para la propia persona como para la familia a la hora de adquirir bienes y servicios (atención sanitaria, transporte, ayudas técnicas, asistencia personal y adaptación de la vivienda). Es importante resaltar que muchos de estos gastos adicionales están relacionados directamente con la falta de accesibilidad[54] y pueden llegar a representar el 50 % de los ingresos de una persona con discapacidad.

El Informe FOESSA de 2022 señala la discapacidad como una variable que duplica las posibilidades de que un hogar caiga en exclusión social y como un condicionante que limita las posibilidades de participación de las personas en los programas de inclusión activa, lo cual afecta a las probabilidades para superar el desempleo. La pandemia por Covid19 ha provocado que se agudizara la falta de atención a necesidades en algunos campos y que con posterioridad no se recuperaran muchos de los servicios y prestaciones sociales que se venían ofreciendo[55].

Todo ello incide de forma directa en el acceso a la tutela judicial efectiva por parte de las personas con discapacidad.

### 7.2.1. Tutela judicial efectiva y asistencia jurídica gratuita

La Asamblea General de Naciones Unidas al entender que el acceso a la justicia[56] es uno de los pilares esenciales del Estado de derecho aprobó en 2012 el documento denominado *Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Asistencia Jurídica en los Sistemas de Justicia Penal*[57] (resolución 67/187) que fija unas normas mínimas para el derecho a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal y ofrecen orientación práctica sobre el modo de garantizar el acceso a servicios eficaces de asistencia letrada en materia penal.

El Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa en su artículo 6.3.c ampara la posibilidad

---

[54] (2015). Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Derechos de las personas con discapacidad. Nota del Secretario General.* (A/70/297, 7 de agosto de 2015). https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10406.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2016/10406
Párrafo 29: "Por otro lado, las personas con discapacidad a veces pagan precios más elevados por acceder a los mismos bienes y servicios que las demás personas (por ejemplo, seguros médicos y de vida privados, si están disponibles) y consumen mayores cantidades de determinados bienes y servicios no especializados, incurriendo en un gasto adicional considerable, por ejemplo en alimentos, calefacción, cuidado personal, lavandería, teléfono y servicios de Internet". Párrafo 30: "un mayor empleo de taxis por la falta de accesibilidad del transporte público o cuestiones básicas como la ropa y el vestido que implica adquirirlos en la cercanía por la imposibilidad de desplazarse y hacer uso de posibles descuentos".

[55] Fundación FOESSA. (2022). Evolución de la cohesión social y consecuencias de la COVID-19 en España. Madrid.

[56] Portal de acceso a la justicia de Naciones Unidas https://www.undp.org/es/taxonomy/term/7451.

[57] Naciones Unidas. (2013). Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal. Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito.

de que un acusado pueda "defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan". En el mismo sentido se expresa la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 47[58], en particular señala que "se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia".

Como venimos reiterando, la Constitución española en el artículo 24 reconoce el derecho a la tutela judicial y el artículo 119 indica que, "la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar". Interesa en este punto abordar si la asistencia jurídica gratuita entra dentro del marco de la tutela judicial efectiva, toda vez que se ha de garantizar la defensa y asistencia de letrado.

El Tribunal Constitucional en diversas sentencias[59] acota y determina el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, que se podría simplificar en los términos siguientes: acceso a la jurisdicción (que implica: dirigirse al órgano judicial competente; admisión de cualquier tipo de pretensión —independiente de que prospere o no—; y el "costo de los procesos no puede ser un obstáculo"); derecho a obtener una sentencia que ponga fin al litigio suscitado en la instancia adecuada[60]; derecho al cumplimiento de la sentencia[61]; y el derecho a entablar los recursos legales[62].

Por tanto, la asistencia jurídica gratuita es un componente esencial de la tutela judicial de tal modo que esta no se vería cumplida si aquella no se garantizara adecuadamente.

### 7.2.2. Asistencia jurídica gratuita y personas con discapacidad

El marco diseñado por los *Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad*, indica en su Principio 6, que las personas con discapacidad tienen derecho a asistencia jurídica gratuita

[58] European Justice. Asistencia jurídica gratuita. https://e-justice.europa.eu/37129/ES/legal_aid (Actualizada a 11/5/2022)
V. Normativa europea e internacional relativa al derecho a asistencia jurídica gratuita (Diciembre de 2014) https://www.justiceinitiative.org/uploads/f898b369-4ec7-4414-abb7-8ed4cbc2bed2/Normativa%20europea%20e%20internacional%20relativa%20al%20derecho%20a%20asistencia%20jur%C3%ADdica%20gratuita_OSJI_Spanish_2.pdf. Incluye jurisprudencia del TEDH sobre asistencia jurídica gratuita

[59] STC 89/1985, STC 99/1985, STC 37/1995, STC 223/2001, STC 73/2004, STC 237/2005, STC 119/2008, STC 29/2010.

[60] SSTC 144/2003, 290/2006, 24/2010

[61] Artículos 117.3 y 118 CE y SSTC 224/2004, 282/2006, 20/2010

[62] SSTC 37/1993, 111/2000, 21/2002, 59/2003

o a un precio asequible[63]. En el mismo sentido se pronuncia el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos dedicado al *Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención*

[63] El Principio 6 se sustancia en las siguientes directrices:
"6.1 A fin de garantizar el derecho a un juicio justo, los Estados proporcionarán asistencia jurídica gratuita o a un precio asequible a los niños y las niñas con discapacidad en todos los casos, y a todas las demás personas con discapacidad en todos los procesos y procedimientos legales relacionados con violaciones de los derechos humanos o las libertades fundamentales, o que puedan afectar negativamente a esos derechos o libertades, en particular los derechos a la vida, la libertad, la integridad personal, la propiedad, la vivienda adecuada, la autonomía en la toma de decisiones y la integridad familiar. La asistencia jurídica debe ser competente y estar disponible de manera oportuna para que las personas con discapacidad puedan participar en igualdad de condiciones con las demás en cualquier procedimiento legal.
6.2 A tal fin, los Estados deberán:
(a) Promulgar y aplicar leyes, normativas, políticas, directrices y prácticas que otorguen el derecho a la asistencia jurídica en todos los procedimientos judiciales y cuasijudiciales, con independencia del papel de las personas con discapacidad en el proceso o de las posibles consecuencias o resultados;
(b) Crear, financiar y aplicar programas de asistencia jurídica para proporcionar representación jurídica gratuita a las personas que no pueden permitirse contratarla, incluidas las personas con discapacidad, como mínimo en cuestiones relativas a:
(i) Pérdida de la vida o la libertad, incluso por encarcelamiento, detención, internamiento en institución, tratamiento médico forzoso o involuntario (por ejemplo, esterilización) u hospitalización involuntaria; pérdida de la capacidad jurídica (por ejemplo, mediante la tutela); o pérdida de la integridad familiar mediante la retirada de los derechos parentales o de custodia;
(ii) Pérdida de vivienda, alojamiento o propiedad;
(iii) Cualquier otra situación, como cualquier asunto penal que no entrañe riesgo de encarcelamiento, reclamaciones menores y causas civiles, en que una persona con discapacidad pueda encontrarse en situación de desventaja para comunicarse, comprender o hacerse entender durante el proceso;
(c) Asegurar, además de las cuestiones enumeradas en el apartado b) de la directriz 6.2, que las personas con discapacidad dispongan de asistencia jurídica gratuita en condiciones que no sean menos favorables que las de las personas sin discapacidad y, como mínimo, siempre que sea necesario, de manera individualizada, como ajuste de procedimiento;
(d) Asegurar, además de la asistencia jurídica, el acceso a asesoramiento jurídico mediante, por ejemplo, servicios por teléfono o a través de un portal digital, servicios parajurídicos y servicios de ayuda jurídica en línea, utilizando tecnología de asistencia si es necesario;
(e) Derogar o enmendar toda ley, normativa, política, directriz o práctica que restrinja la capacidad jurídica de las personas con discapacidad para contratar e instruir a un abogado;
(f) Asegurar la facilidad de acceso a la asistencia jurídica, eliminando todas las barreras administrativas, de comunicación y físicas que lo obstaculicen;
(g) Asegurar que los servicios especializados para las víctimas (por ejemplo, las unidades dedicadas a la violencia de género) sean igualmente accesibles para las personas con discapacidad;
(h) Poner ajustes de procedimiento, como intérpretes, tecnología de asistencia
e intermediarios y facilitadores, o los recursos necesarios para obtener estos ajustes, a disposición de los abogados para apoyar su comunicación efectiva con los clientes, los testigos y otras personas con discapacidad en el desempeño de sus obligaciones profesionales;
(i) Enmendar, cuando sea necesario, las normas éticas y de otro tipo aplicables a los abogados para exigirles que respeten y defiendan la voluntad y las preferencias de sus
clientes con discapacidad y que sigan sus instrucciones expresas; toda ley, normativa, política, directriz o práctica que estipule lo contrario deberá ser derogada o enmendada;
(j) Derogar o enmendar cualquier ley, normativa, política, directriz y práctica que imponga la sustitución en la adopción de decisiones en los procedimientos legales, incluidas las que permitan el nombramiento de encargados de adoptar decisiones en contra de la voluntad de las personas con discapacidad (por ejemplo, tutores ad litem, amigos próximos y arreglos similares), o que imponga decisiones adoptadas sobre la base del «interés superior» de las personas afectadas, en lugar de basadas en su propia voluntad y preferencias;
(k) Proporcionar asistencia y apoyo jurídicos gratuitos a todas las personas con discapacidad que hayan sido víctimas de violencia, en particular a las mujeres y niñas con discapacidad, incluido el apoyo profesional a las víctimas, el asesoramiento sobre los derechos jurídicos, y la asistencia para la denuncia de delitos y el inicio de procedimientos legales.

*sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (A/HRC/37/25, 27 de diciembre de 2017)[64]:

> 40. La falta de asistencia jurídica gratuita es una de las barreras más frecuentes a la igualdad de medios procesales y al acceso a la justicia en igualdad de condiciones, en especial para las personas con discapacidad, que están sobrerrepresentadas entre la población pobre a nivel mundial y tienen dificultades para costearse el asesoramiento jurídico y la representación letrada.
>
> 41. El Comité ha expresado su preocupación por la falta de asistencia jurídica gratuita para las personas con discapacidad, en particular para las que viven en instituciones y las mujeres y niñas con discapacidad que son objeto de violencia o abusos. En algunos países donde se han establecido servicios de asistencia jurídica, estos carecen en la práctica de los recursos necesarios; no funcionan de manera independiente; resultan inaccesibles para las personas con discapacidad o carecen de conocimientos y experiencia suficientes sobre los derechos de las personas con discapacidad.
>
> 63. ( ) Los Estados también deberían aplicar leyes y políticas que garanticen la accesibilidad de la información necesaria para tutelar los derechos de las personas con discapacidad y la asistencia jurídica gratuita o asequible a esas personas en todas las esferas del derecho".

Por su parte, el *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad* (A/HRC/40/54, 11 de enero de 2019)[65], ya había insistido en que "las personas con discapacidad deben poder acceder a la justicia en igualdad de condiciones con las demás para impugnar toda privación de libertad. Para ello, los Estados deben asegurar el acceso de las personas con discapacidad a ajustes de procedimiento y adecuados a la edad y al género, lo que incluye apoyo para la adopción de decisiones, en todos los procedimientos judiciales antes, durante y después del juicio. Los Estados deben también promover la capacitación adecuada de las personas que trabajan en la Administración de Justicia" (p.18).

En el ámbito europeo, cada Estado ha procedido a regular de diferente forma este derecho de manera que se pueden encontrar marcos legales diversos en lo que afecta a las personas con discapacidad. Así por ejemplo, en Croacia se

[64] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2017). Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (A/HRC/37/25, 27 de diciembre de 2017).

[65] (2019). Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad. Nota del Secretario General. (A/HRC/40/54, 11 de enero de 2019). (Último acceso 22 de marzo de 2023). https://bettercarenetwork.org/sites/default/files/Special%20Rapporteur%20Report%20in%20Spanish.pdf

concede la totalidad de la asistencia jurídica gratuita si la persona solicitante es la beneficiaria de una prestación de alimentos, de conformidad con las normas específicas que rigen el ejercicio de los derechos conferidos por el sistema de protección social o de una pensión de subsistencia en virtud de la Ley de los Derechos de los veteranos de la guerra croata de independencia y los miembros de su familia, así como de la Ley de Protección de los discapacitados militares y civiles de la guerra, o si los ingresos totales de la persona solicitante y de los miembros de su hogar son iguales o inferiores al 50 % del importe mensual de la base imponible mensual de cada miembro del hogar.

En Inglaterra y Gales, entre los supuestos en los que está disponible la asistencia jurídica gratuita que se establecen en la parte 1 del anexo 1 de la Ley de Asistencia jurídica gratuita, condena y pena de delincuentes (Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act) de 2012, se menciona "la negligencia médica, cuando un menor sufra una lesión neurológica que le provoque una discapacidad grave durante el embarazo, el parto o el período posnatal". Por su parte en Rumanía, se concede independientemente de la situación económica de la persona solicitante, si una ley especial otorga el derecho a asistencia jurídica gratuita como medida de protección en función de una discapacidad. En este caso, la asistencia jurídica gratuita se concede al margen de los criterios de renta; se concede únicamente para la tutela o el reconocimiento de los derechos o intereses resultantes de la situación especial que justifican el reconocimiento, por ley, del derecho a asistencia jurídica gratuita, o ligados a dicha situación especial[66].

En España la asistencia jurídica gratuita se reguló a través de la Ley 1/1996, de 10 de enero[67], (texto consolidado el 6 de septiembre de 2022). Ha de tenerse, además, en cuenta el Real Decreto 586/2022, de 19 de julio, por el que se modifica el Reglamento de asistencia jurídica gratuita, aprobado por el Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo.

La Ley en su artículo 1 referido al objeto de la misma establece que:

> Las disposiciones de esta ley serán de aplicación general en todo tipo de procesos judiciales, incluidos los recursos de amparo constitucional, la vía administrativa previa

[66] Se ha consultado el Portal Europeo de e-Justicia https://e-justice.europa.eu/home?action=home y en lo referente a justicia gratuita sobre personas con discapacidad se han encontrado los datos sobre los países mencionados. https://e-justice.europa.eu/37129/ES/legal_aid?FINLAND&member=1 (Último acceso 22 de marzo de 2023)

[67] Se pueden ver las sucesivas modificaciones en https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-750 (último acceso 22 de marzo de 2023).

cuando así se establezca en la legislación específica, así como el asesoramiento previo al proceso contemplado en el apartado 1 del artículo 6.

En la aplicación de esta Ley deberán tomarse en consideración las necesidades específicas de las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

En particular, en el artículo 2 al determinar el ámbito personal de aplicación, en lo que se refiere a las personas con discapacidad, se determina que:

h) Con independencia de la existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita, que se les prestará de inmediato, a ( ) las personas con discapacidad necesitadas de especial protección cuando sean víctimas de delitos de homicidio, de lesiones de los artículos 149 y 150, en el delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2, en los delitos contra la libertad, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y en los delitos de trata de seres humanos.

Por otra parte, el artículo 5, al regular el Reconocimiento excepcional del derecho, abre la puerta a que "la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita ante la que se presente la solicitud podrá conceder excepcionalmente, mediante resolución motivada, el reconocimiento del derecho a las personas cuyos recursos e ingresos, aun superando los límites previstos en el artículo 3, no excedan del quíntuplo del indicador público de renta de efectos múltiples[68], teniendo en cuenta además la carencia de patrimonio suficiente" (artículo 5.1.), añadiendo en el apartado 2 que se podrá reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita ( ) a las personas con discapacidad señaladas en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 4 relativo a los Titulares del derecho del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (texto consolidado a 1 de abril de 2022), "así como a las personas que los tengan a su cargo cuando actúen en un proceso en su nombre e interés, siempre que se trate de procedimientos que guarden relación con las circunstancias de salud o discapacidad que motivan este reconocimiento excepcional", "en tales casos, la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita correspondiente determinará expresamente qué prestaciones de las contempladas en el artículo 6 son de aplicación al solicitante".

Las prestaciones que comprende el derecho a la asistencia jurídica gratuita están establecidas en el artículo 6 de la Ley 1/1996 y son: a) el asesoramiento y orientación gratuitos previos; b) asistencia de abogado/a al detenido, preso o

[68] Valor oficial IPREM 2022, mensual: 579,02€ y anual 14 pagas: 8 106,28€.

imputado que no lo hubiera designado para diligencias policiales; c) defensa y representación gratuitas por abogado/a y procurador/a en el procedimiento judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva o cuando, no siéndolo, su intervención sea expresamente requerida o acordada por el juzgado o tribunal; d) inserción gratuita de anuncios o edictos, en el curso del proceso, que preceptivamente deban publicarse en periódicos oficiales; e) exención del pago de tasas judiciales, así como del pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos; f) asistencia pericial gratuita en el proceso a cargo del personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales, o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones públicas (el juez o tribunal podrá acordar en resolución motivada que la asistencia pericial especializada gratuita se lleve a cabo por profesionales técnicos privados cuando deba prestarse a menores y personas con discapacidad psíquica que sean víctimas de abuso o maltrato, atendidas las circunstancias del caso y el interés superior del menor o de la persona con discapacidad, pudiendo prestarse de forma inmediata); g) obtención gratuita de copias, testimonios, instrumentos y actas notariales; h) reducción del 80 por 100 de los derechos arancelarios en relación con determinados documentos.

Este artículo 6, dedicado al contenido material del derecho, hace dos consideraciones específicas en los apartados 1 y 6 respectivamente, indicando que "las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, en los términos establecidos en la letra g) del artículo 2[69], la asistencia jurídica gratuita comprenderá asesoramiento y orientación gratuitos en el momento inmediatamente previo a la interposición de denuncia o querella", referido a materia concursal. Por su parte el apartado 6, en materia de asistencia pericial, establece que

> El Juez o Tribunal podrá acordar en resolución motivada que la asistencia pericial especializada gratuita se lleve a cabo por profesionales técnicos privados cuando deba prestarse a menores y personas con discapacidad psíquica que sean víctimas de abuso o maltrato, atendidas las circunstancias del caso y el interés superior del menor o de la persona con discapacidad, pudiendo prestarse de forma inmediata.

En el Capítulo III, dedicado a la organización de los servicios de asistencia letrada, defensa y representación gratuitas de los Colegios de Abogados, en el

[69] La asistencia jurídica gratuita 1/1996, de 10 de enero (texto consolidado el 6 de septiembre de 2022): 2.g) En el ámbito concursal, se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita, para todos los trámites del procedimiento especial, a los deudores personas naturales que tengan la consideración de microempresa en los términos establecidos en el texto refundido de la Ley Concursal, a los que resulte de aplicación el procedimiento especial previsto en su libro tercero, siempre que acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

artículo 24 se les insta, salvo aquellos en los que por la reducida dimensión de la actividad no sea necesario, a contar

> con un turno de guardia permanente para la prestación del servicio de asistencia letrada al detenido y otro para la prestación de los servicios de asesoramiento previo y de asistencia letrada para ( ) personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental que sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato.

Esta es una cuestión importante pues de realizarse sería de especial importancia para la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Para finalizar la exposición sobre el contenido de la ley en materia de discapacidad ha de considerarse lo expuesto en la Disposición adicional segunda, en la que "se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita, sin necesidad de acreditar insuficiencia de recursos para litigar, a las asociaciones de utilidad pública que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad" señaladas en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 4 relativo a los Titulares del derecho del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre[70].

En el Real Decreto 586/2022, de 19 de julio, por el que se modifica el Reglamento de asistencia jurídica gratuita, aprobado por el Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo, en su artículo único, apartado dos se introduce una modificación que, a efectos de las personas con discapacidad, introduce las letras e) en el apartado 1, y d) en el apartado 2 del artículo 32, que quedarían redactados en el primer caso para abogados/a y en segundo para procuradores/as del modo siguiente:

> para prestar asistencia jurídica gratuita a ( ) personas con discapacidad necesitadas de especial protección, los profesionales de la Abogacía/Procura no podrán tener antecedentes penales por delitos cometidos, respectivamente, sobre cada una de las clases de víctimas anteriormente enumeradas, salvo que los antecedentes se encuentren cancelados.

En el marco de las obligaciones profesionales que se determinan para abogados/as y procuradores/as se especifica que en el supuesto de

> asistencia a ( ) las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato, la orientación jurídica, defensa y asistencia se asumirán por una misma dirección letrada desde el

[70] Aquí se mencionaba el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

momento en que se requiera, y abarcará todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en alguno de los delitos a los que se refiere este apartado hasta su finalización, incluida la ejecución de sentencia. Este mismo derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima. En estos supuestos la persona profesional de la Abogacía designada de oficio, deberá informar a su defendido que el beneficio de justicia gratuita se perderá tras la firmeza de la sentencia absolutoria, o del sobreseimiento definitivo o provisional por no resultar acreditados los hechos delictivos, sin la obligación de abonar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente hasta ese momento.

El reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita se instará por las personas solicitantes ante el colegio de abogados del lugar en que se halle el juzgado o tribunal que haya de conocer del proceso principal para el que aquel se solicita, o ante el juzgado de su domicilio. En este último caso, el órgano judicial dará traslado de la petición al colegio de abogados territorialmente competente.

La solicitud podrá presentarse por cualquier medio, incluyendo los previstos en la normativa de acceso electrónico de la ciudadanía a los servicios públicos. En la solicitud se indicarán de forma expresa las prestaciones para las que se solicita el reconocimiento del derecho, y se harán constar, acompañando los documentos que reglamentariamente se determinen para su acreditación, los datos que permitan apreciar la situación económica y patrimonial de persona interesada y de las integrantes de su unidad familiar, sus circunstancias personales y familiares, la pretensión que se quiere hacer valer y la parte o partes contrarias en el litigio, si las hubiere.

Un paso importante en la consideración de la asistencia jurídica gratuita para las personas con discapacidad es la Sentencia 86/2022, de 27 de junio, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, que amplía el alcance interpretativo del artículo 2 h) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. La Sentencia trae causa de un recurso de amparo centrado, entre otros motivos, en la denegación del derecho a la asistencia jurídica gratuita para interponer una demanda de responsabilidad civil en reclamación de los daños y perjuicios como consecuencia de una mala praxis médica en la atención dada a una persona menor de edad.

Los antecedentes del recurso serían:

a) El demandante de amparo solicitó el 27 de marzo de 2019 la concesión del derecho a la asistencia jurídica gratuita ante el Colegio de Abogados de Madrid con la finalidad de interponer una demanda

de responsabilidad civil en reclamación de los daños y perjuicios derivados de la mala praxis médica ocasionada por el retraso en el diagnóstico de la malformación arteriovenosa que sufría su hijo y que, a su juicio, le terminó ocasionando un accidente cerebrovascular agudo y graves secuelas.

b) La Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de Madrid, por resolución de 30 de julio de 2019, desestimó el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita al no encontrarse el solicitante dentro del ámbito de aplicación de la referida ley por superar sus ingresos el quíntuplo del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM), conforme al artículo 5 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

c) El demandante de amparo impugnó ante el Juzgado Decano de Madrid la denegación del reconocimiento del derecho a la justicia gratuita con sustento en el artículo 2 h) de la Ley 1/1996, por el que se reconoce el indicado derecho, con independencia de la existencia de recursos para litigar, a quienes acrediten secuelas permanentes que les impidan totalmente la realización de las tareas de su ocupación laboral o profesional habitual y requieran la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, siempre que el objeto del litigio sea la reclamación de indemnización por los daños personales y morales sufridos.

El recurrente afirma que solicita el reconocimiento del derecho a la justicia gratuita con objeto de ejercitar la acción directa del artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro para reclamar las graves e irreversibles secuelas ocasionadas a su hijo menor de edad —al que se le ha reconocido un grado de discapacidad del 87 por 100— ocasionadas, según el demandante de amparo, por el retraso en el diagnóstico y tratamiento del menor y que por ello tiene derecho al reconocimiento de la justicia gratuita solicitada.

d) Por auto de 20 de enero de 2021 del Juzgado de Primera Instancia número 77 de Madrid, se acordó mantener la resolución de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, argumentando en los siguientes términos:

Único. ( ) dicha reclamación no está comprendida en el artículo alegado, ya que el apartado 2 h) se refiere a accidentes de circulación y no a negligencias médicas, por todo ello debe de desestimarse el recurso (sic).

e) El demandante de amparo formuló incidente de nulidad de actuaciones contra el anterior auto. Alegaba que el mismo producía (i) la vulneración del derecho la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 de la Constitución española) y el derecho de defensa (artículo 24.2 de la Constitución española), por haber efectuado una interpretación restrictiva del artículo 2 h) de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, al entender el órgano judicial que el término accidente se refiere a accidente de circulación pese a que el tenor literal del precepto solo recoge «accidente». ( ) A juicio del recurrente, el auto realiza una interpretación restrictiva y arbitraria del término «accidente» toda vez que el artículo 2 h) de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita no contempla la palabra «tráfico» ni «circulación», sino que utiliza genéricamente «accidente».

El Tribunal Constitucional entiende que es una materia de transcendencia constitucional al no existir doctrina por su parte, cuando se trata de una demanda por parte de una persona con discapacidad a la que se ha denegado el beneficio de justicia gratuita a partir de una consideración del término accidente, al que se refiere la ley, que plantea la duda de si alude a un accidente de tráfico o a cualquier accidente. El Ministerio Fiscal considera que en la ley únicamente se habla de «a causa de un accidente» y que, por tanto, no se puede distinguir allí donde la ley no lo hace, como hace el auto, sin una decisión razonada lo que obstaculiza el acceso a la jurisdicción e implica vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva. Y subraya la importancia que para la interpretación de la norma aplicable ha de darse al conjunto de los derechos de las personas con discapacidad. Además, el Ministerio Fiscal solicita que se otorgue el amparo al considerar que el auto de 20 de enero de 2021 dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 77 de Madrid vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución española) en relación con el derecho de acceso a la justicia gratuita (artículo 119 de la Constitución española).

Es importante tener en cuenta la doctrina constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución española) en relación con el derecho a la gratuidad de la justicia (artículo 119), que se recoge en esta Sentencia, a partir del contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional 85/2020, de 20 de julio[71], y que a los efectos se consideran los siguientes apartados:

[71] En la Sentencia del Tribunal Constitucional 85/2020, de 20 de julio, además de los apartados mencionados se añade: c) La interpretación de la normativa reguladora del derecho a la asistencia jurídica gratuita debe venir guiada por la finalidad "de garantizar a todos los ciudadanos, con independencia de cuál sea su situación económica, el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, impidiendo cualquier desequilibrio en la

a) Existe una estrecha vinculación entre el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y la gratuidad de la asistencia jurídica para quienes carecen de suficientes recursos económicos (artículo 119 CE), ya que el artículo 119 CE consagra un derecho constitucional de carácter instrumental respecto (i) del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el artículo 24.1 CE, pues su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar; y (ii) de los derechos a la igualdad de armas procesales y a la asistencia letrada (artículo 24.2 CE),

b) El derecho a la asistencia jurídica gratuita, como concreción de la gratuidad de la asistencia jurídica para quienes carecen de suficientes recursos económicos (artículo 119 CE), es un derecho prestacional y de configuración legal, cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio corresponde delimitarlos, en primera instancia, al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias, si bien tomando en consideración que el inciso segundo del artículo 119 CE establece un contenido constitucional indisponible para el legislador, que obliga a reconocer el derecho a la justicia gratuita necesariamente a quienes acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar.

[...]

d) La relación entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho de acceso a la jurisdicción determina que si se denegara la gratuidad de la justicia a quien cumple los requisitos legalmente previstos y pretende formular sus pretensiones u oponerse a las contrarias en la vía procesal, se estaría quebrantando al propio tiempo su derecho de acceso a la justicia, por lo que es plenamente aplicable el principio *pro actione*, que se opone a toda interpretación de los requisitos de procedibilidad que carezca de motivación o sea arbitraria, irrazonable o incursa en error patente, imponiendo asimismo la prohibición de las decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra causa muestren una palpable desproporción entre los fines que aquellos motivos protegen y los intereses que sacrifican.

efectividad de las garantías procesales garantizadas constitucionalmente en el artículo 24 CE que pudiera provocar indefensión, y, en particular, permitiéndoles disponer de los plazos procesales en su integridad" (así SSTC 141/2011, de 26 de septiembre, FJ 5, o 204/2012, de 12 de noviembre, FJ 5). ( )Por otra parte, la jurisprudencia constitucional (así, SSTC 12/1998, de 15 de enero, FJ 4, o 7/2008, de 21 de enero, FJ 2), también ha incidido en que la denegación del derecho a la asistencia jurídica gratuita por insostenibilidad de la pretensión, conforme al procedimiento legalmente establecido, no supone en sí misma infracción alguna del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que la denegación de dicho derecho tiende, ante todo, a asegurar el esfuerzo social colectivo y solidario que requiere el disfrute de tal derecho reconocido en el artículo 119 de la Constitución española, evitando el ejercicio abusivo o temerario del derecho de acceso a la jurisdicción en defensa de pretensiones manifiestamente abocadas al fracaso.

En la misma sentencia se aclara que el principio *pro actione*

> obliga a los órganos judiciales a aplicar las normas que regulan los requisitos y presupuestos procesales teniendo siempre presente el fin perseguido por el legislador al establecerlos, evitando cualquier exceso formalista que los convierta en obstáculos procesales impeditivos del acceso a la jurisdicción garantizado en el artículo 24 CE.

A partir de estos presupuestos el tribunal entra únicamente a valorar si el auto de 20 de enero de 2021 —cuando examina el primero de los presupuestos para la aplicación del artículo 2 h) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita y considera que el término «accidente» se refiere a los de circulación— ha menoscabado el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción (artículo 24.1 de la Constitución española). Mostrándose de acuerdo con el Ministerio Fiscal al indicar que efectivamente se ha vulnerado el derecho del recurrente a su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución española), en su dimensión del derecho de acceso a la jurisdicción, en relación con el derecho a la gratuidad de la justicia (artículo 119 de la Constitución española).

El tribunal considera que el

> órgano judicial no ha motivado por qué el origen del suceso imprevisto, debe ser la circulación, cuando el precepto no adjetiva el sustantivo «accidente», limitando de este modo "el derecho a la justicia gratuita mediante una interpretación que incurre en una palpable desproporción entre los fines por los que se exceptúa la regla general que toma en consideración los recursos económicos y el interés de acceso a la justicia sacrificado.

Siendo esta obstaculización injustificable lo que impide que se efectúe la tutela de los tribunales ordinarios, razón por la que debe estimarse el recurso de amparo, en el sentido de reconocer "el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución española), en su dimensión del derecho de acceso a la jurisdicción, en relación con el derecho a la gratuidad de la justicia (artículo 119 de la Constitución española)".

## 8. Consideración final

En esta primera parte del estudio hemos descrito el tratamiento de la accesibilidad en nuestro ordenamiento. Como se ha subrayado, este tratamiento se basa en una idea de accesibilidad que puede ser denominada como restringida

o débil. Una idea que circunscribe la accesibilidad a unos ámbitos concretos y que la construye jurídicamente como una obligación.

Esta construcción de la accesibilidad está presente en el recientemente aprobado Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público, si bien también es cierto, que en el mismo aparece ya una conexión de esta exigencia con el mundo del consumo, dando la posibilidad así de abrirse a una construcción de la accesibilidad más amplia.

La accesibilidad en sentido restringido o débil no se desarrolla conforme al enfoque de derechos humanos, y ello a pesar de la posible correlación entre la obligación y el derecho, y a pesar también de la relación que los ámbitos de accesibilidad puedan tener con determinados derechos humanos.

El manejo de este sentido débil de la accesibilidad seguramente es una de las causas de su reiterada insatisfacción y es expresión de la prevalencia de un enfoque de la discapacidad basado en el llamado modelo médico-rehabilitador.

# Parte segunda. Hacia un sentido integral de la accesibilidad en el derecho: accesibilidad y derechos humanos

La configuración de la accesibilidad presente en la Convención y en la LGDPD ha llevado a la construcción de un sentido restringido o débil de accesibilidad. Sin embargo, es posible manejar un sentido amplio o fuerte. La distinción entre uno y otro sentido tiene que ver con su proyección y con su fuerza jurídica, esto es, con su garantía.

Como hemos visto, la accesibilidad en un sentido restringido o débil, en nuestro ordenamiento jurídico, se proyecta en los espacios públicos urbanizados y edificaciones, en los modos y medios de transporte, en la comunicación y acceso a la información, en la sociedad de la información y derecho digital, en las relaciones con los poderes y Administraciones públicas y en el acceso a los bienes y servicios a disposición del público. Hablamos de accesibilidad débil porque este sentido de accesibilidad suele construirse jurídicamente como obligación y posee un sistema de garantías que no es el de los derechos.

Sin embargo, la accesibilidad en un sentido amplio o fuerte, tiene que ver además con los derechos. Hablamos de sentido fuerte porque se construye como derecho y puede participar de los sistemas de garantías diseñados para la protección de estos.

Entre ambos sentidos es posible referirse a un punto de vista intermedio, que conecta ya la accesibilidad con los derechos.

Pues bien, en esta parte del estudio vamos a proponer estos dos nuevos sentidos de la accesibilidad, que están en sintonía con el discurso de los derechos humanos y cuya satisfacción requiere de cambios normativos y, también y sobre todo, actitudinales.

## 1. La accesibilidad en el ámbito del consumo. Un sentido intermedio de la accesibilidad

Si partimos del concepto de accesibilidad, que nos ofrece el artículo 2.k) de la LGDPD, que concibe esta como

> la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, 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,

tenemos que reconocer inmediatamente que hay una conexión innegable entre la accesibilidad y el derecho de consumo, que tiene por objeto la protección de las personas consumidoras en todo el proceso de contratación sobre "bienes, productos y servicios".

Es obvio que las personas con discapacidad son también personas consumidoras y, por tanto, titulares de los derechos presentes en el espacio del consumo. Se trata, además, de un espacio importante para los derechos porque, en cierto sentido, es un ámbito en donde se pretenden hacer valer los derechos en las relaciones entre particulares.

### 1.1. Accesibilidad y consumo

Como es sabido el artículo 51.1 de la Constitución española establece la obligación de los poderes públicos de garantizar la defensa de las personas consumidoras y usuarias, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad de la salud y los legítimos intereses económicos de las mismas. Por su parte, el artículo 9 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (LGDCU) establece: "Los poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado". Para el tema que nos ocupa merece una mención especial la Ley 4/2022 de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y su tratamiento del consumidor vulnerable.

El marco normativo encaminado a garantizar la accesibilidad y la no discriminación a las personas consumidoras y usuarias tiene como pilares importantes, también, normas europeas. En este sentido, merece destacar la

Directiva 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los requisitos y accesibilidad de los productos y servicios.

También nuestro marco normativo está compuesto por la legislación autonómica en materia de consumo que, en su gran mayoría, dispone de alguna normativa específica sobre personas con discapacidad.

Así, la Ley 16/2006 de protección y defensa de los consumidores y usuarios de Aragón, en su artículo 5, se refiere a los colectivos de consumidores especialmente protegidos señalando que la razón de la atención prioritaria y la especial protección radica en encontrarse en "una situación de inferioridad, subordinación, indefensión, o desprotección más acusada". Entre estos colectivos se incluyen las personas con discapacidad. Este esquema normativo se reproduce en muchas de las normas autonómicas como, por ejemplo, en el artículo 4 de la Ley 3/2003 del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la comunidad autónoma de Canarias. La Ley 5/2013 para la defensa de los consumidores en la comunidad autónoma de La Rioja no incluye una referencia específica a las personas con discapacidad, limitándose a señalar en su artículo 6.3 que los colectivos de consumidores que por circunstancias especiales se encuentren en la referida situación —de inferioridad, subordinación, indefensión o desprotección más acusada— serán también de objeto de atención y protección prioritaria en las actuaciones que desarrollen las Administraciones públicas. Similar es la previsión que se contiene en el artículo 3 de la Ley foral de Navarra 7/2006 de Defensa de los Consumidores y Usuarios y también la incluida en el artículo 5 de la Ley 11/2002 de los Consumidores y Usuarios de Asturias.

En la Ley 7/2014 de protección de las personas consumidoras y usuarias de las Illes Balears se menciona, en el artículo 8.e), la especial protección de los derechos en aquellos casos que afectan a personas consumidoras vulnerables. De la misma manera, en el artículo 15 se establece un principio general de atención especial a la protección frente a la publicidad, promoción, y ofertas ilícitas dirigidas al consumidor vulnerable.

En la comunidad autónoma de Cantabria, la Ley 1/2006 de Defensa de los Consumidores y Usuarios establece en su artículo 2.3 que

> tienen la consideración de consumidores vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad.

Por su parte, el artículo 4.2 señala que

> sin perjuicio de la posibilidad de incluir a otros colectivos entre los beneficiarios de estas actuaciones, ha de entenderse necesariamente incluidos a niños y adolescentes, mujeres gestantes, personas mayores, enfermos, discapacitados físicos o psíquicos, desempleados, inmigrantes y personas que, por el motivo que fuere, se encuentren temporalmente desplazadas de su residencia habitual.

Es de destacar la especial atención que en esta norma se dedica a la exposición de los precios, que según el artículo 19.2,

> deberá efectuarse en los lugares del establecimiento donde se oferten que sean de fácil visibilidad y acceso para los consumidores y usuarios, mediante etiquetas fijadas o vinculadas a cada bien, cuando fuera posible, y en su defecto a través de cualquier otro tipo de soporte escrito. En particular, cuando se trate de bienes o servicios expuestos en cualquier tipo de escaparate, anaquel o armario del establecimiento, el precio deberá ser accesible al consumidor o usuario sin necesidad de efectuar consulta alguna al personal del establecimiento;

De la misma manera establece que el etiquetado "deberá tener una inscripción clara, visible, de lectura y comprensión fáciles" (artículo 20).

La Ley 22/2010 del Código de Consumo de Cataluña establece que se entiende por colectivos especialmente protegidos aquellos colectivos que, por la concurrencia de determinadas características, son especialmente vulnerables en cuanto a las relaciones de consumo. Y en particular, se consideran colectivos especialmente protegidos la infancia y adolescencia, las personas ancianas, las personas enfermas, las personas con discapacidad y cualquier otro colectivo en situación de inferioridad o indefensión especiales (artículo 111-2.c). En el artículo 121-3 se prevé una especial y preferente atención a los derechos de estos colectivos por parte de los poderes públicos incluyendo una alusión especial a las personas con discapacidad que "deben tener garantizado el acceso adecuado a la información sobre los bienes y servicios, y el pleno ejercicio de goce de los derechos y garantías recogidos por la presente ley, del mismo modo que el resto de las personas consumidoras".

En el caso de la Ley 3/2019 del Estatuto de las personas consumidoras en Castilla-La Mancha se identifican también colectivos en situación de vulnerabilidad, haciéndose referencia a aquellos que

> precisan de una protección especial o diferenciada como personas consumidoras según determinadas circunstancias personales, sociales o de otro tipo, tanto de

> carácter crónico, temporal o sobrevenido. Se pueden considerar colectivos vulnerables, por razón, entre otras de su edad, estado, capacidades, origen, etnia, idioma, religión, o cultura los siguientes: infancia, adolescencia, personas mayores, personas alérgicas e intolerantes alimenticios, víctimas de violencia de género, personas con discapacidad, minorías étnicas, personas con carencias económicas, en riesgo de exclusión, ya sea social, financiera, digital o cualquier otra, personas con hipersensibilidad electromagnética, química o de cualquier otra naturaleza y todos aquellos que se encuentran en situación de inferioridad, subordinación, vulnerabilidad y un mayor grado de desprotección. (Artículo 2.j).

En este mismo artículo se define lo que ha de entenderse por información accesible, haciendo referencia al "conjunto de medios, mecanismos y alternativas comunicativas y técnicas que posibilitan el acceso a la comunicación información de toda la población y de un modo especial a las personas con limitaciones sensoriales, cognitivas y/o físicas y a las personas mayores" (artículo 2.h). Con independencia de la pertenencia o no a un colectivo en situación de vulnerabilidad se reconoce como derecho básico de las personas consumidoras el acceso a productos, bienes y servicios en condiciones de igualdad y plena accesibilidad en el artículo 4.6). A partir de ahí posteriormente se establece una protección prioritaria de determinados colectivos vulnerables (artículo 6), así como una asistencia a personas consumidoras con dificultades o necesidades de apoyos para su autonomía personal. En efecto, el artículo 7 establece que las Administraciones públicas

> promoverán que los operadores el mercado y los establecimientos en régimen de autoservicio, especialmente en aquellas actividades relativas a la prestación de servicios de forma automatizada, garanticen la asistencia precisa a las personas consumidoras que carezcan de forma permanente, crónica o temporalmente de su autonomía para la toma y ejecución de decisiones de compra, así como para el ejercicio de sus derechos como tales.

El artículo 4 de la Ley 2/2015 por la que se aprueba el Estatuto del Consumidor de Castilla y León se refiere a los supuestos especiales en los que las Administraciones públicas deben dedicar una especial protección a los derechos de las personas consumidoras y usuarias. Entre estos supuestos especiales se incluyen las personas con discapacidad. De la misma manera, el artículo 4 de la Ley 11/1998 de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid también hace referencia a los colectivos que precisan especial protección, pero en este caso sí alude a los "enfermos y personas con capacidades disminuidas". Por su parte, el Decreto Legislativo 1/2019 de aprobación del texto refundido de la Ley del Estatuto de las personas consumidoras y usuarias de la

Comunidad Valenciana hace referencia, en su artículo 6, a la hora de identificar a los colectivos de especial protección, a las personas con diversidad funcional.

Una especial alusión a la accesibilidad es la que nos encontramos en la legislación extremeña. En efecto, en la Ley 6/2019 del Estatuto de las personas consumidoras en Extremadura, tras incluirse a las personas con discapacidad física, psíquica o sensorial entre los supuestos de especial protección, se prevé la elaboración y difusión de una guía de lectura fácil sobre los derechos y deberes de las personas consumidoras dirigida preferentemente a personas con discapacidad física o psíquica que en general tengan dificultades para la comprensión lectora (artículo 5.3). Al mismo tiempo, se garantiza el acceso adecuado a la información accesible sobre los bienes y servicios y el pleno ejercicio y goce de los derechos y garantías que se recogen en la ley en términos de igualdad con el resto de personas consumidoras, especificándose que el derecho a la información correcta sobre los diferentes bienes y servicios, el derecho a la educación formación y divulgación en materia de consumo, y el derecho a la audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de las disposiciones generales que les afecten directamente y la representación de sus intereses a través de asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de personas consumidoras legalmente constituidas "deberán garantizarse mediante claridad, concesión y accesibilidad para todas las personas, especialmente para los colectivos que presenten dificultades de comprensión, utilizando los medios adecuados para asegurar el entendimiento" (artículo 5.5).

En Galicia la Ley 2/2012 de protección General de las personas consumidoras y usuarias destaca por incluir en su artículo 12 una cláusula de interpretación a favor de la persona consumidora.

Por su parte en el País Vasco, la Ley 6/2003 del Estatuto de las personas consumidoras y usuarias se refiere a la protección prioritaria de los derechos de las personas consumidoras y usuarias cuando "afecten a colectivos de especial protección en situación de inferioridad, subordinación o indefensión en que puedan encontrarse individual o colectivamente". Dichas situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión son las que se refieren en el artículo 4 de la Ley 4/1996 del Estatuto de los consumidores y usuarios de la región de Murcia para incluir a las personas con discapacidad entre los colectivos especiales.

Una primera mirada a todo este marco normativo desde el punto de vista de la accesibilidad permite comprobar como la regulación española maneja un concepto restringido de esta vinculado, básicamente, al ámbito de la información de los productos. Sin embargo, esta visión se abre un poco más si tenemos en cuenta el contenido de las disposiciones adicionales de la Ley General para la

Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU), si tomamos en consideración la incorporación del concepto de persona consumidora vulnerable y si completamos nuestra visión con la normativa europea. Esta apertura está presente en alguna legislación autonómica y se abre mucho más si incorporamos la dimensión de la no discriminación, con el manejo de un sentido amplio de accesibilidad. Ese proceso de apertura se lleva a cabo subrayando la idea de servicio en el ámbito de la accesibilidad.

El Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público, precisamente establece esta conexión de la que estamos hablando.

Este proceso en construcción tiene que superar un problema que, a pesar de haber sido resuelto en el ámbito teórico, sigue sin hacerlo en el práctico: la vigencia de los derechos humanos en el ámbito de las relaciones entre privados. Precisamente, el Real Decreto que acabamos de mencionar subraya esta dimensión.

El encuentro entre consumo y derechos humanos, explícito desde la segunda mitad del siglo XX, se ha potenciado en los últimos años tanto en la dimensión de la persona consumidora como en la dimensión de la estructura y el modelo económico. En este último ámbito esa potenciación se ha producido a través de la incorporación de un gran referente del discurso sobre el consumo: la sostenibilidad. Y es que la sostenibilidad es un concepto que implica la exigencia de garantizar la satisfacción de las necesidades del presente sin comprometer a las futuras generaciones y sus dos grandes ejes son los derechos humanos y el crecimiento económico. Y junto a la sostenibilidad, la accesibilidad universal se está convirtiendo en uno de los grandes referentes del discurso sobre el consumo. Incluso, se ha llegado a proponer la posibilidad de referirse a un derecho singular e independiente: el derecho a la accesibilidad universal a bienes, productos y servicios. Un derecho de gran relevancia para las personas en situación de vulnerabilidad.

En todo caso, la conexión entre derecho de consumo y accesibilidad se hace evidente en una dimensión subjetiva: el concepto y los derechos de los consumidores, y la especial atención que esta normativa presta a los consumidores vulnerables; pero también en una dimensión objetiva, en la autonomía de las personas con discapacidad para contratar bienes y servicios. En este sentido, la accesibilidad se conecta con la capacidad para contratar, con la vida autónoma e independiente y la igualdad de oportunidades en el acceso a los bienes y servicios.

### 1.1.1. Dimensión subjetiva de la accesibilidad: la figura del consumidor y del consumidor vulnerable

El concepto de consumidor, en general, se define por la concurrencia de dos elementos clave: es esencial su actuación en el tráfico jurídico con un propósito ajeno a su actividad profesional, comercial, empresarial. En segundo lugar, puede tratarse de persona física, jurídica o de un ente sin personalidad.

Nos circunscribimos en nuestro estudio solo a las personas físicas, porque son ellas quienes pueden tener problemas de accesibilidad a los bienes, productos o servicios.

El concepto de consumidor se adopta en una perspectiva objetiva, sin tener en cuenta su individualidad, sino que se piensa en el consumidor medio, o lo que es lo mismo, el concepto parte de lo que se espera de una persona media, sin especiales conocimientos jurídicos, y contemplando la perspectiva de la diligencia media en su comportamiento contractual. Un consumidor medio es una persona informada y razonablemente atenta y perspicaz[72].

El consumidor vulnerable aparece por primera vez en la Directiva 2005/29/UE de 11 de mayo de 2005 sobre prácticas comerciales desleales, que insistía en "la cuestión de la vulnerabilidad del consumidor haciendo hincapié en la influencia indebida que pudiera ejercerse sobre los consumidores cuya voluntad no está totalmente formada". Trasladado dicho concepto a nuestro derecho positivo con la Ley 29/2009 de 30 de diciembre por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y la publicidad para la mejora de los derechos de los consumidores y usuarios, se manejan como "criterios de vulnerabilidad la dolencia física o trastorno mental, la edad, y la credulidad".

También la Directiva 2011/83 establece que "el comerciante debe tener en cuenta las necesidades especiales de los consumidores que sean especialmente vulnerables debido a una enfermedad mental, física o psicológica, edad o credulidad".

El Real Decreto Ley 1/2021, de 19 de enero, en primer lugar, y con posterioridad la Ley 4/2022 introducen en el artículo 3.2 de la LGDCU el concepto legal de consumidor vulnerable. Este concepto se enfoca desde una perspectiva subjetiva, tomando en consideración la propia persona en el seno de la relación contractual entablada. Así,

[72] Hernández Díaz-Ambrona, Mª. D. (2015). *El consumidor vulnerable*. (pp. 7-8).

> tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad.

Cada una de las personas con discapacidad, así como el colectivo formado por ellas, son considerados a estos efectos como consumidores vulnerables, necesitados de una mayor protección con respecto al consumidor medio, para poder estar al mismo nivel de estos.

El consumidor vulnerable puede serlo por circunstancias personales: así, por ejemplo, por su mucha o poca edad, o por una discapacidad, por una enfermedad, etc. Puede ser vulnerable por sus circunstancias económicas, por la escasez o falta de ingresos[73], por sus circunstancias educativas[74] y, en general, por circunstancias sociales.

Las personas consumidoras vulnerables pueden serlo ocasional o permanentemente, y lo serán tomando en cuenta sus características, necesidades o circunstancias, es decir, la propia persona y sus necesidades o carencias, así como las circunstancias (del contrato o de la situación en que se encuentre). Una persona puede ser vulnerable, por ejemplo, para celebrar un contrato de servicios bancarios o de inversión, y no serlo para la compra de un determinado producto.

Distingue la definición que el consumidor vulnerable puede encontrarse en esta situación de indefensión territorialmente. No hay que pasar por alto las diferencias que pueden darse entre habitar en zonas rurales y en núcleos urbanos, y la dificultad que puede conllevar habitar en entornos rurales, especialmente si están ubicados en la montaña, o son de hábitat muy disperso.

[73] En esas ocasiones, las distintas normas específicas pueden adoptar medidas adecuadas para que el acceso a dicho servicio sea asequible (como por ejemplo, el bono social de telecomunicaciones, previsto en el artículo 29 RD 899/2009, o el consumidor vulnerable energético del artículo 45 Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, y el vulnerable severo, regulados especialmente en el RD 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica).

[74] El nivel de estudios de la persona concreta puede establecer diferencias y crear una situación de indefensión para los consumidores con pocos recursos educativos, que deben ser mejor informados y asesorados que un consumidor medio, para encontrarse en igualdad de condiciones.

También puede ser vulnerable sectorialmente, lo que implicaría una indefensión del consumidor solo en relación con determinado ámbito contractual y no respecto a otros (por ejemplo, para celebrar ciertos contratos bancarios de productos de inversión). Y puede, por último, que la indefensión se produzca solo de modo temporal, por ejemplo, durante el tiempo que el consumidor padece una enfermedad, o se encuentra en situación de necesidad económica.

En todo caso, lo que determina que una persona pueda ser considerada como consumidor vulnerable es que se encuentre en una situación de subordinación, indefensión o desprotección, con respecto a un consumidor medio. Por ello, como hemos dicho, debemos partir de la propia persona del consumidor/a, atendiendo a sus especiales y concretas características y situación. Y, en definitiva, si se trata de una persona con discapacidad, sus circunstancias personales pueden hacer que esté necesitada de una mayor protección para superar la inferioridad o indefensión que pueda derivar de su situación personal y encontrarse en igualdad de condiciones con respecto a un consumidor medio.

Entre los derechos básicos de las personas consumidoras, se recoge que:

> Los derechos de las personas consumidoras vulnerables gozarán de una especial atención, que será recogida reglamentariamente y por la normativa sectorial que resulte de aplicación en cada caso. Los poderes públicos promocionarán políticas y actuaciones tendentes a garantizar sus derechos en condiciones de igualdad, con arreglo a la concreta situación de vulnerabilidad en la que se encuentren, tratando de evitar, en cualquier caso, trámites que puedan dificultar el ejercicio de los mismos. (Artículo 8.2 de la LGDCU).

### 1.1.2. Dimensión objetiva de la accesibilidad: la capacidad para contratar

Como hemos indicado anteriormente, en una dimensión objetiva, la accesibilidad tiene relación directa con el ejercicio de derechos humanos por las personas con discapacidad. En este sentido la accesibilidad se conecta con la capacidad para contratar, con la vida autónoma e independiente y la igualdad de oportunidades en el acceso a los bienes y servicios. Signo de esa vida independiente que las personas con discapacidad tienen derecho a llevar, es precisamente la autonomía de las personas para contratar bienes y servicios conforme a sus necesidades o deseos.

Hasta la reforma del Código Civil operada por la Ley 8/2021, según su artículo 1263.2 las personas con discapacidad solo podían contratar por sí

mismas cuando no tuvieran su capacidad de obrar modificada judicialmente. Si tenían la capacidad de obrar modificada judicialmente debía estarse a los términos de la sentencia que la estableciese. En definitiva, las personas sometidas a tutela o patria potestad prorrogada o rehabilitada no podían contratar por sí mismas, sino que debía hacerlo su representante legal; y las personas con discapacidad sometidas a curatela podían contratar por sí mismas en la esfera de actuación que se les reconocía, y debían contratar junto con su curador en los casos en que se necesitase su complemento de capacidad.

La Observación general número 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2014[75], remarca que "el modelo de discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutivas a otro que se basa en el apoyo para tomarlas"[76]. Y esta es la inspiración de la reforma contenida en la Ley 8/2021.

La discapacidad no se concibe ya como una limitación a la capacidad para contratar por lo que, en principio, la persona con discapacidad puede celebrar cualquier contrato. La persona con discapacidad precisará los ajustes necesarios para poder contratar en condiciones de igualdad con las demás personas, pero se optará en principio por la actuación conjunta con el apoyo, para que sea la persona con discapacidad quien preste el consentimiento con el debido apoyo; y solo si no es posible, en último lugar, deberá actuar el apoyo con funciones representativas sustituyendo a la persona con discapacidad. Dicho apoyo no debe actuar en función del interés superior de la persona con discapacidad, sino teniendo en cuenta su voluntad, deseos y preferencias, adoptando la solución que habría adoptado la persona que necesita el apoyo, en función de su trayectoria vital, de sus creencias y valores.

A ello debemos añadir que, si el contrato que se va a celebrar debe constar en escritura pública, se sumará el apoyo institucional del notario (tal como se prevé en el último párrafo del artículo 25 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862) para garantizar la accesibilidad cognitiva[77].

---

[75] CRPD/C/GC/1, 2014.

[76] Álvarez Lata, N. (2021). Comentario al artículo 1263 CC en C. Guilarte (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (pp. 988 y ss.). Thomson Reuters Aranzadi.

[77] Dispone este párrafo que:
Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso.

## 1.2. La construcción jurídica de la accesibilidad en su sentido intermedio

Como hemos adelantado, es posible construir un sentido de la accesibilidad, a medio camino entre el restringido y el amplio, desde su proyección en el ámbito del consumo. Se trata de un sentido que ha tenido alguna plasmación en la discusión jurídica y que abre la posibilidad de llevar la accesibilidad al mundo de los derechos e, incluso, de construirla como un derecho.

En todo caso, la visión de la accesibilidad como una obligación puede conectarse con los derechos por dos caminos indirectos: el de la no discriminación y el de los derechos. El incumplimiento de las obligaciones puede producir situaciones de discriminación o de insatisfacción de derechos. Incluso es posible relacionar el cumplimiento de esta obligación con la satisfacción de un derecho a la accesibilidad que se desenvolvería en el ámbito de los derechos de las personas consumidoras y usuarias.

Y es que las normas sobre accesibilidad, como ya hemos destacado, se proyectan sobre prácticamente los mismos objetos que las normas sobre personas consumidoras y usuarias: productos, servicios, etc. Un buen ejemplo de ello lo constituye la definición de producto del artículo 6 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (LGDCU), como todo bien mueble conforme a lo establecido en la legislación civil, coincidente con la mantenida en las legislaciones autonómicas sobre accesibilidad (por ejemplo, en la Ley 13/2014, de 30 de octubre, de accesibilidad de Cataluña, artículo 22).

Desde esta perspectiva, es posible construir la accesibilidad como un derecho singular: el derecho a la accesibilidad de bienes, productos y servicios. Esta posible construcción es compatible con la consideración de la accesibilidad como obligación, si bien refuerza su contenido y las posibles vías de garantía. También es compatible con la construcción de la accesibilidad como exigencia de no discriminación.

Se trata, en todo caso, de un significado conectado con el discurso de los derechos de las personas consumidoras y usuarias, con lo que se produce un acercamiento al ámbito de los derechos humanos.

Ahora bien, nuestra Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuando proclama los derechos básicos de las personas consumidoras no contempla, como veremos, explícitamente a la accesibilidad, salvo como requisito informativo. Sin embargo, aparece luego en numerosas ocasiones en ámbitos concretos y de manera indirecta a través de la no discriminación.

## 1.3. La garantía de la accesibilidad en el ámbito del consumo

La accesibilidad en el ámbito del consumo añade a las herramientas de garantía de la accesibilidad tratadas en la primera parte, los instrumentos de protección de las personas consumidoras y usuarias.

### 1.3.1. Ámbitos de accesibilidad y consumo

Al igual que nos ocurría con la accesibilidad en sentido restringido o débil, la proyección de la accesibilidad en el campo del consumo se manifiesta principalmente a través de los ámbitos de accesibilidad y, por tanto, de la mano de las ya tratadas condiciones de accesibilidad.

#### *1.3.1.1. El entorno físico*

La accesibilidad en el entorno físico tiene una doble perspectiva: por un lado, exige el diseño universal, que todas las tiendas o espacios sean accesibles, eliminando cualquier barrera física que impida el acceso en igualdad de condiciones a la tienda o espacio del que se trate (por ejemplo, escaleras o pasillos estrechos por donde no quepa una silla de ruedas). En este ámbito, parece que en la normativa subyace la idea de aportar accesibilidad a las personas con una discapacidad que les impide, por ejemplo, moverse o desplazarse en igualdad de condiciones

Por otro lado, no solo se refiere al espacio físico de la tienda o empresa donde contratar el bien o servicio, sino también al espacio donde haya que reclamar o solicitar información o utilizar el servicio de atención al cliente. En este sentido, el artículo 21.2 de la LGDCU exige expresamente que: "Las oficinas y servicios de información y atención al cliente serán diseñados utilizando medios y soportes que sigan los principios de accesibilidad universal y, en su caso, medios alternativos para garantizar el acceso a los mismos".

#### *1.3.1.2. El transporte*

Tal como dispone el artículo 5.c) de la LGDPD, uno de los ámbitos de aplicación de la accesibilidad universal es el transporte. La celebración de un contrato de transporte de pasajeros o de mercancías entre un empresario y un consumidor entra en el ámbito de protección de los consumidores, pero no puede olvidarse que, como ya vimos, es un sector regulado, por lo que el cumplimiento de la normativa administrativa que disciplina el mercado[78] debe sumarse a la

[78] Normativa que en ocasiones puede ser de cumplimiento de requisitos técnicos, de respeto a la calidad del servicio exigida reglamentariamente, etc. Así, por ejemplo, el artículo 58.4.b) de la Ley 38/2015 del Sector ferroviario, que obliga a las empresas ferroviarias a determinar las normas de calidad del servicio que incluirán

normativa de protección de consumidores. Pese a ello, la accesibilidad afecta de modo especial en los supuestos de transporte de pasajeros, cuando este tiene esa diversidad que reduce o dificulta su movilidad para acceder a dicho transporte. La accesibilidad se manifiesta tanto en relación con las estaciones de transporte (sea aéreo, terrestre, marítimo, fluvial o ferroviario), que requerirá que cumplan con el diseño universal, como también en relación con el acceso al propio medio de transporte con el que se lleva a cabo la prestación del servicio contratado. La normativa específica tiene en cuenta la accesibilidad de las personas con discapacidad al lugar de inicio de la prestación (es decir a las estaciones, puertos y aeropuertos) y a los propios medios de transporte (trenes, autobuses, etc.).

En los transportes por ferrocarril, el Reglamento de la Constitución española 1371/2007 de 23 de octubre de 2007 sobre los derechos y obligaciones de los viajeros de ferrocarril, estipula en su artículo 21.1 que:

> Las empresas ferroviarias y los administradores de estaciones garantizarán, mediante el respeto de las ETI (especificaciones técnicas de interoperabilidad) referidas a las personas de movilidad reducida, que las estaciones, los andenes, el material rodante y otras instalaciones sean accesibles para las personas con discapacidad y personas de movilidad reducida.

En cuanto al propio acceso a los servicios, el artículo 21.2 del mencionado Reglamento 1371/2007, mantiene en el mismo sentido que:

> Cuando no haya personal de acompañamiento a bordo del tren o no haya personal en la estación, las empresas ferroviarias y los administradores de estaciones harán todos los esfuerzos razonables para que las personas con discapacidad y las personas de movilidad reducida puedan tener acceso a viajar en tren.

La Ley 38/2015 del Sector Ferroviario incluye entre sus fines (artículo 2.n):

> Proteger los intereses de los usuarios, con atención especial a las personas con discapacidad o con movilidad reducida, garantizando sus derechos al acceso a los servicios de transporte ferroviario de viajeros en adecuadas condiciones de calidad y seguridad y a la elección de la empresa que los preste ( ).

La vulneración de la normativa sobre accesibilidad a los vehículos se configura omo una infracción grave (artículo 107.2.10 de la Ley del Sector Ferroviario) o muy grave (artículo 106.2.6.f)).

---

los aspectos exigidos reglamentariamente en lo referente a la prestación de asistencia a las personas con discapacidad y con movilidad reducida.

En el marco del transporte terrestre de pasajeros/as, en cuanto a los medios de transporte, la Ley 16/1987, de 30 de julio de Transportes Terrestres, y concretamente el artículo 54.2 (que debe su redacción actual a la Ley 9/2013, de 4 de julio), señala en su último párrafo que: "Los vehículos destinados al transporte de viajeros deberán cumplir las condiciones básicas de accesibilidad para personas con discapacidad que reglamentariamente resulten exigibles". Y el incumplimiento de dichas condiciones de accesibilidad se califica como infracción grave[79] o muy grave[80].

*1.3.1.3. La información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones*

La accesibilidad a la información y a las comunicaciones es una exigencia derivada, como ya hemos visto, del artículo 9.1 de la Convención, así como del artículo 5 De la LGDPD. Se trata de una exigencia que también puede ser observada desde el marco del consumo.

La información es un derecho básico de toda persona consumidora (artículo 8.1.d de la LGDCU) que alcanza a todos los bienes y servicios, y debe prestarse en un formato que garantice su accesibilidad. En realidad, debe desglosarse en dos perspectivas diferentes: en primer lugar, sobre la propia accesibilidad y, en segundo lugar, la información sobre el etiquetado, el contenido de los bienes o servicios y las condiciones del contrato.

En cuanto a la información sobre la propia accesibilidad, que de nuevo se conecta con espacios públicos, infraestructuras y transportes, determinadas normas específicas garantizan ese acceso no discriminatorio de las personas con discapacidad o con movilidad reducida. En este sentido, puede citarse el artículo 19.1[81] y especialmente el artículo 20.1 del Reglamento Europeo 1371/2007 sobre los derechos y obligaciones de los viajeros por ferrocarril:

> Las empresas ferroviarias, los proveedores de billetes o los operadores turísticos facilitarán a las personas con discapacidad y a las personas de movilidad reducida,

[79] Artículo 141, apartado 23 LOTT:
La prestación de servicios de transporte de viajeros con vehículos que incumplan las prescripciones técnicas sobre accesibilidad de personas con movilidad reducida que, en cada caso, les resulten de aplicación, salvo que deba reputarse infracción muy grave de conformidad con lo dispuesto en el artículo 140.27.6.

[80] Artículo 140. Apartado 27.6 LOTT:
El incumplimiento de las condiciones de accesibilidad a los vehículos establecidas con carácter general para todos los servicios públicos de transporte regular de viajeros por carretera de uso general o especialmente señalados en el pliego de condiciones o el contrato del servicio de que se trate.

[81] Artículo 19.1. Las empresas ferroviarias y los administradores de estaciones establecerán o poseerán, con la participación activa de las organizaciones que representan a las personas con discapacidad y a las personas de movilidad reducida, unas normas de acceso no discriminatorias aplicables al transporte de personas con discapacidad y personas de movilidad reducida.

previa solicitud, información acerca de la accesibilidad de los servicios ferroviarios y de las condiciones de acceso al material rodante, conforme a las normas de acceso a que se refiere el artículo 19, apartado 1, así como acerca de las instalaciones a bordo del tren.

Y en el mismo sentido, recalca la Ley del Sector Ferroviario que:

Las empresas ferroviarias cuyo objeto sea el transporte ferroviario de viajeros deberán asimismo facilitar a éstos la información en formatos adecuados, accesibles y comprensibles y velar, asimismo, para que los servicios se presten con arreglo a las normas que regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización del transporte ferroviario. (Artículo 58.4.c de la Ley 38/2015).

En este caso, los destinatarios de esta información en formato accesible son personas con discapacidad sensorial (auditiva, o visual), o psíquica.

En cuanto a las comunicaciones, y especialmente en relación con las telecomunicaciones, se trata de un servicio público que debe prestarse en condiciones de accesibilidad universal[82]. En este sentido, la reciente Ley 11/2022, de 28 de junio General de Telecomunicaciones, fija entre los objetivos y fines de la ley la protección de los intereses de los consumidores,

asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en condiciones adecuadas de elección, precio y buena calidad, promoviendo la capacidad de los usuarios finales para acceder y distribuir la información o utilizar las aplicaciones y los servicios de su elección, en particular a través de un acceso abierto a internet.

Y, teniendo en cuenta que,

*en la prestación de estos servicios deben salvaguardarse los imperativos constitucionales de no discriminación, de respeto a los derechos al honor y a la intimidad, la protección a la juventud y a la infancia, la protección a las personas con discapacidad, la protección de los datos personales y el secreto en las comunicaciones*. (Artículo. 3.k de la Ley General de Telecomunicaciones);

y de modo especial, se incide como finalidad en

salvaguardar y proteger en los mercados de telecomunicaciones la satisfacción de las necesidades de grupos sociales específicos, las personas con discapacidad, las

[82] Véase en este sentido el artículo 37 de la Ley General de Telecomunicaciones.

personas mayores, las personas en situación de dependencia y usuarios con necesidades sociales especiales, atendiendo a los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación. En lo relativo al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas de las personas con discapacidad y personas en situación de dependencia, se fomentará el cumplimiento de las normas o las especificaciones pertinentes relativas a normalización técnica publicadas de acuerdo con la normativa comunitaria y se facilitará el acceso de los usuarios con discapacidad a los servicios de comunicaciones electrónicas y al uso de equipos terminales. (Artículo. 3.l Ley General de Telecomunicaciones).

En cumplimiento de estos fines, al desarrollar la accesibilidad a las telecomunicaciones como servicio universal, el artículo 39.1 dispone que: "Los consumidores con discapacidad deben tener un acceso a los servicios incluidos en el servicio universal a un nivel equivalente al que disfrutan otros consumidores". Para garantizar ese nivel equivalente se podrán imponer medidas específicas[83], es decir, medidas de accesibilidad. Tanto en la instalación y en la explotación de las redes públicas, como en la prestación de los servicios de telecomunicaciones electrónicas se deben cumplir entre otros, los principios de igualdad, transparencia, no discriminación y accesibilidad universal[84].

El desarrollo de estas medidas, aunque en relación con la Ley General de Telecomunicaciones anterior (la Ley 32/2003), se ha implementado con el Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas.

Podemos trazar cinco ejes de protección para garantizar la accesibilidad:

1º En relación con la propia información, tal como señala el artículo 65.1.f de la Ley General de Telecomunicaciones, "deberá ser veraz, eficaz, suficiente, transparente, comparable, sobre los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público". Incluso dentro de esta información, exige el artículo

[83] Así, se establece en los apartados 2 y 3 del artículo 39 de la Ley General de Telecomunicaciones que:
2. A tal efecto, se podrán imponer como obligación de servicio universal medidas específicas con vistas a garantizar que los equipos terminales conexos y los equipos y servicios específicos que favorecen un acceso equivalente, incluidos, en su caso, los servicios de conversión a texto y los servicios de conversación total en modo texto, estén disponibles y sean asequibles.
3. Mediante real decreto se adoptarán medidas a fin de garantizar que los consumidores con discapacidad también puedan beneficiarse de la capacidad de elección de operadores de que disfruta la mayoría de los consumidores.

[84] Dispone el artículo 35.4 de la Ley General de Telecomunicaciones que:
El cumplimiento de las obligaciones de servicio público en la instalación y explotación de redes públicas y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas para los que aquéllas sean exigibles se efectuará con respeto a los principios de igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad, adaptabilidad, disponibilidad, accesibilidad universal y permanencia y conforme a los términos y condiciones que mediante real decreto se determinen.

67.2.f que se especifique en qué medida los productos y servicios están diseñados para personas usuarias finales con discapacidad.

La información alcanza a las propias condiciones generales en que se ofertan los servicios (artículo 12.1 del Real Decreto 899/2009) que deben ser fácilmente accesibles en la web de las empresas de telecomunicaciones; e igualmente el contenido del propio contrato (artículo 67 de la Ley General de Telecomunicaciones), o incluso sobre las facturas[85]. El operador facilitará dicha información de manera clara y comprensible en un soporte duradero (artículo 67.1 de la Ley General de Telecomunicaciones), y además, esta información "se proporcionará, previa petición, en un formato accesible para usuarios finales con discapacidad de acuerdo con la normativa por la que se armonizan los requisitos para productos y servicios" (artículo 67.1 párrafo último de la Ley General de Telecomunicaciones). En definitiva, como exige el último párrafo del artículo 68.1, "esta información deberá ser proporcionada de manera clara, comprensible, en formato automatizado y fácilmente accesible para los usuarios finales con discapacidad, y deberá mantenerse actualizada regularmente".

2º En relación con la accesibilidad al servicio universal de telecomunicaciones para las personas con discapacidad en condiciones equivalentes, tal como exige el artículo 39.1 de la Ley General de Telecomunicaciones, y tal como el artículo 65.1.f) incluye entre los derechos de los usuarios finales, "el derecho a recibir información sobre las medidas adoptadas para garantizar un acceso equivalente para los usuarios finales con discapacidad, según lo dispuesto en el artículo 73". En la Ley General de Telecomunicaciones se defiere a un futuro desarrollo mediante Real Decreto para establecer las condiciones básicas[86].

Pese a ello, en la normativa vigente, dos normas reglamentarias se ocupan, como ya hemos visto, de la accesibilidad en materia de telecomunicaciones. En primer lugar, el Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos, y servicios relacionados

[85] Así, por ejemplo, establece el artículo 28.2 del Real Decreto 899/2009 que: "Los operadores deberán facilitar a los abonados con discapacidad visual que lo soliciten, en condiciones y formatos accesibles, los contratos, facturas y demás información suministrada a todos los abonados en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley "

[86] Para garantizar que las personas con discapacidad (artículo 73 de la Ley General de Telecomunicaciones):
a) puedan tener un acceso a servicios de comunicaciones electrónicas equivalente al que disfrutan la mayoría de los usuarios finales, incluida la información contractual, la facturación y la atención al público, en condiciones y formatos universalmente accesibles y con el uso de lenguas cooficiales;
b) se beneficien de la posibilidad de elección de operadores y servicios disponibles para la mayoría de usuarios finales.

con la sociedad de la información y medios de comunicación social. Este Reglamento, aunque un poco desfasado por los avances tecnológicos continuos, y aunque está parcialmente derogado, establece las condiciones básicas de accesibilidad desglosando los distintos servicios (telefonía móvil, internet, equipos informáticos y programas de ordenador, televisión, medios de comunicación social, etc.) y los ajustes necesarios que se deben activar en cada caso, o los parámetros que han de tenerse en cuenta. En segundo lugar, en el Real Decreto 899/2009 ya se prevé que

> los operadores designados para la prestación del servicio universal deberán garantizar que los usuarios finales con discapacidad tengan acceso al servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija en condiciones equiparables a las que se ofrecen al resto de usuarios finales. (Artículo 28.1).

Se hace hincapié en las personas con discapacidad física y especialmente con discapacidad auditiva, visual o comunicativa[87], y para ellas debe existir una oferta suficientemente amplia y actualizada de terminales que les permitan acceder al servicio de telecomunicaciones en igualdad de condiciones[88]. También deben ser adaptados los teléfonos públicos de pago, para facilitar su accesibilidad a las personas usuarias con discapacidad y, en particular, por aquellas que son ciegas, en silla de ruedas o de talla baja.

3º En cuanto a la propia accesibilidad al servicio universal, este debe ser asequible. En este sentido, debemos tomar en consideración a las personas consumidoras vulnerables. Entre las medidas de ajuste que se toman en estos casos (artículo 29 del Real Decreto 899/2009), se prevén planes especiales de precios, como los abonos sociales (con bonificaciones sobre el importe de la cuota de alta, y de la cuota fija de carácter periódico) para personas jubiladas y pensionistas cuya renta familiar no exceda de los indicadores que se determinen;

---

[87] Artículo 28.1 del Real Decreto 899/2009:
Dentro del colectivo de las personas con discapacidad, se considerarán incluidas las personas invidentes o con graves dificultades visuales, las personas sordas o con graves dificultades auditivas, las mudas o con graves dificultades para el habla, las minusválidas físicas y, en general, cualesquiera otras con discapacidades físicas que les impidan manifiestamente el acceso normal al servicio telefónico fijo o le exijan un uso más oneroso de este.

[88] Señala el párrafo 3º del artículo 28.1 del Real Decreto 899/2009 que:
A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, el operador designado garantizará la existencia de una oferta suficiente y tecnológicamente actualizada de terminales especiales, adaptados a los diferentes tipos de discapacidades, tales como teléfonos de texto, videoteléfonos o teléfonos con amplificación para personas con discapacidad auditiva, o soluciones para que las personas con discapacidad visual puedan acceder a los contenidos de las pantallas de los terminales, y realizará una difusión suficiente de aquélla.

o los planes de precios para las personas invidentes o con grave discapacidad visual[89] y para las personas sordos o con graves dificultades auditivas[90].

4º La accesibilidad debe llegar también a la transparencia en las ofertas, para poder compararlas, así como la publicación de esta información.

Así, el artículo 68 de la Ley General de Telecomunicaciones establece que:

> Los operadores de servicios de acceso a internet o servicios de comunicaciones interpersonales disponibles al público deberán publicar la información relacionada con el contrato y los servicios que cubre con el fin de garantizar que todos los usuarios finales puedan elegir con conocimiento de causa[91].

Del mismo modo, el artículo 12.1 del Real Decreto 899/2009 exige que:

> Antes de contratar, los operadores de comunicaciones electrónicas deben poner a disposición del usuario final de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información veraz, eficaz, suficiente y transparente sobre las características del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas y de los servicios objeto del mismo.

Y en esta obligación de publicar, se incluyen no solo las ofertas contractuales, sino que también se extiende sobre la calidad de los servicios que prestan los operadores[92].

En conclusión, en lo relativo a las comunicaciones, la idea esencial es que la información, las ofertas o inclusive las facturas se realicen en formato adecuado para que resulten accesibles.

---

[89] "Este plan consistirá en la aplicación de una determinada franquicia en las llamadas al servicio de consulta telefónica sobre números de abonado y en el establecimiento de las condiciones para la recepción gratuita de las facturas y de la publicidad de información suministrada a los demás abonados de telefonía fija sobre las condiciones de prestación de los servicios, en sistema Braille o en letras o caracteres ampliados, sin menoscabo de la oferta que de esta información se pueda realizar en otros sistemas o formatos alternativos".

[90] "Este plan especial de precios se aplicará a las llamadas realizadas desde cualquier punto del territorio nacional que tengan como origen o destino un terminal de telefonía de texto, y que se establezcan a través del centro de servicios de intermediación para teléfonos de texto".

[91] Esta información será, al menos, la establecida en el anexo IX del Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas.

[92] "Los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas publicarán información detallada, comparable, pertinente, fácilmente comprensible, accesible y actualizada sobre la calidad de los servicios que presten. Esta información tendrá que constar en la página de Internet del operador. Los parámetros y métodos para su medición deberán estar disponibles para los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales.
A tales efectos, el Ministro de Industria, Turismo y Comercio podrá especificar, mediante orden, entre otros elementos, los parámetros de calidad de servicio que habrán de cuantificarse, así como el contenido y formato de la información que deberá hacerse pública, las modalidades de su publicación y las condiciones orientadas a garantizar la fiabilidad y la posibilidad de comparación de los datos, incluida la realización anual de auditorías".

5º La accesibilidad debe proyectarse también sobre el servicio de atención al cliente de los operadores de telecomunicaciones, concretando en este ámbito el artículo 26.4 del Real Decreto 899/2009, lo dispuesto con carácter general en el artículo. 21.2 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

*1.3.1.4. Servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público*

La accesibilidad en este caso se refiere a la eliminación de barreras para acceder a las instalaciones de uso público (y/o en las que pueden prestarse servicios sean públicos o privados), como por ejemplo, estaciones de transporte de cualquier clase, centros de salud, hospitales, centros comerciales, o servicios públicos. Sirva de ejemplo en este sentido, el ya citado artículo 21.1 del Reglamento (Constitución española) 1371/2007 de 23 de octubre de 2007 sobre los derechos y obligaciones de los viajeros de ferrocarril, o la Directiva de la Unión Europea 2019/882 sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios. En realidad, y de conformidad con el artículo 5.b de la LGDPD, como ya hemos señalado, las normas sobre accesibilidad universal deben aplicarse a los espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación.

Como segunda acepción, la referencia a los servicios e instalaciones abiertos al público, debe entenderse como establecimientos comerciales o empresariales, en los que el consumidor/a adquiere o contrata bienes o servicios. En este punto, adquieren relevancia los servicios de atención al cliente (artículo 21.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

El recién aprobado Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público, como ya vimos, destaca entre sus ámbitos de aplicación el del consumo. Así, en su artículo 3 afirma:

> lo dispuesto en este real decreto resultará de aplicación a los bienes y servicios que, con arreglo a la legislación general para la defensa de las personas consumidoras y usuarias y normas concordantes, tengan la consideración de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera.

El artículo 16 de este Real Decreto está destinado a la accesibilidad en el ámbito del consumo. En este sentido se señala:

> 1. Las administraciones públicas, a través de sus cartas de servicios, y los proveedores y prestadores de bienes y servicios que estén obligados conforme a la normativa vigente ofrecerán a las personas con discapacidad, en formato accesible, tanto la

información sobre los derechos que les asisten como personas consumidoras y usuarias, lo cual incluye su derecho a interponer una reclamación, como, en su caso, la oferta comercial, el contrato y la factura correspondiente.

2. Los servicios de reparación y mantenimiento, incluidos los cubiertos por la garantía legal o comercial del bien o servicio de que se trate, deberán mantenerse en formato accesible durante el plazo mínimo de diez años a partir de la fecha en que el bien deje de fabricarse o durante el tiempo que dure su prestación, respectivamente.

3. Las entidades de resolución alternativa de litigios en materia de consumo acreditadas de acuerdo con la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, deberán garantizar la accesibilidad universal de sus procedimientos, trámites, oficinas y servicios de información y atención utilizando medios y soportes que sigan los principios del diseño universal o, en su caso, implementando medios alternativos de adecuación efectiva para el acceso a ellos por parte de personas con discapacidad.

4. Los servicios de atención e información a la clientela deberán ser accesibles a las personas con discapacidad.

#### *1.3.1.5. Medio rural o urbano*

Aunque el artículo 9.1 de la Convención señala que la accesibilidad de las personas con discapacidad debería darse en igualdad de condiciones tanto en el medio rural como en zonas urbanas, la realidad es que esto no ocurre, entre otras razones, por la existencia de mayor número de establecimientos comerciales, de mayores servicios (por ejemplo, bancarios o de seguros) o de mayores posibilidades en las zonas urbanas, que en zonas rurales. Pongamos dos sencillos ejemplos: en medios rurales, y particularmente en zonas de montaña, no puede decirse que llegue con la misma facilidad e intensidad el acceso a internet, ni siquiera la cobertura telefónica. E igualmente en pequeños núcleos rurales están desapareciendo las oficinas bancarias, de tal modo que no es posible el acceso en condiciones de igualdad a los servicios bancarios, especialmente a aquellos que se quieren realizar presencialmente en la oficina, que es el medio preferido por las personas de más edad. En estos supuestos ni siquiera estamos diferenciando el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad, sino que, en tales casos, si se trata de personas con discapacidad, la situación se agudiza. Por esta razón, el hecho de habitar en zonas rurales debe tomarse en consideración si provoca un empeoramiento de

las condiciones normales de la persona consumidora, siendo entonces considerado como consumidor/a vulnerable.

*1.3.1.6. Las barreras cognitivas*

La Ley 6/2022 ha incorporado, como ya sabemos, en el artículo 2.k de la LGDPD el concepto de accesibilidad cognitiva. En desarrollo de esta idea, el artículo 23.2 exige que se establezcan reglamentariamente (a nivel estatal o autonómico, en aquellos ámbitos en que sean competentes las comunidades) las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación que incluirán para cada ámbito o área medidas concretas para prevenir o suprimir discriminaciones, y para compensar desventajas o dificultades. Deberán incluir disposiciones (artículo 23.2.c LGDPD) sobre

> apoyos complementarios ( ). En particular, ayudas y servicios auxiliares para la comunicación, como sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, sistemas de apoyo a la comunicación oral y lengua de signos, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación.

La finalidad esencial de estas previsiones es garantizar las posibilidades reales, en términos de igualdad de oportunidades, para que las personas con discapacidad puedan comprender (la situación y el contenido, junto con toda la información que reciben), puedan comunicarse y puedan interactuar ya sea con el personal del establecimiento (en la contratación presencial en el establecimiento o fuera de él) o a través de las tecnologías de la información para efectuar la contratación a distancia o electrónica.

En línea con lo dispuesto en el artículo 2.k de la LGDPD, en el marco del derecho de consumo, esa finalidad de conseguir una "fácil comprensión" en este ámbito se proyecta sobre todos los momentos diferenciados en el *iter* contractual: antes de contratar, durante la contratación, con la ejecución del contrato, y con los problemas que puedan derivarse de un incumplimiento, de la existencia de falta de conformidad de los bienes o servicios, etc. Se trata de que la persona entienda, tenga suficiente información sobre el objeto y el contenido del contrato, y pueda interactuar con el comerciante y conformar y expresar su voluntad contractual.

En el seno de la Ley de consumidores, se refleja esta preocupación por la comprensión fácil y adaptada a las personas con discapacidad, tanto en el momento de poner el bien en circulación (y en dicho sentido, el etiquetado debe

responder a esta idea), como en el momento de ofrecer la información necesaria en la oferta de los bienes y servicios, y en el momento de contratar.

1º En cuanto al etiquetado, el artículo 18.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios exige que:

> Sin perjuicio de las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente y de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, que prestarán especial atención a las personas consumidoras vulnerables, todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán ser de fácil acceso y comprensión, ofrecidos en formatos que garanticen su accesibilidad y, en todo caso, incorporar, acompañar o, en último caso, permitir obtener, de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz, suficiente y accesible sobre sus características esenciales.

(y señala una serie de características sobre las que en todo caso debe recaer la información).

2º En relación con la información en general, especialmente la que se facilita a través de prácticas comerciales y de un modo adecuado al medio de comunicación utilizado, dispone el artículo 20.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que:

> sin perjuicio de la normativa sectorial que en su caso resulte de aplicación, la información necesaria a incluir en la oferta comercial deberá facilitarse a los consumidores o usuarios, principalmente cuando se trate de personas consumidoras vulnerables, en términos claros, comprensibles, veraces y en un formato que garantice su accesibilidad, de forma que aseguren su adecuada comprensión y permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses.

3º En cuanto a la información previa a la celebración del contrato, el párrafo 2º del artículo 60.1 prácticamente reitera los términos señalados en el artículo 20.2. Comienza con la regla general, que exige que el/la comerciante facilite la información relevante veraz y suficiente sobre las características del contrato[93], de modo claro, comprensible y accesible, y refuerza la exigencia para los consumidores vulnerables en el párrafo siguiente:

[93] Artículo 60.1 de la Ley de Consumidores y Usuarios:
Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato y oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara, comprensible y accesible, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.

> Sin perjuicio de la normativa sectorial que en su caso resulte de aplicación, los términos en que se suministre dicha información, principalmente cuando se trate de personas consumidoras vulnerables, además de claros, comprensibles, veraces y suficientes, se facilitarán en un formato fácilmente accesible, garantizando en su caso la asistencia necesaria, de forma que aseguren su adecuada comprensión y permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses.

La novedad introducida por este precepto es la inclusión de la mención de la asistencia o apoyo que fuere necesario para garantizar la adecuada comprensión y la formación adecuada del consentimiento para contratar. Este apartado debe ponerse necesariamente en conexión con el artículo 1263 del Código Civil, y con la provisión de apoyos que fueran necesarios para que la persona con discapacidad (en este caso intelectual), o con discapacidad psicosocial pueda requerir para conformar y expresar su voluntad, deseos y preferencias, en este caso, para celebrar el contrato de consumo del que se trate.

4º En el momento de celebrar el contrato, si se trata de un contrato de cláusulas no negociadas, se exige también el requisito de accesibilidad y legibilidad de las mismas. Por ello, el artículo 80.1.a Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios requiere concreción, claridad y sencillez en la redacción de las cláusulas contractuales, y el artículo 80.1.b exige para superar el control de inclusión de las condiciones generales

> que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior a los 2.5 milímetros, el espacio entre líneas fuese inferior a los 1.15 milímetros o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.

Si el contrato se celebra a distancia (incluyendo en ellos los contratos electrónicos y telefónicos) o fuera de establecimiento, el empresario debe suministrar, antes de celebrar el contrato, la información (exigida en las letras del artículo 97.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), "de forma clara y comprensible, con especial atención en caso de tratarse de personas consumidoras vulnerables, a las que se les facilitará en formatos adecuados, accesibles y comprensibles".

En conclusión, si observamos las distintas normas de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la accesibilidad cognitiva para las personas con discapacidad se basa en dos ejes principales: primero, que la información se preste (y las cláusulas contractuales se redacten) en términos

claros y comprensibles; y segundo, la adecuación y adaptación de los formatos en que se facilite dicha información. Aunque esta es la previsión normativa, lo cierto es que está lejos de cumplirse en la práctica diaria, y en realidad, las personas con discapacidad auditiva, visual o de habla, suelen salvar esta barrera con sus propios dispositivos tecnológicos o medios informáticos que les permiten leer, ver o entender la información que se les está facilitando.

### 1.3.2. La cadena de accesibilidad en el consumo

El objeto del derecho de consumo son los bienes, productos o servicios, que la persona consumidora contrata con profesionales o comerciantes. La accesibilidad requiere que durante todo el proceso de comercialización y uso o disfrute de dichos bienes, productos o servicios se mantenga esta, por lo que debe ser tenida en cuenta en cualquier ámbito y en relación con cualquier bien, producto o servicio. En este sentido podemos afirmar que se trata no de que exista accesibilidad en un momento determinado, sino que la cadena de accesibilidad debe mantenerse durante todo el proceso, es decir, en las distintas etapas o ejes que podemos tomar en consideración desde la fabricación y puesta en circulación de un bien o un producto hasta el uso que realice de él el consumidor, o bien desde la oferta de un servicio y su contratación hasta la prestación del mismo al usuario/a (sea de tracto único o sucesivo).

#### *1.3.2.1. El diseño del bien, producto o servicio*

El diseño universal que permite la accesibilidad a las personas con discapacidad se proyecta tanto sobre los espacios, como sobre el diseño del bien y del producto o del servicio.

El diseño se realiza antes de la fabricación o de la oferta y debe tener en cuenta su posible uso por todas las personas, con o sin discapacidad. Obviamente, pueden fabricarse productos u ofrecer servicios con características técnicas o modificaciones que permitan su uso por personas con discapacidad (piénsese por ejemplo en televisores con subtitulación para su uso por personas con discapacidad auditiva, o con descripción auditiva para las personas con discapacidad visual que permiten el acceso a los contenidos audiovisuales de la televisión; o la generación de voz para facilitar la accesibilidad a los *sms* o *whatsaps* en el teléfono móvil); o bien pueden diseñarse productos específicos para su uso por las personas con discapacidad (como determinados terminales móviles que permiten un uso más sencillo y accesible, fabricados especialmente para ellas).

El derecho a la información sobre los bienes y servicios en formatos accesibles implica un compromiso de los poderes públicos en el fomento de la

formación y de la educación de las personas consumidoras y usuarias, compromiso que también afecta a los medios de comunicación social de titularidad pública estatal a la hora de dedicar espacios y programas a este derecho. Pero dicho derecho a la información tiene una especial incidencia en lo que se refiere al etiquetado y presentación de los bienes y servicios. En efecto, el artículo 18 de la Ley de Protección de Consumidores y Usuarios, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 4/2022 establece determinadas condiciones del etiquetado y de la presentación de bienes y servicios encaminadas a evitar la inducción a error de la persona consumidora y usuaria. Estas normas deben interpretarse conjuntamente con las incluidas en el Real Decreto 1468/1988, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de etiquetado, presentación y publicidad de los productos industriales destinados a su venta directa a las personas consumidoras y usuarias y en el Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la Norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios.

En este sentido, la información que se ofrezca debe ser clara en relación con las características del bien o servicio, su naturaleza, identidad, cualidades, composición, cantidad, duración, origen o procedencia y modo de fabricación o de obtención. Además, se prohíben las ambigüedades en relación con el contenido, con especial referencia a los alérgenos alimentarios; contenido que tendrá que ser presentado a través de un etiquetado claro y riguroso en lo que a la información se refiere. De la misma manera que se prohíbe atribuir al bien o servicio efectos o propiedades de las que en realidad carece, al tiempo que también se prohíbe atribuir al bien o servicio características específicas o particulares que en realidad no le diferencian de bienes y servicios similares que también poseen esas características.

Esta información debe prestar una especial atención a la situación en la que se encuentran las personas consumidoras vulnerables.

Pero, en todo caso, el mismo artículo 18 establece que todos los bienes y servicios puestos a disposición de las personas consumidoras y usuarias deberán ser de fácil acceso y comprensión, ofrecidos en formatos que garanticen su accesibilidad y, en todo caso, incorporar, acompañar o, en último caso, permitir obtener, de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz, suficiente y accesible sobre sus características esenciales, en particular sobre las siguientes: a) nombre y dirección completa del productor; b) naturaleza composición y finalidad; c) calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial; d) fecha de producción o suministro y lote e información sobre el plazo recomendado para el uso o consumo y fecha de

caducidad; e) instrucciones para su correcto uso o consumo y para la gestión de residuos, con información sobre advertencias y riesgos previsibles; f) información sobre los servicios de información y atención al cliente, procedimientos interposición de quejas y reclamaciones.

Por lo que se refiere a la información incluida en la oferta comercial de bienes y servicios, el artículo 20 de la ley establece que la información que aparezca en la oferta comercial deberá facilitarse a las personas consumidoras y usuarias en general, pero de manera particular cuando se trate de personas consumidoras vulnerables, "en términos claros, comprensibles, veraces y en un formato que garantice su accesibilidad, de forma que aseguren su adecuada comprensión y permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses".

El responsable de efectuar este diseño universal es el fabricante del bien o producto, y no el comerciante que lo venderá a las personas consumidoras. El comerciante responderá después por la falta de conformidad del bien con el contrato. En el caso de los servicios, el diseño lo puede realizar un empresario distinto al oferente, como, por ejemplo, el franquiciador, o el propio empresario que oferta el servicio.

Una vez fabricado el producto, el fabricante lo pone en circulación, es decir se inicia el proceso de comercialización. Es un momento clave, al que se refiere, por ejemplo, el concepto de producto defectuoso (artículo 137 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). E igualmente se tiene en cuenta el momento en que el bien deja de fabricarse, porque señala el plazo mínimo de 10 años para la existencia de repuestos y de servicios técnicos de reparación del mismo (artículo 127 bis).

*1.3.2.2. Antes de la contratación del bien, producto o servicio*

Con carácter previo a la contratación, la ley exige una obligación general de seguridad de los productos (artículo 11 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), y que se informe a los consumidores, sobre los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible de los bienes y servicios (artículo 12). Esta obligación no es solo precontractual, sino que debe cumplirse frente a la persona consumidora tomado en sentido amplio, como ciudadano/a, simplemente por la posibilidad de llegar a ser contratante de dicho bien o servicio. La protección de la salud y la seguridad de las personas consumidoras es exigible por cualquier persona, frente a cualquier empresa (artículos. 11 a 13 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

Una vez que el producto se ha puesto en circulación y se ha etiquetado correctamente, o una vez que el servicio se oferta al público para su contratación, el artículo 60 Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias exige al empresario/a tanto para contratos relativos a bienes como sobre servicios, que facilite una información clara, comprensible y accesible, que sea relevante, veraz y suficiente con un contenido mínimo obligatorio que abarca las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas[94].

En relación con las personas en situación de vulnerabilidad se establece que

> los términos en que se suministre dicha información, principalmente cuando se trate de personas consumidoras vulnerables, además de claros, comprensibles, veraces y suficientes, se facilitarán en un formato fácilmente accesible, garantizando en su caso la asistencia necesaria, de forma que aseguren su adecuada comprensión y permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses.

Por lo tanto, el formato debe ser fácilmente accesible y se debe garantizar la accesibilidad cognitiva, y en su caso el apoyo necesario para la toma de decisiones.

Si la contratación se realiza a distancia o fuera de establecimiento, el artículo 97.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios exige con mayor detalle el contenido de la información previa que debe facilitarse al consumidor. En este caso, solo se indica que se preste "especial atención en caso de tratarse de personas vulnerables", en cuyo caso, debe facilitarse la información "en formatos adecuados, accesibles y comprensibles". Si el contrato se celebra fuera de establecimiento, como requisito formal, dispone el artículo 98.1 no solo que la información se preste en términos claros y comprensibles, sino que además deberá respetar el principio de buena fe en las transacciones comerciales, y "los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar". Con esta referencia, debemos entender incluidos a las personas menores (artículo 1263 del Código Civil, excepto para los contratos acordes a su edad relativos a bienes y servicios de la vida corriente conforme a los usos sociales, o aquellos que la ley les permita realizar por sí solos), y en su caso, aunque no se conciba ahora como una limitación en la capacidad de contratar, a quienes por razón de su discapacidad, necesitan apoyo para la toma de decisiones jurídicas, entre ellas, la celebración de contratos.

[94] El artículo 60.2 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias desarrolla los ítems sobre los que debe recaer la información: características principales de los bienes o servicios, identidad del empresario, precio total, etc.

*1.3.2.3. En el momento de la contratación del bien, producto o servicio*

La protección del consumidor en general en el contrato, se determina en el artículo 62 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al que debe sumarse la regulación de las cláusulas abusivas si el contrato se ha celebrado mediante cláusulas no negociadas, tal como disponen los artículos 80 y siguientes. De los dos controles existentes, el de incorporación y el de contenido (que enjuicia el carácter abusivo o lícito de las cláusulas), debemos hacer referencia al primero de ellos. El control de inclusión (previsto en los artículos 5 de la Ley sobre sobre condiciones generales de la contratación y 80 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) sirve para que el consumidor/a tenga accesibilidad y cognoscibilidad de las condiciones que rigen el contrato, es un control formal que se proyecta en dos direcciones:

a) Que la persona consumidora pueda tener acceso a las condiciones generales y conocerlas con carácter previo a la celebración del contrato.

Ello exige desde un punto de vista formal que las cláusulas contractuales tengan un tamaño de letra que no sea inferior a los 2.5 milímetros, y que el interlineado no sea inferior a 1.15 milímetros, o no exista suficiente contraste entre el color de la letra y el fondo y ello dificulte la lectura del contrato (artículo 80.1.b de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). En este sentido, las cláusulas que no superen estos requisitos formales, se consideran ilegibles (artículo 7.b de la Ley sobre sobre condiciones generales de la contratación) y no quedan incorporadas al contrato.

También se deriva de esta obligación de accesibilidad que el empresario o la empresaria facilite un ejemplar de las mismas (artículo 5.1 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación) y que no se produzca un reenvío a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la celebración del contrato (artículo 80.1.a de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). En caso de existir dichos reenvíos a clausulados no facilitados, estas cláusulas no formarán parte del contrato.

b) La redacción de las cláusulas debe responder a criterios de concreción, claridad y sencillez, con posibilidad de comprensión directa (artículo 80.1.a de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), de tal modo que las cláusulas que sean

ambiguas, oscuras e incomprensibles[95] no se incorporarán al contrato (artículo 7.b Ley sobre condiciones generales de la contratación).

No se prevé en la normativa ningún ajuste en relación con las personas con discapacidad, o con la persona consumidora vulnerable, pero como la información debe prestarse a través del documento contractual, sirve de aplicación lo indicado en el artículo 60 para el contrato en general, y en el artículo 97.1 para los contratos a distancia y fuera de establecimiento.

*1.3.2.4. En la ejecución del contrato*

Para la ejecución del contrato, el artículo 66 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios fija las reglas tanto para los bienes (transmisión de su posesión material al consumidor) como para los contenidos y servicios digitales. En este caso, la obligación de suministro por parte del empresario se entenderá cumplida cuando se ponga a disposición del consumidor dichos contenidos y sean accesibles para el consumidor o para la instalación física o virtual que haya elegido a tal fin.

Tampoco en este caso se prevén ajustes específicos para el consumidor vulnerable o para las personas con discapacidad.

### 1.3.3. La defensa de consumo

La protección de las personas consumidoras se está convirtiendo en la vía para hacer valer los derechos entre personas en sus relaciones privadas y por tanto para reaccionar frente a la vulneración de la accesibilidad y la no discriminación en ese ámbito. En cualquier caso, no es la mejor vía porque confirma la idea de que los derechos fundamentales, en sentido estricto, tienen que ver con relaciones entre ciudadanos y poderes públicos, sacando las relaciones privadas de dicho discurso.

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su artículo 21.2 dispone que

> las oficinas y servicios de información y atención al cliente que las empresas pongan a disposición del consumidor y usuario deberán asegurar que éste tenga constancia de sus quejas y reclamaciones, mediante la entrega de una clave identificativa y un

[95] Salvo, en cuanto a estas cláusulas incomprensibles, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

> justificante por escrito, en papel o en cualquier otro soporte duradero. Si tales servicios utilizan la atención telefónica o electrónica para llevar a cabo sus funciones deberán garantizar una atención personal directa, más allá de la posibilidad de utilizar complementariamente otros medios técnicos a su alcance. Las oficinas y servicios de información y atención al cliente serán diseñados utilizando medios y soportes que sigan los principios de accesibilidad universal y, en su caso, medios alternativos para garantizar el acceso a los mismos.

Y en el artículo 22.3 señala que

> los empresarios pondrán a disposición de los consumidores y usuarios información sobre la dirección postal, número de teléfono, fax, cuando proceda, y dirección de correo electrónico en los que el consumidor y usuario, cualquiera que sea su lugar de residencia, pueda interponer sus quejas y reclamaciones o solicitar información sobre los bienes o servicios ofertados o contratados. Los empresarios comunicarán además su dirección legal si esta no coincidiera con la dirección habitual para la correspondencia.

En este sentido establece que "los empresarios deberán dar respuesta a las reclamaciones recibidas en el plazo más breve posible y, en todo caso, en el plazo máximo de un mes desde la presentación de la reclamación".

Así, si se produce un incumplimiento del contrato, o de las condiciones de la oferta, o el bien o los contenidos o servicios digitales presentan una falta de conformidad, la persona consumidora deberá reclamar primeramente ante el empresario o la empresaria. Para ello acudirá presencialmente al establecimiento o interpondrá la reclamación de modo telemático. Si el consumidor/a reclama presencialmente, recordemos que el artículo 21.2, en su párrafo 2º de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios exige que los servicios de atención al cliente sean diseñados utilizando los medios y soportes que sigan los principios de accesibilidad universal, y en su caso, medios alternativos para garantizar el acceso a los mismos. Si el consumidor reclama telemáticamente, aunque no hay previsión específica al respecto, con carácter general, el artículo 8.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al fijar los derechos básicos de los consumidores, remarca que los derechos de los consumidores vulnerables deben gozar de especial atención.

Si la persona consumidora no ha obtenido respuesta a su reclamación en el plazo de un mes, o si esta ha sido negativa y no ha atendido sus peticiones (artículo 18.1.a Ley 7/2017 de Resolución alternativa de litigios de consumo), puede interponer una reclamación extrajudicial, ya sea a través del arbitraje de

consumo[96], o si se trata de un contrato celebrado *on line*, puede interponerlo (también de modo *on line*) a través de la plataforma TU EUROPA[97].

Las personas con discapacidad pueden utilizar estos sistemas previstos con carácter general por la legislación sectorial de consumo, o bien acudir al sistema arbitral creado por Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad.

Así, si la reclamación interpuesta por la persona consumidora no se resuelve, la empresa debe facilitarle la información relativa y completa de la entidad alternativa de resolución de conflictos a la que puede dirigirse. La empresa tiene la obligación de informarle si está o no adherida al Sistema Arbitral de Consumo, pese a que dicha adhesión no es obligatoria para las empresas, que incluso pueden firmar un convenio puntual para la resolución de un conflicto concreto.

Todo lo anterior suele interpretarse en el sentido de que las tradicionales hojas de quejas y reclamaciones han dejado de ser obligatorias. Sin embargo, muchas comunidades autónomas las siguen manteniendo. Si se solicita la hoja de quejas y reclamaciones a la empresa, la entrega de la misma suele ser obligatoria, inmediata y gratuita.

En cualquier caso, el incumplimiento por parte de la empresa de esta obligación de información se considera una infracción grave en materia de defensa de las personas consumidoras y usuarias y conlleva sanciones comprendidas entre los 3 001€ y 15 000€.

Ninguna de las partes tendrá la obligación de participar en el procedimiento ante una entidad de resolución alternativa de litigios de consumo, excepto cuando una norma especial así lo establezca.

El procedimiento de resolución alternativa debe respetar los principios de independencia, imparcialidad, transparencia, eficacia, equidad, e igualdad entre las partes, siendo gratuitos para las personas consumidoras. En el procedimiento se debe garantizar el principio de igualdad entre las partes, manteniendo el respeto hacia sus manifestaciones y el equilibrio de sus posiciones.

[96] Previsto en los artículos 57 y 58 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y desarrollado por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el sistema arbitral de consumo.

[97] Creada en virtud de la ejecución del sistema ODR del Reglamento de la Unión Europea 524/2013 de 21 de mayo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo.

La entidad alternativa de resolución de conflictos acreditada deberá dar respuesta en el plazo de 90 días.

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos que aplican estas entidades son, principalmente, la mediación y el arbitraje. La mediación es una técnica de resolución de conflictos en la que las partes enfrentadas (persona consumidora y empresa) se ponen en contacto con una tercera persona imparcial para que les ayude a definir el problema, comprender los intereses de cada una, mejorar las relaciones y, si es posible, lograr un acuerdo mutuamente satisfactorio centrado en los intereses previamente identificados. La tercera persona imparcial orienta el proceso hacia la búsqueda de resultados integrativos que sean beneficiosos para todas las partes implicadas. El arbitraje, como ya hemos visto, es un mecanismo de resolución de conflictos en el que las partes enfrentadas voluntariamente acuerdan someter la resolución de la controversia a una tercera persona imparcial cuya decisión será vinculante y tomada en función de los datos objetivos y lo que dicten las normas (arbitraje en derecho) o la justicia (arbitraje en equidad).

Como ya hemos señalado, en materia de consumo existe un sistema de arbitraje específico: el Sistema Arbitral del Consumo. Se trata de un sistema extrajudicial de resolución de conflictos regulado por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero. El artículo 1.2 de este Real Decreto lo define como: "arbitraje institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor". Únicamente podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho, y en ningún caso lo serán aquellos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquellos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos.

El Sistema Arbitral de Consumo se organiza a través de las Juntas Arbitrales de Consumo, la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo, el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo y los órganos arbitrales. El procedimiento arbitral es voluntario, gratuito, sencillo y rápido (90 días desde el inicio del procedimiento), ajustándose a los principios de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes. El arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho.

Cuando una persona consumidora considere que se han vulnerado sus derechos, podrá presentar por escrito, por vía electrónica, o por cualquier otro

medio que permita tener constancia, una solicitud de arbitraje ante la junta arbitral de consumo a la que ambas partes, de común acuerdo, hayan decidido someter el asunto. En defecto de acuerdo de las partes, será competente la junta arbitral territorial en la que tenga su domicilio la persona consumidora.

Las decisiones adoptadas (llamadas laudos) son de ejecución obligatoria para ambas partes. Si una de las partes no lo cumpliera de manera voluntaria la otra parte podrá instar la ejecución forzosa del laudo ante el juzgado de primera instancia donde se dictó.

Pero junto a esta posibilidad de acudir a la resolución alternativa, las personas consumidoras tienen también la oportunidad de presentar una reclamación ante los órganos administrativos competentes (municipales y autonómicos).

Normalmente se trata de los órganos administrativos de consumo correspondientes al domicilio donde el hecho se haya cometido. Y es que la Administración de consumo tiene potestad para imponer sanciones a las empresas y profesionales que incumplan con la normativa vigente. Para ello, se deberá seguir un procedimiento de naturaleza administrativa, que finalizará con la imposición de la sanción que corresponda y que básicamente es el procedimiento administrativo común. El procedimiento puede acabar en una reclamación judicial en la vía contencioso-administrativa entre la persona sancionada y la Administración.

Finalmente, es relevante mencionar que la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios contiene un régimen sancionador, en el título IV del Libro I.

Así, el artículo 47.1 g) incluye entre las infracciones en materia de defensa de las personas consumidoras y usuarias “el incumplimiento de las normas relativas a registro, normalización o denominación de productos, etiquetado, envasado y publicidad de bienes y servicios, incluidas las relativas a la información previa a la contratación”.

Además, en el artículo 47.1.l) se incluye también

> toda actuación discriminatoria contra personas consumidoras vulnerables independientemente del motivo o contra cualquier consumidor o usuario por el ejercicio de los derechos que confiere esta ley o sus normas de desarrollo, ya sean o atendiendo a sus demandas, negándoles el acceso a los establecimientos o dispensándoles un trato o imponiéndoles unas condiciones desiguales.

Dicho artículo 47 se cierra con una cláusula abierta que reconduce a la legislación autonómica. En efecto en el artículo 47.1.u) se puede leer que

> cualquier otro incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en esta norma o en disposiciones que la desarrollen, que no esté previsto en los tipos recogidos en este artículo será considerado infracción de la normativa de consumo y sancionado en los términos previstos en la legislación autonómica que resulte de aplicación.

En lo que se refiere a la calificación y graduación de las infracciones, incluida en el artículo 48 es de destacar que las infracciones a las que se refieren los apartados g) y l) antes mencionados, se calificarán como leves, salvo en aquellos casos en los que concurran algunas de las circunstancias a las que se hace referencia en el artículo 48.3. En este artículo se establece que las infracciones serán consideradas graves o muy graves, "de haberse realizado explotando la especial inferioridad, subordinación o indefensión de determinados consumidores o grupos de ellos". Parece evidente la posibilidad de incluir a las personas en situación de vulnerabilidad, también a las personas con discapacidad, en esta categoría, lo cual nos llevaría a constatar que en estos casos se produce un aumento en la calificación de la gravedad de la infracción.

El artículo 49 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios establece que las infracciones serán sancionadas con multa comprendida entre los siguientes importes máximos y mínimos: a) Infracciones leves: entre 150 y 10 000 euros, pudiéndose sobrepasar esas cantidades hasta alcanzar entre dos y cuatro veces el beneficio ilícito obtenido. b) Infracciones graves: entre 10 001 y 100 000 euros pudiéndose sobrepasar esas cantidades hasta alcanzar entre cuatro y seis veces el beneficio ilícito obtenido. c) Infracciones muy graves: ente 100 001 y 1 000 000 euros, pudiéndose sobrepasar esas cantidades hasta alcanzar entre seis y ocho veces el beneficio ilícito obtenido.

En todo caso, si la solución del procedimiento administrativo no es favorable o si, habiendo solicitado un arbitraje de consumo no hubiera acuerdo o la empresa rechaza el mismo, se puede acudir a los juzgados y tribunales. La vía judicial es ante la jurisdicción civil, normalmente a través de los denominados juicios monitorios, juicios verbales y juicios ordinarios.

Para poder reclamar deudas dinerarias a través del procedimiento monitorio es preciso que tales deudas sean líquidas, vencidas, determinadas y exigibles, lo que debe ser acreditado. Para iniciar un proceso monitorio se tiene que presentar por escrito una petición inicial con datos personales de quien reclama y quien es reclamado, los hechos y la documentación acreditativa. No es necesario en este

primer momento la intervención de la abogacía, aunque si lo que se reclama es superior a 2 000 euros más adelante lo será. Por debajo de 2 000 euros no hay que pagar tasas judiciales. La petición inicial, deberá ser presentada en el juzgado de primera instancia del domicilio o residencia de la persona deudora o, si no se conociera, en el lugar donde pudiera ser localizada a efectos de requerimiento. Una de las principales ventajas de este procedimiento es la extremada rapidez con la que se desarrolla respecto a otro tipo de vías procedimentales.

Si no se cumplen los requisitos para la celebración de juicio monitorio o no se desea seguir esa vía se podrá reclamar por el cauce de juicio verbal, regulado en los artículos 437 y 447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil siempre y cuando la cuantía de la reclamación sea inferior a 6 000 euros. El juicio verbal se inicia con la presentación de un escrito de demanda (con los datos, hechos y documentos) y no es precisa la asistencia de profesionales de la abogacía si la cuantía no supera los 2 000 euros (en estos casos tampoco hay que pagar tasas judiciales). Se presenta ante el juzgado de primera instancia del domicilio de la persona demandada o del lugar donde desarrolle su actividad.

Por su parte, el juicio ordinario está regulado en los artículos 399 al 436 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y es la vía para reclamar cuantías superiores a 6 000 euros o indeterminadas. Para la tramitación de este procedimiento sí que se precisa la presentación de una demanda con asistencia de profesionales de la abogacía y procuraduría.

## 2. Accesibilidad en el discurso de los derechos: la accesibilidad en sentido amplio

Con la aprobación de la Convención, la discapacidad se convierte en una cuestión de derechos humanos. Esto obliga a abordar las cuestiones que afectan a las personas con discapacidad con un enfoque de derechos, máxime si estas cuestiones aparecen explícitamente reflejadas dentro del discurso de los derechos de las personas con discapacidad.

La accesibilidad es precisamente una de estas cuestiones, siendo así posible manejar un concepto de esta desde un enfoque de derechos humanos, que es lo que hemos denominado como accesibilidad en sentido amplio o fuerte. Se trata de una perspectiva que supera la visión restringida de la accesibilidad y cuya satisfacción es una condición esencial para el disfrute de los derechos. Desde esta perspectiva la accesibilidad puede ser concebida como un derecho singular y como parte del contenido esencial de los derechos (también de los derechos fundamentales).

La adopción de un sentido amplio de accesibilidad exige cambios normativos importantes. En lo que sigue vamos a dar cuenta de esta construcción y de los cambios más relevantes.

## 2.1. Un nuevo tratamiento normativo de la accesibilidad

Como ya hemos advertido, la discapacidad, tal y como señala la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (la Convención) "es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". De esta forma, la lucha contra las barreras es un componente esencial del discurso de los derechos de las personas con discapacidad.

La accesibilidad es un elemento esencial del discurso de la discapacidad y, además, la discapacidad es, en muchas ocasiones, una situación que surge, precisamente, por la falta de accesibilidad. No es extraño así que tenga una presencia muy importante en la Convención.

Ahora bien, la idea de acceso o accesibilidad no es algo exclusivo de la Convención ni aparece por primera vez en este texto normativo. Otros tratados de derechos humanos, así como la práctica desarrollada por los órganos de supervisión de tratados ya realizaban menciones a estos conceptos. Así por ejemplo, el artículo 5 letra f) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965) consagra 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". En su Observación general N° 14 (2001), el Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales identifica la accesibilidad como un elemento esencial del derecho a la salud, integrada por cuatro componentes: no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información (párrafo 12, letra b).

En el ámbito específico de la discapacidad, las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad establecen un artículo específico referido a las "posibilidades de acceso" (artículo 5). Este artículo reconoce la importancia de las posibilidades de acceso para lograr la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, refiriéndose e individualizando medidas en relación con el deber de los Estados de: a) establecer programas de acción para que el entorno físico sea accesible y; b) adoptar medidas para garantizar el acceso a la información y la comunicación.

Sin perjuicio de los antecedentes antes referidos, la principal consagración normativa internacional del concepto de accesibilidad se encuentra en la Convención. En este sentido, la Convención extiende, profundiza y hace jurídicamente vinculantes las normas sobre accesibilidad previstas en las Normas Uniformes.

Desde esta conexión surge el sentido amplio o fuerte de la accesibilidad. Este sentido se desprende de los tres derechos que el artículo 9 de la Convención menciona como justificación: la vida independiente, la participación en la vida social y la igualdad de oportunidades. El sentido amplio o fuerte de la accesibilidad supone el acceso a todos los bienes y derechos. Se fundamenta así en el libre desarrollo de la personalidad que para su satisfacción necesita del acceso a bienes y derechos fundamentales.

Este sentido amplio o fuerte de la accesibilidad conecta por tanto con el discurso de los derechos humanos. La falta de accesibilidad produce situaciones de discriminación y, en ocasiones, insatisfacción de derechos. De alguna manera, si la historia de los derechos humanos puede ser descrita como una historia de lucha contra la discriminación, no es descabellado subrayar como la accesibilidad, o si se quiere, el acceso al disfrute de los derechos, ha ocupado un importante papel en ella.

Si nos fijamos en las tres grandes reflexiones que están en el origen de la historia moderna de los derechos humanos, veremos como la lucha contra las barreras es una constante en todas ellas. Así, la reflexión sobre la necesidad de limitar el poder político puede ser representada como el intento de eliminar las barreras que el poder establecía y que restringían la libertad de los individuos; por su parte, la reflexión sobre la tolerancia buscaba eliminar las barreras que se encontraban determinadas iglesias y corrientes religiosas; por, último, la reflexión sobre la necesidad de humanizar el derecho penal y procesal tenía como objetivo rechazar ciertas normas que suponían verdaderas barreras para una correcta protección de los derechos, además de acabar con prácticas y normas contrarias a la dignidad. De esta forma, la eliminación de barreras presente en las tres reflexiones se traduce en una búsqueda de acceso a ciertos bienes que son considerados como valiosos y que justifican la existencia de los derechos.

Y esta idea de lucha contra barreras y acceso a bienes será una constante en los diferentes procesos históricos de los derechos (positivación, generalización, internacionalización y especificación), en los que se trata de eliminar barreras que impiden el disfrute de los bienes y barreras que impiden la protección de los bienes. En estos procesos, la accesibilidad va de la mano de la igualdad y de la

universalidad, dos de los grandes referentes del discurso de los derechos humanos.

De esta forma, la idea de accesibilidad acompaña la historia de los derechos y se convierte en un elemento clave de su propio concepto. Así, el disfrute de los derechos requiere de la posibilidad de acceso; y su ausencia puede implicar una discriminación. También es posible pensar en derechos cuyo contenido se expresa en forma de acceso a algún bien (sufragio pasivo, acceso a la justicia) o como medio de acceso (derecho de asistencia letrada).

La proyección de la accesibilidad en todos los derechos presente en el sentido amplio o fuerte, es algo pasado por alto en muchas de las construcciones de la accesibilidad. Sin embargo, al igual que la accesibilidad de un cajero automático nos parece una exigencia asumible, más nos debe parecer la accesibilidad a un juzgado o a un proceso judicial, a un entorno laboral, a un centro sanitario, a un proceso electoral, etc. Por eso, una correcta comprensión de la accesibilidad exigiría extenderla a todos los ámbitos en los que operan los derechos.

En todo caso, este sentido de accesibilidad está presente en la Convención y en la LGDPD. En la Convención aparece en relación con el acceso a la información (artículos 9 y 21), la movilidad personal (artículo 20), la educación (artículo 24), la salud (artículo 25), el empleo (artículo 27), la protección social (artículo 28), la participación política (artículo 29) o la participación en el ocio, la cultura y el deporte (artículo 30).

Esta conexión entre accesibilidad y derechos aparece claramente en la Observación general núm. 2 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En esta Observación se afirma que "La accesibilidad es una condición previa para que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones". Y en este sentido, entre otras muchas cosas, se afirma:

> En situaciones de riesgo, desastres naturales y conflicto armado, los servicios de emergencia deben ser accesibles a las personas con discapacidad, o de lo contrario no será posible salvarles la vida ni proteger su bienestar
>
> No puede haber un acceso efectivo a la justicia si los edificios en que están ubicados los organismos encargados de hacer cumplir la ley y de administrar la justicia no son físicamente accesibles para las personas con discapacidad, o si no son accesibles los servicios, la información y la comunicación que proporcionan...

> Los Estados partes tienen la obligación de facilitar a las personas con discapacidad información dirigida al público en general en formatos accesibles y con las tecnologías adecuadas a los diferentes tipos de discapacidad
>
> Sin un transporte accesible a las escuelas, sin edificios escolares accesibles y sin información y comunicación accesibles, las personas con discapacidad no tendrían oportunidad de ejercer su derecho a la educación
>
> Toda la información y comunicación relativa a la prestación de la atención de salud debe estar disponible en lengua de señas, Braille, formatos electrónicos accesibles, escritura alternativa y modos, medios y formatos de comunicación y orientación aumentativos y alternativos
>
> Los lugares de trabajo deben ser accesibles, como se indica de forma explícita en el artículo 9, párrafo 1 a). La negativa a adaptar el lugar de trabajo constituye un acto prohibido de discriminación por motivo de discapacidad. Aparte de la accesibilidad física del lugar de trabajo, las personas con discapacidad necesitan transporte y servicios de apoyo accesibles para llegar a este
>
> Los Estados partes deben adoptar las disposiciones necesarias para asegurarse de que las medidas y los servicios de protección social generales y específicos para personas con discapacidad se ofrezcan de modo accesible, en edificios accesibles
>
> El artículo 29 de la Convención reconoce a las personas con discapacidad el derecho a participar en la vida política y pública, así como en la dirección de los asuntos públicos. Las personas con discapacidad no podrán ejercer estos derechos en igualdad de condiciones y de forma efectiva si los Estados partes no garantizan que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar. También es importante que las reuniones políticas y los materiales utilizados y elaborados por los partidos políticos o los distintos candidatos que participan en elecciones públicas sean accesibles

Por su parte, en la LGDPD la accesibilidad está presente al referirse a la toma de decisiones (artículo 6), la salud (artículo 10), educación (artículos 16 y 18), actividad profesional (artículo 17), edificación (artículos 25 y 26), justicia (artículo 28), empleo (artículo 35 y siguientes.), protección social (artículos 48 y siguientes.), participación política (artículos 53 y siguientes.). Y es que, la accesibilidad está estrechamente conectada con los derechos.

La accesibilidad en sentido amplio, favorece una construcción de esta y de sus elementos, como derechos.

Su relevancia en el discurso de los derechos humanos puede evidenciarse a través de la importancia que posee en los contenidos de todos los derechos, comenzando por los tres grandes referentes que el propio artículo 9 de la Convención señala: vida independiente, participación y no discriminación. Por otro lado, en algunos casos el significado básico de un derecho se corresponde con la idea de accesibilidad, como es el caso del acceso a la justicia. A partir de ahí, aparece de forma clara en todos los derechos.

### 2.1.1. La conexión de la accesibilidad con el discurso jurídico de los derechos humanos

Como venimos reiterando, el artículo 9 de la Convención relaciona la accesibilidad con la vida independiente, la participación y no discriminación.

#### *2.1.1.1. Accesibilidad y vida independiente*

En realidad, los tres referentes del artículo 9 pueden ser explicados a través del primero (la vida independiente), siempre y cuando se relacione, como hace la Convención, con la inclusión en la comunidad.

Si bien la Convención es el primer instrumento legalmente vinculante que reconoce explícitamente el derecho a vivir y participar en la comunidad (artículo 19), no incluye una definición específica de "vida independiente".

El Comité de la Convención en su Observación general número 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, define "vida independiente", además de otros conceptos que impactan en la aplicación de este derecho enmarcado en el artículo 19 de la Convención, tales como, "ser incluido en la comunidad", "sistemas de vida independiente" y "asistencia personal"[98]. En su definición, el Comité señala:

> Vivir de forma independiente significa que las personas con discapacidad cuenten con todos los medios necesarios para que puedan tomar opciones y ejercer el control sobre sus vidas, y adoptar todas las decisiones que las afecten. La autonomía personal y la libre determinación son fundamentales para la vida independiente ( ). La independencia como forma de autonomía personal implica que la persona con discapacidad no se vea privada de la posibilidad de elegir y controlar su modo de vida y sus actividades cotidianas[99].

[98] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general núm. 5 (2017), párrafo 16 (a), (b), (c) y (d).

[99] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general núm. 5 (2017), párrafo 16 (a),

El Comité aclara que vida independiente no implica vivir en solitario o llevar a cabo actividades por uno/a mismo/a, y relaciona el concepto de vida independiente con el de autonomía coincidiendo con las propias personas con discapacidad cuando declara que la vida independiente "debe considerarse como la libertad de elección y de control".

Cuando define lo que significa el derecho a vivir en comunidad, el Comité destaca que:

> [i]ncluye llevar una vida social plena y tener acceso a todos los servicios que se ofrecen al público, así como a los servicios de apoyo proporcionados a las personas con discapacidad para que puedan ser incluidas y participar plenamente en todos los ámbitos de la vida social. Esos servicios pueden referirse, entre otras cosas, a la vivienda, el transporte, las compras, la educación, el empleo, las actividades recreativas y todas las demás instalaciones y servicios ofrecidos al público, incluidos los medios de comunicación social. ( )[100].

El Comité también aclara que vivir de manera independiente engloba tanto a los derechos civiles como a los derechos sociales, para lo cual el

> artículo 19 se sustenta tanto en los derechos civiles y políticos como en los económicos, sociales y culturales: el derecho de toda persona a circular libremente y a escoger libremente su residencia (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), el derecho a un nivel de vida adecuado, que incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados (artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), y los derechos básicos a comunicarse constituyen la base del derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. La libertad de circulación, un nivel de vida adecuado y la capacidad de entender y de hacer entender las propias preferencias, opciones y decisiones son condiciones indispensables a la dignidad humana y al libre desarrollo de la persona[101].

En el marco jurídico español, el principio de vida independiente es definido en el artículo 2 de la LGDPD 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".

En el marco europeo, la Estrategia Europea sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030 establece que

[100] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general núm. 5 (2017), párrafo 17.
[101] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general Nº 5, 2017, párrafo 9.

> [l]a vida independiente requiere un panorama diferenciado de servicios comunitarios y familiares de calidad, accesibles, centrados en la persona y asequibles que incluyan asistencia personal, atención médica e intervenciones de trabajadores sociales, lo que facilita las actividades cotidianas y brinda opciones a las personas con discapacidad y sus familias.[102]

En este aspecto resulta interesante citar de nuevo a la Observación general del Comité de la Convención sobre el derecho a la vida independiente cuando establece que

> [m]ientras que el derecho a una vida independiente remite a una dimensión individual, como un derecho a la propia emancipación sin ver denegados accesos ni oportunidades, el derecho a ser incluido en la comunidad entraña una dimensión social, es decir, el derecho positivo a crear entornos inclusivos.

La accesibilidad constituye así una exigencia fundamental para el ejercicio del derecho a la vida independiente y, por tanto, para el libre desarrollo de la personalidad. Como ha señalado el Comité de la Convención en su Observación general sobre el artículo 19:

Los derechos enunciados en el artículo 19 [de la Convención] están vinculados a las obligaciones de los Estados partes relacionadas con la accesibilidad (artículo 9), puesto que la accesibilidad general de todo el entorno construido, los transportes, la información, y la comunicación y las instalaciones y servicios conexos abiertos al público en una comunidad es un requisito para vivir de forma independiente en la comunidad. El artículo 9 exige que se identifiquen y eliminen las barreras en los edificios abiertos al público, por ejemplo que se revisen los códigos de la construcción y de la planificación urbana, se incluyan normas de diseño universal en diversos sectores y se establezcan normas de accesibilidad para las viviendas[103].

*2.1.1.2. Accesibilidad y participación*

El derecho a la participación política constituye un derecho básico de toda persona. Sobre la base de este derecho se articula el sistema democrático, que consiste justamente en el sistema político en el que las decisiones fundamentales sobre la vida colectiva son adoptadas por el conjunto de los ciudadanos/as, directamente o a través de sus representantes.

---

[102] European Commission, *Union of Equality: Strategy for the Rights of Persons with Disabilities 2021-2030*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2021, p. 11

[103] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General Nº 5, 2017, párrafo 78.

En una democracia representativa, el cauce fundamental de participación política es la emisión del voto en la elección de los y las representantes, derecho que tiene a su vez como correlato el derecho a concurrir para ser elegido/a representante. Estas son las dos dimensiones —activa y pasiva— del derecho de sufragio, que nuestra Constitución enuncia como derecho fundamental en los dos apartados del artículo 23: el párrafo primero reconoce a todos los ciudadanos "el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos", mientras que el segundo contempla el "derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos".

Pues bien, en relación con este derecho parece claro que podemos pensar en la existencia de barreras que dificultan su ejercicio y que se producen por falta de accesibilidad. No es posible, por ejemplo, el ejercicio efectivo del derecho al voto si la persona no puede acceder al colegio electoral, comprender la información que se facilita en la papeleta por tener una discapacidad visual o conocer las propuestas que presentan los diferentes candidatos/as o partidos políticos por no comunicarse en formatos a los que pueda acceder.

Pero la participación no puede limitarse al derecho básico de voto, sino que también debe incluir todos los aspectos y niveles de la toma de decisiones. La participación en la vida política y pública de las personas con discapacidad significa que las personas participan en decisiones que afectan a sus propias vidas, su desarrollo y el de las organizaciones en las cuales se integran.

De acuerdo con las normas internacionales de derechos humanos, los Estados están obligados a consultar a las personas con discapacidad, incluida la infancia con discapacidad, y a hacer participar activamente en la formulación de políticas, a través de sus organizaciones[104]. Así, los Estados deben: 1) crear un entorno adecuado para su establecimiento y funcionamiento; 2) garantizar su derecho a un ejercicio libre de interferencias del Estado; 3) ofrecer el desarrollo de capacidades y la capacitación para aumentar su capacidad de participación; 4) permitir y apoyar en la búsqueda y obtención de fondos y recursos; 5) incluir directamente a las mujeres y niñas con discapacidad; y, por último, 6) promover la participación de las personas con discapacidad en todos los grupos de población y en cualquier ámbito geográfico.

[104] Vid., Orden PRE/1590/2016, de 3 de octubre, por la se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de septiembre de 2016, por el que se dictan instrucciones para habilitar la participación pública en el proceso de elaboración normativa a través de los portales web de los departamentos ministeriales, BOE núm. 241, de 05/10/2016.

La ley reconoce en el artículo 54 de la LGDPD, el derecho de participación en la vida pública, de tal forma que:

> (l)as administraciones públicas promoverán y facilitarán el desarrollo de las asociaciones y demás entidades en que se agrupan las personas con discapacidad y sus familias. Asimismo, ofrecerán apoyo financiero y técnico para el desarrollo de sus actividades y podrán establecer convenios para el desarrollo de programas de interés social.

La "promoción", la "facilitación" y el "apoyo" por parte del Estado pueden ser consideradas como el "acceso a la vida pública" de las asociaciones y demás entidades en que se agrupan las personas con discapacidad y sus familias, por parte de la Administración.

El artículo 13.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC), incluye entre los derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones públicas, el de "acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de noviembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno" (LTBG).

Las dos leyes enlazan con la perspectiva tradicional de la participación ciudadana en la actuación de las Administraciones públicas a la que se refiere el artículo 105 de la Constitución española al ordenar la preceptiva participación de la ciudadanía en los procedimientos de aprobación de las disposiciones administrativas y luego, de manera particular, establecer la audiencia de las personas interesadas en los procedimientos a través de los cuales deben producirse los actos administrativos. Al mismo tiempo, la participación de la ciudadanía y la transparencia de la Administración responde hoy igualmente al doble mandato constitucional de imponer a todos los poderes públicos una acción positiva que facilite la participación en los asuntos públicos (artículo 9.2 de la Constitución española) y de reconocer, en calidad de derecho fundamental, el de participar efectivamente en dichos asuntos públicos (artículo 23).

*2.1.1.3. Accesibilidad y no discriminación*

En el marco de las Naciones Unidas, la prohibición de la discriminación es un elemento fundamental del sistema de protección de los derechos humanos. El Comité de Derechos Civiles y Políticos define la discriminación como

> cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia o cualquier otro trato diferenciado basado directa o indirectamente en los motivos prohibidos de

discriminación, y cuyo objeto o efecto sea anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos enunciados. (CDCP, Observación general número 18 (1989) No-discriminación, párr. 7,).

Tal y como se ha ido forjando el concepto, la prohibición de discriminación abarca tanto la discriminación directa, como la discriminación indirecta. La discriminación directa implica un trato menos favorable o actos u omisiones comparativamente perjudiciales desde el punto de vista del ejercicio de los derechos, cuando se basan en uno de los motivos de discriminación prohibidos; la prohibición de discriminación se limita, por tanto, al trato diferenciado. La discriminación indirecta tiene que ver con la desventaja desproporcionada de ciertos grupos en relación con normas o prácticas aparentemente neutrales; la conducta a evitar es el impacto diferencial.

Otro concepto de discriminación incorporado al sistema y que merece atención es el de discriminación sistémica. Se entiende como un conjunto de reglas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales prevalecientes en el sector público o en el sector privado que crean desventajas en relación con ciertos grupos y privilegios para otros grupos y existe en situaciones donde la discriminación está "fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad" (CDESC, Observación general número 20). En algunos marcos se denomina discriminación estructural. La discriminación estructural es una situación de hecho que no siempre se traduce en conductas discriminatorias que se correspondan con los conceptos jurídicos conocidos; muy al contrario, la presencia de discriminación estructural permite justificar las desventajas que afectan a determinados grupos sociales y con ello dificulta la identificación de la discriminación, incluso para las personas que son discriminadas. Precisamente si un grupo es objeto de discriminación estructural, es porque culturalmente se presume que el trato diferenciado o el impacto desventajoso están justificados y, de este modo, se elude el control por parte del derecho.

En el derecho español, el marco constitucional de la prohibición de discriminación viene determinado por el artículo 14 de la Constitución española. En este precepto se establece que "los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

La Constitución española no incluye todos los motivos de discriminación que hoy están en el campo internacional y, en este sentido, los niveles de garantías son diferentes. Por ejemplo, la discriminación por razón de discapacidad no aparece explícitamente en el artículo 14 y hay que entenderla incluida en la

cláusula abierta "cualquier otra condición o circunstancia personal y social" (Sentencia del Tribunal Constitucional 269/1994, de 3 de octubre de 1994 (BOE de 8 de noviembre de 1994), FJ4). Por otro lado, el artículo 2 de la Ley de Igualdad de trato y no discriminación establece el ámbito subjetivo de aplicación incluyendo de forma expresa el motivo de "discapacidad".

La LGDPD define la igualdad de oportunidades como

> la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o por razón de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, laboral, cultural, civil o de otro tipo. Asimismo, se entiende por igualdad de oportunidades la adopción de medidas de acción positiva.

Pues bien, la conexión entre accesibilidad y no discriminación es clara. Como es sabido, la lucha contra la discriminación y la accesibilidad universal son dos grandes estrategias de la Convención para la protección de los derechos de las personas con discapacidad. Y lo mismo puede decirse de la LGDPD, en donde, además, se equiparan las garantías de ambas.

La falta de accesibilidad puede así constituir un claro ejemplo de discriminación. Y esta relación se hace explícita con la consideración de la denegación de ajustes razonables como una discriminación por razón de discapacidad.

En efecto, el artículo 2 de la Convención define la discriminación por motivos de discapacidad como

> cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 51/2021 ha señalado que

> el derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad que consagra el artículo 14 CE comprende el derecho a los ajustes razonables, que no impongan una carga

> desproporcionada o indebida, que son necesarios para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás. El incumplimiento de la obligación por parte del empleador de adoptar los ajustes razonables priva de legitimidad la adopción de medidas como el despido o la adopción de medidas disciplinarias motivadas en posibles insuficiencias en el desempeño de sus funciones por incurrir en discriminación. Aunque tales medidas puedan estar fundadas, en principio, en razones objetivas y aparentemente neutras relacionadas con dicho desempeño, incurren en discriminación si no se ha garantizado antes la observancia del principio de igualdad de trato de las personas discapacitadas mediante los debidos ajustes.

Y, en fin, la Ley de Igualdad de trato y no discriminación, en su artículo 6, señala: "Se considerará discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad".

### 2.1.2. Accesibilidad y acceso a la justicia

El derecho de las personas con discapacidad a tener acceso a la justicia implica el derecho a participar en igualdad de condiciones que las demás en el sistema de justicia en su conjunto. Esta participación adopta muchas formas y comprende el hecho de que las personas con discapacidad puedan intervenir en calidad de demandantes, víctimas, acusados/as, jueces, jurados y abogados/as, por ejemplo, como parte de un sistema democrático que contribuya a la buena gestión de los asuntos públicos.

Se ha afirmado que el derecho de acceso a la justicia es formulado por primera vez por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (la Convención). Ahora bien, no es difícil encontrar textos internacionales y nacionales que, de manera implícita, lo reconocen.

Así, por ejemplo, el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal". Por su parte, el artículo 6,1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, referido al derecho a un proceso equitativo, comienza afirmando: "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley...". Algo parecido se establece en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, dentro de su artículo 14, o en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Y en un sentido parecido se expresa la Constitución española en su artículo 24,

señalando: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión"[105].

Ahora bien, el artículo 13 de la Convención destaca porque configura dos dimensiones del acceso a la justicia estrechamente relacionadas[106]. Una de ellas vinculada al discurso de la inclusión, que es la dimensión más novedosa, y otra, al de los derechos, que es la dimensión más tradicional. En ambas dimensiones, la presencia de la idea de accesibilidad es clara.

La Convención, como ya se ha subrayado en este informe, en su artículo 13, afirma:

> 1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares. 2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

Pues bien, la primera de las dimensiones se refiere al acceso a la justicia como acceso al ámbito de la justicia, esto es, como posibilidad de participación en la justicia[107]. En esta dimensión, el acceso a la justicia es una exigencia similar al acceso a la política. Si se prefiere, y usando la terminología de los poderes del Estado clásicos, el acceso a la justicia supone la posibilidad de acceder y participar en el poder judicial (así como el acceso a la política, es la posibilidad de acceder y participar en los poderes ejecutivo y legislativo).

De alguna manera, esta dimensión del acceso a la justicia posee un sentido similar a lo que dispone la Convención en sus artículos 29 (dedicado a la participación en la vida política y pública) y 30 (dedicado a la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte), y es

[105] También pueden citarse otras normas en el Ordenamiento jurídico español, como el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial o el artículo 5,1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

[106] Sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, vid. De Lorenzo, R. (2019). El derecho fundamental de acceso a la justicia. Barreras que menoscaban su ejercicio a las personas con discapacidad en *Anales de Derecho y Discapacidad, (4).* 11 y ss.

[107] Vid. Cuenca, P. (2019). *La adaptación de la normativa penitenciaria española a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. CINCA. p. 23.

consecuencia del artículo 19 que reconoce el derecho a ser incluido en la comunidad. No en vano, el Comité ha señalado que este derecho,

> incluye llevar una vida social plena y tener acceso a todos los servicios que se ofrecen al público, así como a los servicios de apoyo proporcionados a las personas con discapacidad para que puedan ser incluidas y participar plenamente en todos los ámbitos de la vida social[108].

La segunda de las dimensiones del acceso a la justicia, referida más propiamente al discurso de los derechos, supone la exigencia de acceso a la jurisdicción, esto es, de acceso al debido proceso[109], presupone, como antes se indicó, el reconocimiento de la capacidad jurídica, y requiere, en algunas situaciones, entre ellas las situaciones de discapacidad, de ajustes procedimentales (mencionados también el artículo 13 de la Convención). Como se verá más adelante, desde un enfoque de derechos, los ajustes procedimentales entroncan con el principio de igualdad, son una manifestación de la idea de accesibilidad, forman parte del propio contenido del derecho de acceso a la justicia y pueden articularse, además, ellos mismos como un derecho.

### 2.1.3. Accesibilidad y DESC

La accesibilidad forma parte del contenido de todos los derechos, también de los derechos económicos, sociales y culturales.

#### *2.1.3.1. Accesibilidad y derecho a la salud*

La Constitución de 1978 incorpora el derecho a la salud en su artículo 43.1, en el que se establece literalmente: "Se reconoce el derecho a la protección de la salud"[110]. Este artículo se completa con referencia a la obligación de los poderes públicos respecto a la salud pública y otros aspectos relacionados[111].

---

[108] Comité sobre los Derechos de las Personas con discapacidad. *Observación general núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad*, punto 16 (Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx).

[109] Este es el sentido principal de *Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad* (las llamadas Reglas de Brasilia), aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, en Brasilia, durante los días 4 a 6 de marzo de 2008 (Disponibles en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf).

[110] Se entenderá aquí "derecho a la protección de la salud" y "derecho a la salud" como equivalentes. Cualquiera de ambas denominaciones pasa por asumir que este derecho no se agota en el "derecho a la asistencia sanitaria", que sería únicamente una de sus manifestaciones. A nivel de Derecho internacional el estándar —y la denominación— es "el más alto nivel posible de salud".

[111] "Artículo 43.1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio".

Respecto al contenido constitucional del derecho a la salud, la mayoría de los autores/as han coincidido en que se trata de un derecho complejo que agrupa distintos aspectos. Así, Pemán Gavín, en una caracterización que parece bastante adecuada, sostiene que se proyecta en tres direcciones: a) derecho a la salud como derecho de todo/a ciudadano/a a las prestaciones sanitarias del Estado; b) derecho a la salud como posición subjetiva en relación con la actividad de los poderes públicos para proteger la salubridad pública; y c) derecho a la salud como derecho de cada persona a que su salud no se vea amenazada ni dañada por acciones externas realizadas por cualquier sujeto público o privado[112]. No cabe duda de que la primera de las direcciones (la otras también, pero esta de manera prácticamente explícita), guarda una estrecha relación con la accesibilidad.

La relación entre el derecho a la salud y la exigencia de accesibilidad aparece en la Observación general número 14 (2000) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

El párrafo 12 de la Observación general incorpora el desarrollo de la idea de accesibilidad en cuanto al derecho a la salud. Se considera que hay cuatro dimensiones de la accesibilidad, que se dan de forma superpuesta. Estos son, la accesibilidad como no discriminación, la accesibilidad física, la accesibilidad económica (o asequibilidad) y el acceso a la información. Vale la pena reproducir literalmente lo que se dice:

> Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:
>
> i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos[113].

[112] Pemán Gavín, J. (1989). *Derecho a la Salud y Administración Sanitaria*. Publicaciones del Real Colegio de España. pp. 79 y ss.

[113] En el mismo documento, en el párrafo 19 se desarrolla la idea de prohibición de discriminación, que tiene además dimensiones que conectan con otros elementos de la accesibilidad, como es el de la asequibilidad. Así, concretamente se dice: "los estados tienen la obligación especial de proporcionar seguro médico y los centros de atención de la salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes ( ) una asignación inadecuada de los recursos para la salud puede dar lugar a una discriminación que tal vez no sea manifiesta. Por ejemplo, las inversiones pueden favorecer desproporcionadamente a los servicios curativos caros que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población, en detrimento de la atención primaria y preventiva de salud en beneficio de una parte mayor de la población".

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

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

iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad[114].

De un repaso por la legislación española se pueden identificar hasta al menos siete tópicos relevantes presentes en las normas del derecho sanitario español a la hora de tratar la cuestión de la accesibilidad. Estos son: Igualdad y no discriminación, accesibilidad en general, protección del acceso, información desde el diseño para todas las personas, información accesible, apoyo y atención a las necesidades.

1. Igualdad y no discriminación. Este principio, además de estar incluido en la ya mencionada LGDPD, hay que entenderlo como un elemento central del propio derecho a la protección de la salud (como en general de cualquier derecho), tanto por lo derivado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como desde los artículos 14 y 9.2 de la Constitución española. Es, además una idea básica respecto a la accesibilidad, puesto que el acceso a los derechos

[114] Organización de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. E/C.12200/4*, Observación General núm. 14 (2000), p. 12.

solo se puede entender desde esta igualdad y no discriminación. En todo caso es relevante que este principio se afirma en distintos lugares de la legislación sanitaria española, especificando además la prohibición de discriminación respecto a las personas con discapacidad y conectándose de forma directa con la accesibilidad. Lo podemos encontrar de esta manera en general en el artículo 10.1 de la Ley 14/1986 General de Sanidad. También se encuentra este principio en determinadas normativas sectoriales: así, en lo que se refiere a las actuaciones salud pública (artículo 6.1. de la Ley 33/2011 General de Salud pública); en lo relativo a las prestaciones y servicios relativos a la salud sexual y reproductiva, incluyendo la interrupción voluntaria del embarazo (artículo 3.3. de la Ley Orgánica 2/2010). También con carácter general, este principio se reitera en el artículo 15 de la Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que regula lo relativo a la atención sanitaria. Se prohíbe la discriminación en el acceso a los servicios, estableciéndose el deber de las administraciones de garantizarlo (15.1), prohibiéndose la exclusión discriminatoria de los tratamientos (15.2).

2. Accesibilidad. La noción de accesibilidad, en general, también aparece en la legislación. Lo separamos del siguiente tópico para mostrar cómo es utilizado el concepto general. Así, en la ya mencionada Ley Orgánica 2/2012 de salud sexual y reproductiva se refiere al "acceso universal" en dos ocasiones: en el artículo 5.b) referido a los objetivos de la actuación de los poderes públicos y en el 7.b) referido al acceso universal a la planificación de la reproducción; y a la "accesibilidad" en el artículo 7.d) al referirse a las personas con discapacidad y la provisión de servicios durante el embarazo, parto y puerperio. La noción de "accesibilidad universal" se encuentra también en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, curiosamente al regular la información relativa al consejo genético.

3. Protección del acceso. Como ya se ha dicho, la protección del acceso se encuentra en la LGDPD. Pero además, es uno de los tópicos más repetidos en la legislación sanitaria en relación con la accesibilidad: por ejemplo, es reiterada en el artículo 15.3 (en lo relativo a la igualdad de trato y no discriminación en la atención sanitaria) de la Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y no discriminación. Aquí resulta especialmente relevante por la técnica jurídica utilizada,

la regulación contenida en la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida. En la medida en que la autorización de los centros o servicios para la práctica de estas técnicas está sometida a autorización administrativa, la ley establece específicamente que los requisitos de accesibilidad se encuentren entre los que se deben cumplir para dicha autorización. Está contenido en el artículo 4.2., en el que se condiciona autorización al cumplimiento no únicamente de los requisitos que la propia ley exige específicamente para estos centros, sino también y en específico de la normativa "dirigida a garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad".

Con carácter general, la protección del acceso tanto a los centros como al transporte (que ya se ha visto que es un elemento central de la accesibilidad física) se encuentra regulado en la Ley 16/2003 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. En su artículo 19 se regula la prestación del transporte sanitario, es decir, aquel transporte por causas clínicas destinado a personas enfermas cuya situación les impida desplazarse en los medios ordinarios de transporte, estableciéndose que "necesariamente deberá ser accesible a las personas con discapacidad".[115]

En lo que se refiere a la accesibilidad de los centros, esta viene regulada en el artículo 28.1, sobre garantías de calidad y servicios de referencia. Esta regulación, que vale la pena reproducir literalmente, tiene dos elementos destacables. En primer lugar, que vincula la accesibilidad con los criterios de calidad y, en segundo lugar, que se refiere a la eliminación de barreras:

> La accesibilidad de los centros, servicios y prestaciones de carácter sanitario para personas con discapacidad constituye un criterio de calidad que ha de ser garantizado por el Sistema Nacional de Salud. Los centros sanitarios de nueva creación deberán cumplir las normas vigentes en materia de promoción de la accesibilidad y de eliminación de barreras de todo tipo que les sean de aplicación. Las Administraciones públicas sanitarias promoverán programas para la eliminación de barreras en los centros y servicios sanitarios que, por

[115] El Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, reitera en su Anexo VIII, sobre la Cartera de servicios comunes de prestación de transporte sanitario, el requisito de accesibilidad del transporte a las personas con discapacidad.

razón de su antigüedad u otros motivos, presenten obstáculos para los usuarios con problemas de movilidad o comunicación.

4. Información desde el diseño para todos. La accesibilidad de la información es otro de los tópicos más presentes en la legislación. En realidad, se trata en general de un requisito derivado de la idea de la autonomía del paciente, pues el consentimiento informado, que es el marco en el que se concreta, solo puede darse por cumplido si ha habido una comprensión adecuada de la información, por lo que la accesibilidad de la información se configura como un requisito de todo ello.

   En todo caso, podemos dividir en dos las formas en las que la legislación sanitaria española trata la idea de la accesibilidad de la información. En conexión con la noción de diseño para todas las personas o sin esta conexión.

   El marco general de la accesibilidad de la información está regulado en el artículo 10.2 de la Ley 14/1986 General de Sanidad. Esto es importante, ya que este artículo 10 es el que establece los derechos respecto a las administraciones públicas sanitarias y la regulación de uno de los derechos como es a la información. La conexión con la accesibilidad es doble, pues por un lado la información se configura como un requisito para la accesibilidad a los propios servicios sanitarios, al tiempo que la propia información ha de ser accesible, desde la idea del diseño para todas las personas. Esta es la formulación:

   > 10.2. [Derecho] A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso. La información deberá efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.

   Esta conexión entre la información y el diseño para todas las personas se encuentra también en el artículo 4.e) de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, en lo referente a la información y consentimiento de las personas donantes vivas, referido al caso de que esta sea una persona con

discapacidad; y en el artículo 6.b) referido a la información a quien recibe el trasplante[116].

Lo mismo ocurre con la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. En su artículo 5.4 referido a la donación de gametos y preembriones, la información referida a la donación y el consentimiento deberá efectuarse en formatos adecuados y de acuerdo con el principio del diseño para todas las personas, para que resulten accesibles a las personas con discapacidad. Lo mismo ocurre respecto a la información a personas usuarias de las técnicas (artículo 6.4), en lo referente a la crioconservación de gametos y preembriones (artículo 11.7) y en la información y consentimiento para la utilización de preembriones sobrantes para fines de investigación o experimentación (artículo 15.1.a).

En el ya citado Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, en lo referido al consejo genético, además de la referencia ya mencionada a la accesibilidad universal, también se habla del diseño para todas las personas en la información.

5. Información accesible. Las referencias a la información accesible, pero sin vincularlo al diseño para todas las personas se encuentran en varias normas. Así, en el artículo 4 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que se refiere a que la información deberá estar disponible en las condiciones y formato que permita su plena accesibilidad a las personas con discapacidad.

   Aun sin vincularlo al diseño para todas las personas, la doble idea de la relación entre información y accesibilidad (es decir, información en formato accesible, e información como requisito para el acceso a las prestaciones) se encuentra también en el Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación. En concreto en el artículo 7.5.c)

[116] Se reitera en el artículo 8 del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.

(información sobre la accesibilidad de los hospitales), 7.6. (información en formatos accesibles) y artículo 8.3. (sobre información facilitada por los proveedores de asistencia sanitaria).

6. Apoyo. El apoyo como medida para garantizar la accesibilidad se encuentra en Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos (artículo 8) y Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (artículo 9.7), en ambos casos referido al consentimiento informado.

7. Atención a las necesidades: Las referencias a la atención a las necesidades se encuentra en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, (artículo 3.a) en lo relativo al principio de equidad y en la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva (artículo 46.d) relativo a los reconocimientos médicos deportivos[117].

*2.1.3.2. Accesibilidad y derecho a la educación*

En el derecho internacional se reconoce el derecho a la educación sin discriminación para todas las niñas y niños, exigencia en relación con la cual, la accesibilidad adquiere una importancia central. Asimismo, las finalidades básicas del derecho a la educación están ligadas al libre desarrollo de la personalidad y el respeto y fortalecimiento de los derechos humanos.

Por su parte, la Constitución española (CE) reconoce el derecho a la educación en su artículo 27, que también se refiere al libre desarrollo de la personalidad. De la interpretación sistemática de su apartado 1 ("Todos tienen derecho a la educación"), con el artículo 14 de la Constitución española (principio de igualdad), se deriva también la exigencia de no discriminación. Con su reconocimiento constitucional, el derecho a la educación se convierte en el sistema español en un derecho fundamental de naturaleza prestacional que se refuerza con la exigencia de obligatoriedad de la enseñanza básica.

La ausencia de accesibilidad del derecho a la educación hace que sea un derecho impracticable. Se trata pues de una exigencia que se proyecta sobre

[117] Esta norma está derogada, con efectos de 30 de diciembre de 2021, a excepción de los artículos 2 y 3 del capítulo I del título I, y del capítulo III del título II, por la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 11/2021, de 28 de diciembre. Por tanto, este artículo sigue vigente.

todas las personas titulares del derecho a la educación, pero que posee una importancia mayor en relación con las personas con discapacidad.

Pero, además, el derecho a la educación del artículo 27.1 de la Constitución española no comprende tan solo el derecho a recibir un cierto nivel de instrucción durante una serie de años, sino que exige también que dicha educación sea de una determinada forma.

En este sentido el derecho a la educación en el contexto de los derechos humanos debe entenderse como el derecho a una educación inclusiva, pues solo desde el paradigma de la inclusión se asegura su garantía como un derecho de todas las personas que puede ejercerse y disfrutarse en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna.

La transformación de la educación inclusiva en auténtico derecho vinculante se produce con el artículo 24.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (la Convención), que establece "Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación " y, a tal efecto, "asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles ".

Teniendo en cuenta que el artículo 24 de la Convención sirve como parámetro interpretativo, *ex* artículo 10.2 de la Constitución española, de nuestro catálogo de derechos constitucionales, el derecho fundamental de educación se refiere necesariamente, desde el punto de vista jurídico, a la educación inclusiva, al menos por lo que respecta a la discapacidad. Pero, de un lado, como la idea de educación inclusiva no se restringe solo a la discapacidad, sino a todo el alumnado, y, de otro lado, el artículo 14 de la Constitución española prohíbe la discriminación, no es difícil concluir que la idea de educación inclusiva abarca todo el concepto de la educación y no solo una parte.

Es posible hablar de cuatro modelos de política educativa que se han ido sucediendo en nuestra historia más reciente: exclusión, segregación, integración e inclusión. Los tres primeros se referían, fundamentalmente, al alumnado con discapacidad o en situación de vulnerabilidad; el cuarto, a todas las personas.

Resulta meridianamente claro que dos de ellos, la segregación y la exclusión, están enfrentados al discurso de los derechos, violando el derecho a la educación y produciendo situaciones de discriminación. Los otros dos modelos pueden relacionarse con el discurso de los derechos si bien solo uno, el de inclusión, es el que este discurso promueve.

La integración implica, en cierta medida, dar acceso a los derechos a quienes no los tienen satisfechos. Pero este acceso no es satisfactorio porque el

derecho en cuestión se construye de manera incorrecta y porque ese acceso, si no va a acompañado de ciertas medidas, puede ser insuficiente. No cabe duda de que, en el ámbito educativo, abrir la educación a todas las personas es un paso que puede resultar insatisfactorio si esa educación no es inclusiva y, por tanto, capaz de adaptarse a la diversidad.

Las políticas de integración llevadas al campo de la discapacidad, son las propugnadas por el llamado modelo médico de la discapacidad, aquel modelo que concibe a esta como un problema médico, como una condición fuera de lo normal de ciertas personas que hay que corregir. Llevado a la educación es compatible con la segregación, pero sobre todo con la integración. Con el posible acceso de las personas con discapacidad a una escuela, sin tener en cuenta los apoyos y ajustes necesarios para que se logre una educación de calidad.

La diferencia entre los modelos de integración y de inclusión ha sido convenientemente descrita por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad en su Observación general número 4. En su párrafo undécimo, la Observación, define la "inclusión" educativa como un "proceso de reforma sistemática" que afronta cambios "en el contexto, método, enfoques, estructuras y estrategias" de la educación para "superar las barreras", proporcionando "a todos los estudiantes del grupo de edad correspondiente una experiencia de aprendizaje igualitario y participativo en un entorno que se ajuste lo mejor posible a sus necesidades y preferencias". Mientras, la "integración" es "el proceso de emplazar a las personas con discapacidad en los centros educativos ordinarios, siempre que el estudiante con discapacidad pueda adaptarse a los requisitos y demandas existentes en este tipo de centros". Es decir, el modelo de integración postula la adaptación del alumnado con discapacidad (y, a partir de ahí, de otros tipos de vulnerabilidad social: el alumnado con "necesidades educativas especiales") a los centros ordinarios hasta donde se pueda. Sin embargo, el modelo de educación inclusiva, pretende justo lo contrario: supone la adaptación de los centros ordinarios a las necesidades y aspiraciones y capacidades de cada alumno/a hasta donde se pueda. El alumnado "especial" no tiene que normalizarse o asimilarse y convertirse en ordinario, sino que ya no habrá alumnado especial: todo él será ordinario. Eso es justamente lo que significa "inclusión": que desaparece el alumnado especial y se atiende las especialidades del alumnado.

En España, aunque parte de la normativa establece en el plano de los principios un modelo de educación inclusiva y tiene en cuenta la importancia de la accesibilidad para la materialización del modelo, esto se hace compatible con normas integradoras e incluso segregadoras. Además, la realidad de la educación más allá de lo que digan las normas es una realidad integradora, en coherencia

con el tratamiento todavía presente de la discapacidad que, en este plano, sigue siendo el del modelo médico.

Esto es fácilmente comprobable si se examina la normativa vigente en España y la evolución de la jurisprudencia referida a la educación inclusiva. Así, se han distinguido tres etapas de la evolución jurisprudencial en esta materia. Una primera, en la que apenas ha habido en realidad hasta fechas muy recientes decisiones judiciales; lo cual significa que la administración educativa era prácticamente libre para decidir sobre el tipo de escolarización del alumnado. Otra etapa en la que los tribunales realizaban juicios más bien complacientes con las decisiones administrativas de escolarización; dando por buenos los informes psicopedagógicos y los correspondientes dictámenes de escolarización; considerando que este asunto era de simple legalidad ordinaria y sin estatura constitucional alguna, de modo que no habría posible lesión de derechos fundamentales en juego; resolviendo, en fin normalmente de modo desfavorable hacia las familias y a favor de la Administración.

Esta etapa termina con la Sentencia del Tribunal Constitucional 10/2014, de 27 de enero. La cuestión crítica de esta sentencia es la de bajo qué condiciones puede la Administración educativa derivar al alumnado a un centro de educación especial, incluso contra la voluntad de sus familiares. El Tribunal es claro: "la Administración deberá exteriorizar los motivos por los que ha seguido esta opción" (F. Jco. 4). Así se arroja sobre los hombros de la Administración la carga de probar, lo más persuasivamente posible, las razones de su decisión, entre ellas, por qué la persona no podría ser escolarizada en un centro de educación ordinario con los apoyos necesarios. Con este criterio, cualquier órgano judicial podría exigir una justificación seria de la decisión administrativa de escolarización en centro de educación especial, lo cual ha empezado a ocurrir después de esta sentencia en la jurisdicción ordinaria.

Pues bien, la tercera etapa, se caracteriza porque los tribunales ordinarios endurecen su juicio sobre las decisiones de escolarización en centros de educación especial. En algunos casos, se pone el acento en el carácter socializador que los centros ordinarios suponen. El *leading-case* de esta fase es la Sentencia del Tribunal Supremo 1976/2017, de 14 de diciembre de 2017. Lo que se hace en esta etapa de la jurisprudencia es, por fin, tomar en serio la regla legal de la subsidiariedad de los centros de educación especial frente a los ordinarios.

Tras la Sentencia del Tribunal Supremo 1976/2017 ha habido diversos pronunciamientos de órganos judiciales inferiores que aplican su doctrina. No obstante, se siguen produciendo decisiones judiciales favorables para la Administración y contrarias a la voluntad de los padres.

El modelo educativo que se desprende de la normativa y de buena parte de la jurisprudencia no deja de estar basado en una educación integrada, apoyada en una serie de suposiciones que constituyen mitos en forma de barreras.

Se trata de un modelo enfrentado a la idea de accesibilidad y que está, en este sentido, en contradicción con el derecho a la educación entendido como derecho a la educación inclusiva y, por tanto, con el marco normativo internacional y en particular con el modelo de la Convención. Así se desprende de los planteamientos del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tanto de su comprensión general del derecho a la educación inclusiva plasmada en su Comentario general número 4, como de las consideraciones concretas que ha realizado en relación con la situación de este derecho en España en el Informe de investigación extraordinaria de 31 de agosto de 2017 y en sus Observaciones finales de 13 de mayo de 2019.

*2.1.3.3. Accesibilidad y empleo*

En relación con el derecho al empleo, la accesibilidad tiene que ver con el acceso a un puesto de trabajo y a su desarrollo posterior en idénticas condiciones para todas las personas. Y esa accesibilidad y su relación con la no discriminación tiene una vertiente principal en las situaciones de vulnerabilidad, en especial en relación con la protección de las personas con discapacidad.

La satisfacción de la accesibilidad en el ámbito del empleo se manifiesta a través del establecimiento de condiciones que garanticen un mercado abierto e inclusivo, el diseño universal del mercado de trabajo, y con el establecimiento de condiciones que posibiliten la realización de medidas concretas en forma de ajustes.

La Convención es clara al respecto cuando en su artículo 27 se refiere al "derecho a un entorno laboral que sea abierto, inclusivo y accesible para las personas con discapacidad". Y señala que los Estados incluirán en su legislación los siguientes elementos: a) La prohibición de la discriminación por motivos de discapacidad en relación a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables; b) La protección de los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que el resto de las personas trabajadoras; al acceso a condiciones de trabajo justas y favorables, y, en particular, a la igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor; a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección

contra el acoso; y a la reparación por agravios sufridos; c) El aseguramiento del ejercicio de sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones que las demás personas trabajadoras; d) El acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua; e) El fomento de oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, apoyándolas en la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo; f) La promoción de las oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias; g) La atención al empleo en el sector público; h) La promoción del empleo en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas; i) La vigilancia del desarrollo de ajustes razonables en el lugar de trabajo; j) La promoción de la adquisición de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto; k) La promoción de programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.

### 2.1.4. Accesibilidad y otros derechos

Acabamos de presentar ejemplos de la presencia de la accesibilidad en el contenido de algunos derechos. Ahora bien, como ya señalamos, esta presencia se extiende a todos y cada uno de los derechos. Vamos a referirnos a algunos derechos en los que esta conexión es explícita y a otros en donde puede pasar inadvertida. Como tendremos ocasión de ver, la accesibilidad está también presente en los derechos individuales.

#### *2.1.4.1. Accesibilidad y derecho al agua*

En 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas[118] reconocía de manera explícita el derecho a agua potable y al saneamiento como derecho esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos. Este reconocimiento también será recogido en una resolución de ese mismo año del Consejo de Derechos Humanos[119], en la que se afirma que es un derecho que se deriva del derecho a un nivel adecuado de vida:

> el derecho humano al agua y al saneamiento se deriva del derecho a un nivel de vida adecuado, y está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, así como al derecho a la vida y a la dignidad humana[120].

[118] Asamblea General de las NNUU. (2010). Resolución A/RES/64/292. El derecho humano al agua y el saneamiento.
[119] Consejo de Derechos Humanos. (2010). Resolución A /HRC/RES/15/9. Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento.
[120] Ídem.

Así, se considera que el derecho al agua es "el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico"[121]. Como se habrá advertido, la accesibilidad forma parte de su propia definición.

Y es que el contenido del derecho al agua se concreta a partir de una serie de elementos muchos de ellos con un significado próximo o coincidente con la accesibilidad:

1. Disponibilidad. Abastecimiento de agua de manera suficiente y continua, para usos personales y domésticos como son el consumo, saneamiento (evacuación de excretas), colada, preparación de alimentos e higiene (personal y doméstica).

2. Accesibilidad física. Los servicios e instalaciones de agua deben estar en el interior de cada hogar, institución educativa y de salud, lugar de trabajo, o en su cercanía más inmediata[122]. La accesibilidad en el acceso implica también la garantía de la seguridad física a la hora de acceder al suministro, tanto en el camino como en las propias instalaciones. Las estructuras deben ser estables y el suelo estar diseñado de una manera que reduzca el riesgo de accidentes. De forma específica es necesario que existan instalaciones apropiadas y disponibles para niños, personas con alguna discapacidad y personas mayores.

3. Calidad. El agua debe ser potable, salubre, carente de microorganismos o sustancias peligrosas que puedan perjudicar la salud de las personas y debe ser aceptable para cada uso personal u doméstico.

4. Accesibilidad económica (o asequibilidad): El acceso a los servicios de agua y saneamiento debe garantizarse sin que ello comprometa la capacidad de las personas para adquirir otros bienes y servicios esenciales (alimentación, vivienda, salud, educación)[123].

5. Aceptabilidad o adecuación cultural: Las instalaciones y servicios de agua y saneamiento deben ser aceptables y permitir las prácticas de higiene aceptables desde el punto de vista cultural. Esto implica también considerar cuestiones de género.

---

[121] Observación general número 15 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[122] De acuerdo con la OMS, la fuente de agua debe encontrarse a menos de 1 000 metros del hogar y el tiempo de desplazamiento para la recogida no debería superar los 30 minutos.

[123] A modo orientativo, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ha sugerido que el precio que se pague por el servicio de agua no debería superar el 3 % de los ingresos del hogar.

### *2.1.4.2. Accesibilidad y libertad de expresión e información*

Como es bien conocido, la Constitución española protege, en su artículo 20, lo que el Tribunal Constitucional, ya en sus primeras sentencias, calificó como libertades que garantizan una "comunicación pública libre" (Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1981, de 16 de marzo, FJ 3); la facultad de la ciudadanía de comunicarse en libertad. De manera principal se ampara la libertad de expresión propiamente dicha —el derecho a expresar y difundir cualquier modalidad de pensamiento por cualquier medio— y la libertad de información —el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio—.

En el ámbito internacional, la libertad de expresión es uno de los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Se encuentra reconocida en su artículo 10. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha insistido en que "la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de las sociedades democráticas, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres" (asunto *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, p. 49).

Se ha discutido ante el TEDH si del artículo 10 cabe derivar un derecho al foro, esto es, un derecho frente al Estado e, incluso, frente a particulares para acceder a espacios en los que poder comunicar información al público. En el asunto *Appleby* se discutió si la negativa de un centro comercial a permitir a los demandantes instalar un puesto de información y recogida de firmas a favor de una campaña medioambiental constituía una lesión del derecho. El Tribunal afirmó lo siguiente:

> Esta disposición, a pesar de la reconocida importancia de la libertad de expresión, no otorga ninguna libertad de foro para el ejercicio de ese derecho. Aunque es cierto que los desarrollos demográficos, sociales, económicos y tecnológicos están cambiando el modo en que las personas se mueven y entran en contacto con las demás, el Tribunal no está convencido de que esto exija la creación automática de derechos de entrada en propiedades privadas, o incluso, necesariamente, en todo lugar de propiedad pública (oficinas de Gobierno y ministerios, por ejemplo). Cuando, sin embargo, el impedir el acceso a la propiedad tiene el efecto de evitar el ejercicio efectivo de la libertad de expresión o se puede decir que se ha destruido la esencia del derecho, el Tribunal no excluirá que pueda surgir una obligación positiva por parte del Estado para proteger el goce de los derechos que señala el Convenio regulando los derechos de propiedad (asunto *Appleby y otros c. Irlanda*, de 6 de mayo de 2003, p. 47).

Sin embargo, la libertad de expresión sí que ampara el acceso a internet. El TEDH se preocupó, en el contexto de la resolución de un recurso, en indagar en la legislación de veinte Estados miembros del Consejo de Europa (Alemania, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, España, Estonia, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia, Lituania, Holanda, Polonia Portugal, República checa, Rumanía, Reino Unido, Rusia, Eslovenia y Suiza) y llegó a la conclusión de que el derecho de acceso a Internet está teóricamente protegido por las garantías constitucionales existentes en materia de libertad de expresión y de libertad de recibir ideas e informaciones.

De este modo, el conjunto de garantías generales consagradas a la libertad de expresión constituye una base adecuada para reconocer igualmente el derecho de acceso, sin trabas, a Internet, que es "en la actualidad el principal medio de la gente para ejercer su derecho a la libertad de expresión y de información: ofrece herramientas esenciales de participación en actividades y debates relativos a cuestiones políticas o de interés público" (asunto *Ahmet Yildirim c. Turquía*, de 18 de diciembre de 2012, p. 31 y 55).

También ha reiterado el Tribunal que, teniendo en cuenta su capacidad para almacenar y comunicar grandes cantidades de información, Internet desempeña un rol importante a la hora de mejorar el acceso del gran público a las noticias y facilitar la difusión de información en general (asunto *Delfi As c. Estonia*, de 16 de junio de 2015). Y "aunque no se ha demostrado que Internet, con las redes sociales, sea más influyente que la radio y la televisión , lo cierto es que estos nuevos medios de comunicación son poderosas herramientas de comunicación que pueden facilitar significativamente el logro" de los objetivos perseguidos (*Animal Defenders International c. Reino Unido*, de 22 abril 2013).

De esta forma, el TEDH ha considerado como violaciones de la libertad de expresión y de información, supuestos de limitaciones de acceso a internet (*Cengiz y Otros c. Turquía*, de 1 de diciembre de 2015; *OOO Flavus y Otros c. Rusia*; *Bulgakov c. Rusia, Engels c. Rusia* y *Vladimir Kharitonov c. Rusia*).

Así, de la normativa y jurisprudencia española e internacional, cabe deducir la existencia de un derecho de acceso a la información que se extiende a las modernas formas expresivas y comunicativas que ofrecen Internet y las redes sociales.

La garantía del acceso se proyecta no solo respecto a los poderes públicos sino también se aplica en las relaciones entre particulares, especialmente cuando nos encontramos con entidades privadas que prestan servicios públicos y en el ámbito del derecho del consumo; en segundo lugar, y como no estamos hablando

de un derecho absoluto, las limitaciones en el acceso deben estar previstas legalmente, deben ser necesarias en una sociedad democrática y proporcionales.

En lo que tiene que ver con el ejercicio de la libertad de expresión y el acceso a la información a través de Internet cabe advertir que, sin duda, está garantizada una accesibilidad por la vía de los derechos de las personas consumidoras de servicios y productos electrónicos, que se potencia cuando se trata de personas consumidoras vulnerables.

En relación con las personas en situación de vulnerabilidad, el acceso a servicios como Internet, imprescindible para el ejercicio de las libertades de expresión e información, debe articularse desde la óptica del diseño universal, de manera que lo puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, añadiendo, en su caso, las medidas de accesibilidad necesarias para asegurar la expresión y comunicación.

A este respecto, la reciente Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones, contempla como uno de sus objetivos (artículo 3.d)

> impulsar la innovación en el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones, en aras a garantizar el servicio universal y la reducción de la desigualdad en el acceso a internet y las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), con especial consideración al despliegue de redes y servicios a la ciudadanía vinculados a la mejora del acceso funcional a internet

Como una de las obligaciones específicas de los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas y de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público está la de garantizar "la mayor disponibilidad posible de los servicios de comunicaciones vocales y de acceso a internet a través de las redes públicas de comunicaciones electrónicas en caso de fallo catastrófico de la red o en casos de fuerza mayor" y la de adoptar "todas las medidas necesarias para garantizar el acceso sin interrupciones a los servicios de emergencia y la transmisión ininterrumpida de las alertas públicas" (artículo 63.6).

Y entre los derechos que dicha ley garantiza está el de

> acceder, a través de su servicio de acceso a internet, a la información y contenidos, así como a distribuirlos, usar y suministrar aplicaciones y servicios y utilizar los equipos terminales de su elección, con independencia de la ubicación del usuario final o del operador o de la ubicación, origen o destino de la información, contenido, aplicación o servicio (Artículo 65.1.h).

Finalmente, entre las obligaciones que esta ley impone a los poderes públicos en relación con los asuntos que aquí nos ocupan, hay que mencionar (Disposición adicional decimosexta. Políticas de impulso de los derechos digitales) que

> el Gobierno, en colaboración con las Comunidades Autónomas, elaborará un Plan de Acceso a Internet con los siguientes objetivos: a) superar las brechas digitales y garantizar el acceso a internet de los colectivos vulnerables o con necesidades especiales y de entornos familiares y sociales económicamente desfavorecidos; b) impulsar la existencia de espacios de conexión de acceso público y c) fomentar medidas educativas que promuevan la formación en competencias y habilidades digitales básicas de las personas y colectivos en riesgo de exclusión digital y la capacidad de todas las personas para realizar un uso autónomo y responsable de internet y de las tecnologías digitales.

*2.1.4.3. Accesibilidad y libertad religiosa*

El artículo 16 de la Constitución española garantiza el derecho a la libertad religiosa a los individuos y las comunidades, en el marco de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo, que ordena el texto constitucional como valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 de la Constitución española). La libertad religiosa se conforma como un derecho inherente a la dignidad humana, que proclama el artículo 10.1 de la Constitución española, y que comprende, en su faceta interna, el derecho a tener unas u otras creencias o convicciones, y en su aspecto externo, el derecho a expresar o manifestar las mismas (Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1985, de 13 de febrero, FJ 2). Asimismo, este derecho comprende tanto el derecho a "adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones", como la posibilidad de actuar de acuerdo con las propias ideas y a expresar las mismas de acuerdo con el artículo 20.1 a) de la Constitución española (Sentencia del Tribunal Constitucional 20/1990, FJ 10).

La Ley Orgánica de Libertad Religiosa (en adelante, LOLR) no se refiere de forma expresa a la accesibilidad, pero se refiere tácitamente a la misma cuando define el alcance y contenido del derecho de libertad religiosa.

La libertad religiosa y de culto comprende, desde la perspectiva individual, el derecho a:

> a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias

> creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas. b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades, celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales. c) Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento; elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. d) Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente Ley Orgánica (artículo 2.1 LOLR).

La efectividad del derecho de libertad religiosa requiere que las confesiones religiosas puedan establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos (2. 2 LOLR).

El acceso a los lugares de culto es una de las principales demandas de las personas con discapacidad, especialmente debido a las numerosas barreras con la que estas pueden encontrarse en la vía pública, así como por la necesidad de adecuar los lugares de culto a las necesidades específicas que presenta este colectivo. Los obstáculos que impidan la accesibilidad de las personas con discapacidad a los lugares de culto pueden eliminarse de acuerdo con un doble planteamiento. En primer lugar, tanto los individuos como las confesiones religiosas pueden ejercer su derecho de participación en la gestión urbanística, que ordena la Ley del Suelo, para trasladar a los ayuntamientos sus necesidades específicas en materia de accesibilidad a los lugares de culto. Y, en segundo lugar, dado que los lugares de culto se someten a la misma regulación que los locales destinados a la reunión de personas u organización de espectáculos, los ayuntamientos deberán comprobar las condiciones de accesibilidad de los lugares de culto en el contexto de la concesión de la preceptiva licencia de instalación y funcionamiento.

#### *2.1.4.4. Accesibilidad y energía*

La accesibilidad desempeña también un papel esencial en lo que pueden ser denominados como derechos evidentes, esto es, derechos que, a pesar de no estar explícitamente reconocidos, forman parte del discurso de los derechos humanos al constituir dimensiones esenciales del desarrollo de una vida humana digna. Uno de estos derechos es el acceso a la energía.

El artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios". El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 profundiza en este aspecto en su artículo 11 al reconocer el derecho a una vivienda adecuada y el "derecho al acceso a energía para la cocina, la iluminación y la calefacción" en el que "los gastos derivados del uso del hogar deberían ser de un nivel que no impida ni comprometa la satisfacción de otras necesidades básicas". La Agenda 2030 contempla como objetivo número 7, "garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos".

## 2.2. Nuevas dimensiones de la accesibilidad desde su sentido amplio

La accesibilidad universal en el sentido amplio incorpora dimensiones a su significado y alcance que derivan del enfoque de derechos.

### 2.2.1. Los apoyos y la asistencia

La idea de accesibilidad en sentido amplio no se puede explicar sin tener en cuenta los apoyos y la asistencia. Estas ideas forman parte de su contenido en todas sus proyecciones, aunque de forma más clara cuando se trata de servicios o de derechos.

Y es que apoyo y asistencia son dos referentes del enfoque de derechos humanos aplicado a la discapacidad (y en general a lo que podemos entender como el discurso de los cuidados en las situaciones de vulnerabilidad y fuera de ellas). Se trata de dos referentes que acompañan a la idea de persona y que en el campo de la satisfacción de los derechos se convierten en esenciales.

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, como la dignidad, la universalidad, la autonomía individual, la igualdad y la no discriminación, la participación y la inclusión[124].

[124] A/HRC/34/58, 20/12/2016.

Y esta relevancia se proyecta en el eje de accesibilidad.

En efecto, como estamos viendo, el diseño implica configurar algo como susceptible de ser utilizado por todas las personas, lo que incluye, diseño universal en sentido estricto y propio, tener en cuenta a las personas con discapacidad en su propia configuración, esto es, apoyar y asistir desde el principio el acceso; diseño universal en sentido estricto impropio, esto es, realizar actuaciones concretas hacia las personas con discapacidad (apoyar y asistir el acceso a través de adaptaciones generales); y, medidas de accesibilidad, generales a todas las personas o a las personas con discapacidad que participan de los sentidos anteriores. Por su parte, los ajustes suponen el apoyo o la asistencia al acceso dirigida a personas concretas en situaciones también concretas.

Los apoyos y la asistencia se pueden manifestar a través del diseño de técnicas, instrumentos o procedimientos, o también mediante la colaboración de personas. Apoyos y asistencia pueden ser tratados de manera conjunta poseyendo tres proyecciones: a) la del ejercicio de los derechos (vinculada y presente en todos los derechos); b) la de la toma de decisiones (vinculada al ejercicio de la capacidad jurídica); y, c) la de las actividades básicas (o fundamentales) de la vida diaria (vinculado a la vida independiente y a la inclusión en la comunidad). En ocasiones, todas las proyecciones se pueden reconducir a la primera al ser la actividad el contenido de un derecho y, de esa forma, consustancial a su ejercicio.

*2.2.1.1. El apoyo a la toma de decisiones*

Un ejemplo de la dimensión de la accesibilidad vinculada al apoyo lo constituye el apoyo a la toma de decisiones en el ámbito de la capacidad jurídica. En este punto adquiere relevancia el artículo 12 de la Convención que bajo la rúbrica "Igual reconocimiento como persona ante la ley", contiene las principales previsiones de este tratado en materia de capacidad jurídica. Así, el apartado 2 del artículo 12 señala que

> las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida" y su apartado 3 establece la obligación de los Estados de adoptar "las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La Observación general número1 del Comité (OG Nº1)[125] sobre los derechos de las personas con discapacidad ha señalado que el artículo 12 de la Convención supone el reemplazo de los regímenes de sustitución en la toma de decisiones —caracterizados por permitir la privación o limitación de la capacidad jurídica, por nombrar a un tercero que reemplaza a las personas con discapacidad en la toma de decisiones y por orientarse a la protección de su mejor interés— por un nuevo modelo de apoyo que parte del reconocimiento de la igual capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad y exige la adopción de medidas, incluidas la asistencia en la toma de decisiones, para garantizar su ejercicio respetando su voluntad y preferencias.

La Observación general número 1 vincula expresamente el paradigma del apoyo en la toma de decisiones con el enfoque de derechos humanos que asume la Convención en el tratamiento de la discapacidad y con los valores principales que presiden el discurso de los derechos y, en particular, con la dignidad, la igualdad y la autonomía (en especial párrafos 3, 4, 33)[126]. Y, desde el modelo social, resalta que las dificultades que las personas con discapacidad encuentran en la toma de sus decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica no tienen que ver exclusivamente con sus deficiencias individuales, sino también con el diseño no inclusivo de los entornos, y, en particular, de los entornos comunicacionales, cognitivos y actitudinales (en especial párrafos 13 y 17) y cuando afirma que en las diferencias en la capacidad mental inciden muchos factores, entre ellos, factores ambientales y sociales.

Así, de acuerdo con la Convención, la capacidad jurídica, que incluye "la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho", se predica por igual de todas las personas con discapacidad, si bien existirán diversas modalidades de ejercicio en función de los apoyos que se precisen y que implican la adaptación de tal ejercicio a la situación y necesidades de las personas con discapacidad (y de otras personas que necesiten soporte en este terreno).

Cabe señalar que la Observación general número 1 usa un concepto muy amplio de apoyo que incluye, entre otras, medidas relacionadas con la

[125] *Observación general núm. 1. Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley*, CRPD/C/GC/1, 2014. Vid. sobre el sentido de esta Observación Arstein-Kerslake A. y Flynn, E. (2015). The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Roadmap for Equality Before the Law. Manuscript version of article published in *The International Journal of Human Rights, (20),* pp. 1-37.

[126] Vid. sobre la revisión del sentido de estos valores para lograr la plena inclusión de las personas con discapacidad en el discurso de los derechos y la conexión de esta revisión con el artículo 12 de la Convención, Cuenca Gómez, P. (2021). "De objetos a sujetos de derechos. Reflexiones filosóficas sobre el artículo 12 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad" en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política.* (pp. 47-75). Marcial Pons.

accesibilidad —a través de la estrategia del diseño universal y los ajustes razonables— de los entornos, en sentido amplio, los espacios y los procedimientos relacionados con el ejercicio de la capacidad jurídica y de toda la información y comunicación correspondiente (párrafos 17, 34 y 37). Así, por ejemplo, se menciona 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, o la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbal para expresar su voluntad y sus preferencias.

Entre los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica se encuentra el apoyo en la toma de decisiones que consiste en que una o más personas asisten a otras en el proceso de adopción de decisiones y ejercicio de su capacidad. De esta forma, el apoyo en la toma de decisiones sería tan solo uno de los tipos de apoyo que demanda el artículo 12.3. En todo caso, la intervención de un tercero en la esfera de autonomía de la persona con discapacidad en el modelo de apoyo tiene un sentido muy distinto del que posee en el modelo de sustitución. En este punto de manera categórica advierte la Observación general número 1 que los apoyos nunca deben consistir en decidir «por» las personas (párrafo 17), sino en ayudar a las personas a tomar sus propias decisiones. En esta dimensión el apoyo en la toma de decisiones da cuenta del carácter relacional de la autonomía[127] reconociendo que toda persona tiene derecho a ejercer su autonomía, pero que esta puede ser ejercida con la ayuda y la asistencia de otras personas.

La Observación general número 1 insiste, además, en que los sistemas de apoyo deben contar con salvaguardas «adecuadas y efectivas» (párrafo 20), mencionadas en el artículo 12.4 de la Convención, que inciden en la individualización y proporcionalidad de las medidas, en la necesidad de su revisión periódica por un órgano judicial, en la protección frente al abuso, los conflictos de interés y la influencia indebida y, especialmente, en el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias. En efecto, en la interpretación del artículo 12.4, el Comité entiende que el objetivo principal de estas salvaguardas radica en garantizar el "respeto de los derechos, voluntad y preferencias" de las personas con discapacidad (párrafo 20). En este sentido, uno de los grandes cambios que propugna el artículo 12 es el reemplazo del parámetro del mejor interés «objetivo», como canon orientador de las decisiones sustitutivas, por el

[127] Vid. Cuenca Gómez, P. (2012). Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos. *Revista de Estudios Políticos,* (158), 103 - 137.

respeto a voluntad y preferencias como criterio que debe guiar las decisiones con apoyo.

De lo anterior se derivan, en lo que atañe a la reforma legal, dos grandes obligaciones para los Estados (párrafo 50)*:* 1) reconocer a las personas con discapacidad como personas ante la ley con capacidad jurídica en igualdad de condiciones eliminando los mecanismos sustitutivos que permiten negar o restringir la capacidad jurídica 2) establecer, reconocer y proporcionar a las personas con discapacidad el acceso a una "amplia gama de formas de apoyo" en el ejercicio de su capacidad jurídica que incorporen salvaguardas fundamentadas en el respeto de sus derechos, voluntad y preferencias.

Pues bien, en España tras años de compromisos y plazos incumplidos, finalmente la Ley 8/2021 de 2 junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica supone la adaptación de nuestra legislación civil a la Convención[128]. Esta ley presenta como grandes hitos plasmados en el nuevo Título XI del Libro Primero del Código Civil que pasa a rubricarse "De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica" la abolición de la incapacitación, que deja de ser un estado civil; la no inclusión de ninguna restricción o limitación de la capacidad jurídica por razones de discapacidad; la eliminación de los tradicionales mecanismos de sustitución en la toma de decisiones, la tutela y la patria potestad prorrogada o rehabilitada, del ámbito de la discapacidad; y la regulación de un sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad en coherencia con el artículo 12 de la Convención.

El nuevo artículo 249 del Código Civil establece los principios generales que orientan el modelo de apoyo adoptado en la reforma: las medidas de apoyo se inspirarán en la protección de la dignidad de la persona y de sus derechos, respetarán su voluntad, deseos y preferencias y se ajustarán a los principios de necesidad y proporcionalidad. Este artículo también indica que el objetivo esencial de las medidas de apoyo es ayudar a las personas a "desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándoles, ayudándoles en su comprensión y razonamiento y facilitándoles la expresión de sus preferencias". Las instituciones de apoyo pueden tener funciones representativas solo en situaciones excepcionales, cuando a pesar de un "esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona". En estos

[128] Sobre esta reforma se han publicado diferentes estudios en el ámbito del Derecho civil. Pueden verse los trabajos sobre el Anteproyecto publicados en la Revista de Derecho civil en el número 5 (3) de 2018. Y sobre la versión final de la reforma Vid. por ejemplo los trabajos incluidos en Guilarte Martín-Calero, C. (*dir*.). (2021). Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Aranzadi.

casos, el apoyo puede tomar decisiones en nombre de la persona, teniendo en cuenta "la historia de vida de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que hubiera tenido en cuenta para tomar sus decisiones si no requiriera representación".

El nuevo artículo 250 del Código Civil pretende dar prioridad a las medidas de apoyo "voluntarias" diseñadas por la persona, estableciendo quién debe prestar apoyo y en qué medida. Según el artículo 255 las personas mayores de edad o menores emancipadas pueden concertar medidas de apoyo (personales o económicas) en documento público ante notario en previsión de circunstancias futuras o en apreciación de circunstancias actuales que puedan dificultar el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.

Las medidas de "origen legal o judicial" solo deben adoptarse "en ausencia de voluntad de la persona". Como medidas subsidiarias de apoyo, el artículo 250 menciona la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. Por tanto, el nuevo modelo de apoyo se basa en figuras ya conocidas, pero cuyo nuevo rol será "asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en que sea necesario, respetando su voluntad, deseos y preferencias".

La nueva normativa refuerza la guarda de hecho como una institución de apoyo informal o natural, pasando de ser concebida como una medida provisional y bajo sospecha a contemplarse como un mecanismo de asistencia permanente. El defensor judicial se define como un apoyo ocasional para determinado tipo de situaciones: para cubrir necesidades de apoyo que no estén garantizadas por otra medida, en situaciones de conflicto de interés, o en caso de incapacidad temporal de la persona de apoyo habitual. La reforma presta especial atención a la regulación de la curatela concebida como un apoyo permanente judicialmente establecido y aplicable cuando no exista otra medida disponible o suficiente.

Según el nuevo artículo 268 del Código Civil, la persona curadora debe respetar siempre la máxima autonomía de la persona que necesita asistencia en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe favorecer su voluntad, deseos y preferencias. La curatela se concibe como un apoyo formal y personalizado con diversos grados de intensidad, y el nuevo artículo 269 establece que la autoridad judicial determinará los actos en los que la persona requiera la intervención de la persona curadora de acuerdo con sus necesidades específicas de apoyo. La autoridad judicial precisará también los actos en los que, en casos excepcionales, el curador o curadora tendrá funciones representativas y la resolución judicial nunca incluirá la "mera" privación de derechos.

La reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, a pesar de suponer un gran hito y un avance fundamental, presenta algunas deficiencias[129]. Este es el caso de la regulación de la curatela representativa que, finalmente, no termina habilitándose normativamente únicamente en los casos en los que la persona no puede expresar voluntad y preferencias, sino en las situaciones en las que considere "indispensable" teniendo en cuenta la "situación de la persona" y puede proyectarse, además, en una pluralidad de decisiones. Si la curatela representativa no se limita a las decisiones que necesitan ser tomadas o a situaciones en las que la voluntad y las preferencias no pueden determinarse, se hace muy complicado distinguir al "curador representativo" de la institución de la tutela. Además, en la nueva regulación se permite imponer la curatela no solo sin contar con la voluntad de la persona, sino también en contra de su voluntad[130]. Estos aspectos revelan que el paradigma del "mejor interés" que considera a las personas con discapacidad como objetos de protección, y no como sujetos, sigue estando presente después de la reforma.

Por lo que respecta a la aplicación de la reforma el trabajo desarrollado por el Observatorio de jurisprudencia puesto en marcha por Plena Inclusión, la Asociación de Entidades de Apoyo en la Toma de Decisiones y el Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces Barba de la Universidad Carlos III de Madrid revela que tal aplicación judicial sigue respondiendo, en muchos casos, a la filosofía del modelo de sustitución en el que se basaba la anterior regulación. En efecto, las resoluciones judiciales no siempre tienen en cuenta la voluntad de la persona, emplean un lenguaje inadecuado, y confirman el temor del abuso preocupante de la curatela representativa (que parece pensarse como la "nueva tutela") sin que se fundamente su necesidad (y mucho menos se reserve este tipo de curatela para los casos en los que no puede determinarse voluntad y preferencias). Esta situación pone de manifiesto la pervivencia de barreras actitudinales que deben ser eliminadas proporcionando formación en el paradigma de los apoyos.

Por otro lado, la reforma de la legislación civil no ha ido acompañada de la revisión de toda la legislación de desarrollo de los derechos fundamentales que, en ocasiones, sigue apelando a la incapacitación como un estatus legal que impide su ejercicio y no contempla la operatividad de los mecanismos de apoyo, ni incluye salvaguardas apropiadas.

---

[129] Vid. una visión crítica del Anteproyecto en Cuenca Gómez, P. (2018). Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (38), 82 - 101.

[130] Martínez Pujalte, A.L. (2020). A propósito de la reforma de la legislación española en materia de capacidad: la voluntariedad como nota esencial del apoyo. *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, (42), pp. 240 - 262.

### *2.2.1.2. La asistencia personal*

Un ejemplo de la dimensión de la accesibilidad vinculada a la asistencia es la asistencia personal. Se trata de un tipo de apoyo a las personas con discapacidad. La antigua Relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad en su estudio temático sobre el acceso de las personas con discapacidad a apoyo, define este 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". En este informe, la Relatora aclara que el apoyo también incluye a la asistencia personal y explica que "el apoyo a las personas con discapacidad comprende una amplia gama de intervenciones de carácter oficial y oficioso, como la asistencia humana o animal y los intermediarios, las ayudas para la movilidad, los dispositivos técnicos y las tecnologías de apoyo".

En el mismo informe, la Relatora explica que no tener el acceso a un apoyo de calidad impide a las personas con discapacidad vivir y participar en la comunidad como lo hacen las demás personas y, subraya:

> [s]in un apoyo adecuado, las personas con discapacidad están más expuestas a un trato negligente o a ser institucionalizadas. ( ) 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[131].

Como han señalado Rodríguez-Picavea y Romañach, un asistente personal

> es una persona que ayuda a otra a desarrollar su vida... El Asistente Personal es por tanto aquella persona que realiza o ayuda a realizar las tareas de la vida diaria a otra persona que, por su situación, bien sea por una diversidad funcional o por otros motivos, no puede realizarlas por sí misma  El Asistente Personal acompaña a la persona, tradicionalmente una persona discriminada por su diversidad funcional, para realizar las tareas que ésta le indica cuando se le indica, convirtiéndose así en sus brazos, sus ojos, sus oídos, etc.[132].

Se trata de una asistencia destinada a apoyar la vida independiente de las personas lo que implica no verse obligado a vivir de acuerdo a un sistema de

[131] Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2017. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/436/69/PDF/G1643669.pdf?OpenElement. (Última consulta 25 de marzo de 2023).

[132] Rodríguez-Picavea, A. y Romañach, J. (2006). Consideraciones sobre la figura del Asistente Personal. En *El Proyecto de Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia en Foro de Vida Independiente*. Disponible en https://www.asistenciapersonal.org/sites/default/files/publicaciones/15-consideraciones_sobre_ap_en_proyecto_lapad.pdf (Última consulta 25 de marzo de 2023).

vida preconfigurado y no querido[133]. Un correcto desempeño del apoyo o de la asistencia implica, obviamente, que logren su propósito: la vida independiente y la satisfacción de los derechos. Todo ello, como destacan Ana Suñé e Iñaki Martínez empoderando a la persona con discapacidad y sin sustituir su voluntad. Así, como han señalado estos autores/as,

> aunque la finalidad última que se persigue es la consecución de un proyecto de vida independiente por parte de la persona con discapacidad, lleva implícito la consecución de los siguientes aspectos: —Facilitar la autodeterminación y la toma de decisiones de las personas con discapacidad. —Proporcionar a las personas con discapacidad el soporte personal necesario para llevar a cabo su proyecto de vida independiente. —Aumentar el nivel de satisfacción de las personas con discapacidad respecto a la consecución de una vida autónoma. —Reducir la sobrecarga o estrés que se produce entre la persona con discapacidad y su entorno familiar y/o de ayuda. —Facilitar la participación activa y la toma de responsabilidades de las personas con discapacidad en relación al servicio que reciben[134].

Alejandro Rodríguez-Picavea y Javier Romañach han clasificado las tareas de asistencia personal en ocho tipos: personales, del hogar, de acompañamiento, de conducción, de comunicación, de coordinación, excepcionales y especiales. Según estos autores, las tareas personales:

> serán todas aquellas que están relacionadas directamente con la persona, tales como el aseo (lavar, duchar, afeitar, depilar, etc.), vestirse, levantarse de la cama, ayuda en las necesidades fisiológicas, ayuda para comer, beber, desvestirse y acostarse, preparación y toma de medicamentos. Atender el teléfono, tomar notas, pasar páginas, etc.

Las tareas del hogar son "las que se realizan dentro de la vivienda, desde la limpieza de la propia vivienda, pasando por hacer las camas, ordenar la ropa, utilizar los electrodomésticos, hasta hacer la comida o atender a animales o plantas". Por su parte, las tareas de acompañamiento son aquellas en las que

> se trata de acompañar a la persona con diversidad funcional (independientemente de su edad) en su casa, en el trabajo, en la calle (bien sea para gestionar papeles, ir al banco o a la compra), en los viajes y en las actividades de ocio. Así como en el tiempo de vacaciones.

[133] López Pérez, M. y Ruiz Seisdedos, S. (2018). Asistencia personal: equiparación de derechos y oportunidades. Comparativa entre Suecia y España, en *Revista Española de Discapacidad,6, (2)*, pp. 103 y ss.

[134] Suñe, A. y Martínez García, I. (2015). Bloque II. La figura del asistente personal, en E. Ortega Alonso (Coord.), *Situación de la asistencia personal en España.* Predif.

Por su parte, "cuando además de acompañar, el asistente tiene que conducir un coche, ya sea para llevar o recoger a la persona con diversidad funcional, acompañarla a recoger a terceros, etc., se trata de las tareas de conducción". Las tareas de comunicación se refieren "tanto a la interpretación en Lengua de Signos para personas con diversidad funcional auditiva, como a la interpretación de los diferentes Sistemas Alternativos de Comunicación que en ocasiones utilizan personas con limitaciones en la comunicación, (p. ej. Algunas personas con parálisis cerebral)". Tareas de coordinación son "las referidas a la planificación del día a día y a la ayuda de toma de decisiones". Las tareas excepcionales son "aquellas que vienen provocadas por una crisis de la persona asistida (que puede ser de carácter físico o psíquico)". Y, por último, las tareas especiales son "las referidas a actividades relacionadas con las relaciones sexuales (entendiendo por estas las que implican el acompañamiento o ayuda en la preparación)"[135].

En el derecho español, se menciona por primera vez a la asistencia personal a través de la Ley 51/2003 en el marco de igualdad de oportunidades (ahora integrada en la LGDPD). Sin definirla, esta ley incluía a la asistencia personal dentro de las medidas de acción positiva, dotándola de una naturaleza de mínimos. Pero es la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia la que finalmente define la asistencia personal: "servicio prestado por un asistente personal que realiza o colabora en tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal".

La lectura en solitario de esta definición coincide en gran parte con la que brindó años más tarde el Comité de la Convención en su observación general: "[e]l apoyo humano dirigido por el interesado o el "usuario" que se pone a disposición de una persona con discapacidad como un instrumento para permitir la vida independiente." El Comité indica que a pesar de que las formas de asistencia personal pueden variar, hay ciertos elementos que la diferencian de otros tipos de ayuda personal, que tienen que ver con la financiación: "controlada por la persona con discapacidad y serle asignada a ella para que pague cualquier asistencia que necesite" ( ) [sin dar] lugar a una reducción del presupuesto ni a un pago personal más elevado";

[135] Rodríguez-Picavea, A. y Romañach, J. (2006). Consideraciones sobre la figura del Asistente Personal. En *El Proyecto de Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia en Foro de Vida Independiente*, pp. 4 - 5. Disponible en https://www.asistenciapersonal.org/sites/default/files/publicaciones/15-consideraciones_sobre_ap_en_proyecto_lapad.pdf (Última consulta 25 de marzo de 2023).

El Comité hace esta afirmación a la vez que establece que "[e]l concepto de asistencia personal en que la persona con discapacidad no ejerce plenamente la libre determinación y el control de sí misma no se considerará conforme con el artículo 19" y, explica que "[l]os proveedores de servicios de apoyo a menudo describen erróneamente su servicio utilizando los términos "vida independiente" o "en la comunidad" y "asistencia personal" ( )."

A través del Real Decreto-ley 20/2012, la legislación ha abierto la elegibilidad a la prestación económica que les permite acceder a la asistencia personal a todas las personas con discapacidad, independientemente del grado de discapacidad que tengan reconocido pero solo en las actividades relativas a la educación, trabajo y hogar, pero no, por ejemplo, para la participación en actividades sociales o de ocio. En la práctica, esto significa a menudo que, en lugar de poder participar libremente en toda la gama de la vida comunitaria, las personas con discapacidad tienen que organizar sus vidas en torno a cualquier tipo de apoyo práctico disponible.

En todo caso, el acceso a la asistencia personal en España es hasta ahora muy limitado. Esta prestación solo ha sido reconocida a 9 071 beneficiarias a fecha de 31 de enero de 2023 lo que supone, en comparación con el resto de servicios y prestaciones, la menos utilizada. En este sentido, las reformas previstas en el Anteproyecto de reforma de la Ley de Dependencia van en la línea de potenciar esta prestación al incluir el servicio de asistencia personal[136].

*2.2.1.3. Apoyo al ejercicio de derechos*

Un ejemplo de la accesibilidad como apoyo al ejercicio de derechos (con independencia de que ya hemos visto situaciones de este tipo), se presenta en relación con el sufragio.

El artículo 29 de la Convención establece que, "para garantizar la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores", exige a los Estados parte "cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar". La previsión de esta asistencia no vulnera el principio del secreto del sufragio, puesto que el secreto es básicamente un instrumento para la protección de la libertad del elector y la electora frente a coacciones y presiones externas, por lo que nada impide que el puedan romper ese secreto y revelar el sentido de su voto si lo desean. Por lo demás, en nuestro Ordenamiento jurídico la asistencia en la

[136] También propone extender y reforzar esta figura el *Informe de evaluación del sistema de promoción de la autonomía personal y atención a las situaciones de dependencia*, 2022.

votación ya se encontraba prevista en el artículo 87 Ley Orgánica de Régimen Electoral General (en adelante, LOREG) desde su redacción originaria (hoy el artículo 87.1 dispone que "los electores que no sepan leer o que, por discapacidad, estén impedidos para elegir la papeleta o colocarla dentro del sobre y para entregarla al Presidente de la Mesa, pueden servirse para estas operaciones de una persona de su confianza"), y ha sido reafirmada más recientemente por el nuevo artículo 3.2 (en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de modificación de la LOREG para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad), que establece que toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio "con los medios de apoyo que requiera". Sin embargo, el artículo 87 se había entendido hasta ahora únicamente aplicable a personas con discapacidad física o visual, y a las operaciones meramente materiales de recogida de la papeleta e introducción del sobre en la urna[137]; y, curiosamente, así sigue entendiendo el artículo 3.2 la Junta Electoral Central, que, en la Instrucción 7/2019, de 18 de marzo, en la que pretende clarificar el contenido del artículo 3.2 de la LOREG, solo indica a este respecto que "las personas con alguna discapacidad podrán valerse de alguien que les acompañe, o de algún medio material para trasladar los sobres electorales a los miembros de la Mesa Electoral". La Junta Electoral Central no parece advertir que la nueva redacción del artículo 3.2 extiende notablemente el alcance de la asistencia, pues se refiere genéricamente a cualesquiera medios de apoyo, permitiendo, además, por tanto, que el apoyo sea solicitado por la persona que lo requiere no solo a una persona de su confianza, sino incluso a la propia Mesa Electoral. Así pues, si una persona con discapacidad intelectual, por ejemplo —al igual que cualquier otra persona—, indica a un/a componente de la mesa que quiere votar a un determinado candidato, la mesa tendrá la obligación de facilitarle la papeleta correspondiente.

Otro ejemplo que puede servirnos, aunque posee una construcción jurídica cuestionable y necesitada de reforma, es el del empleo con apoyo.

La Constitución española dispone que "todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo" (artículo 35,1), y que los poderes públicos "realizarán una política orientada al pleno empleo" (artículo 40). Además, en su artículo 49 establece la obligación de los poderes públicos de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad.

[137] En este sentido, Gálvez Muñoz, L. (2009). El derecho de voto de los discapacitados y otras personas vulnerables. Teoría, crítica y práctica. Tirant lo Blanch.

La Convención, en su artículo 27, se refiere al derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás, en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles.

Por su parte, el artículo 35 de la LGDPD, reconoce que "las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación". Y el artículo 37 de esa misma ley, dispone que "será finalidad de la política de empleo aumentar las tasas de actividad y de ocupación e inserción laboral de las personas con discapacidad, así como mejorar la calidad del empleo y dignificar sus condiciones de trabajo, combatiendo activamente su discriminación".

Finalmente, es importante tener en cuenta la prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 de la Constitución y lo dispuesto en el artículo 9,2 del mismo texto constitucional: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

Pues bien, una medida importante en el ámbito del empleo ordinario de las personas con discapacidad es la del empleo con apoyo. El artículo 41 de la LGDPD señala:

> Los servicios de empleo con apoyo son el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades de inclusión laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes. Los servicios de empleo con apoyo se regularán por su normativa reglamentaria.

El sistema del empleo con apoyo se regula en España por el Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo. Este Real Decreto estima como personas beneficiarias a: a) Personas con parálisis cerebral, personas con trastorno de la salud mental, personas con discapacidad intelectual o personas con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 %; b) Personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 %, así como personas sordas y

con discapacidad auditiva con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 % (artículo 3).

En el Preámbulo del Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, puede leerse:

> En efecto, dentro del conjunto de las personas con discapacidad, existen grupos que, debido al tipo de deficiencia concreta que tienen, como por ejemplo parálisis cerebral o trastornos del espectro autista, o a su grado de minusvalía, se encuentran con mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo. Esta realidad exige la adopción de medidas específicas, que podrían considerarse de acción positiva dentro del grupo de las personas con discapacidad, ya que se trata de tratamientos más intensos y diferenciados para estimular la empleabilidad de estos grupos de trabajadores con discapacidad que tienen más dificultades de inserción laboral. Una de las medidas que puede favorecer de modo más importante la inserción de las personas con discapacidad severa en el mercado de trabajo ordinario es el empleo con apoyo. Éste consiste en un conjunto de actividades de orientación y acompañamiento individualizado que prestan, en el propio puesto de trabajo, preparadores laborales especializados a los trabajadores con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral que realizan su actividad en empresas normalizadas, del mercado ordinario de trabajo, en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos similares.

*2.2.1.4. Apoyos, asistencia y accesibilidad*

En definitiva, dentro de los apoyos y la asistencia es posible diferenciar una proyección universal, en donde tienen cabida el diseño (servicio de apoyo en un juzgado), incluso en su dimensión particular (servicio de apoyo a un colectivo de discapacidad concreto) y un ámbito individual, en donde entran en juego los ajustes (apoyo concreto a una persona).

Así, 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 que podemos denominar previa (que tiene lugar cuando se crea el producto, el entorno, el servicio o el derecho), en donde tienen cabida el diseño; una proyección posterior (cuando el diseño falla de forma justificada), en donde tienen cabida las medidas de accesibilidad (de ámbito general); y una proyección última (cuando el diseño y las medidas de accesibilidad fallan de forma justificada), de ámbito particular, en donde entran en juego los ajustes.

El apoyo y la asistencia a una actividad o a un conjunto de actividades puede así ser configurado como un servicio general, desde la idea del diseño universal, adaptado a los diferentes tipos de discapacidad y compatible con la

realización de ajustes razonables cuando sea preciso. Y esto vale para las diferentes formas de apoyo y asistencia.

A partir de aquí, sin dejar a un lado el referente de la accesibilidad, que es donde encuentran sentido y justificación los apoyos y la asistencia, es posible hacer una construcción diferente de estos según la actividad hacia los que vayan destinados.

### 2.2.2. Accesibilidad, universalidad e igualdad

Una segunda dimensión de la accesibilidad que adquiere un nuevo significado al contemplarla desde un enfoque de derechos, tiene que ver con los principios de universalidad e igualdad.

#### *2.2.2.1. La accesibilidad en un Estado complejo*

La diferente satisfacción de la accesibilidad según territorios o comunidades será más o menos admisible dependiendo del sentido restringido o amplio de la accesibilidad que manejemos. Desde el sentido restringido, que como señalamos es el habitual, esa diferente satisfacción puede no llegar a ser un problema, siempre y cuando no afecte a derechos.

Como es sabido el artículo 14 de la Constitución reconoce el derecho a la igualdad. La situación en el texto constitucional de este artículo provoca que el procedimiento para legislar sobre él, no existiendo reserva de ley orgánica, pueda ser el de las leyes ordinarias, habilitando la posibilidad de que las comunidades autónomas tengan mayor capacidad de intervención en la generación de un corpus jurídico propio y aplicable en su ámbito territorial.

A mayor abundamiento, el artículo 149.1 de la Constitución española clarifica de manera indubitada el criterio competencial vinculante a efectos del resto de capacidad legislativa en la eterna dicotomía entre Estado y comunidad autónoma, expresando que "1.ª La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales".

Las competencias exclusivas estatales en materia de igualdad se circunscriben a las condiciones básicas que sirvan para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos inherentes a cada individuo, ostentando en todo caso la correspondiente preponderancia frente a la normativa autonómica en caso de conflicto.

Pese a ello, partiendo del mandato a todas las instituciones públicas para la remoción de los obstáculos e impedimentos que provoquen discriminación o desigualdad entre las personas con nacionalidad española, no debemos olvidar que las competencias incluidas en el artículo 148 de la Constitución española, cuya característica común es que pueden ser asumidas, a través de los Estatutos autonómicos, por las comunidades autónomas, no solo deben ser interpretadas desde una visión integradora y con igualdad de oportunidades entre la ciudadanía, sino que son las herramientas necesarias para gestionar la eliminación de obstáculos que impiden o dificultan la satisfacción de derechos (artículo 9,2 de la Constitución española). Las comunidades autónomas pueden llegar a asumir de manera simultánea competencias en materias de ordenación del territorio, urbanismo, vivienda, arquitectura, obras públicas, ferrocarriles, puertos y aeropuertos, desarrollo económico, cultura, museos, bibliotecas, deporte, sanidad o asistencia social. Todas estas áreas competenciales son cruciales y elementales para la adopción de medidas que faciliten la igualdad de oportunidades. La accesibilidad en todas áreas debe ser un propósito ineludible en el ejercicio de las potestades legislativas autonómicas.

En todo caso, si mantenemos un sentido amplio de la accesibilidad, sería posible una utilización más fuerte del artículo 149,1 y, a través de esta, garantizar la igualdad de todas las personas de España en el ejercicio del derecho a la accesibilidad o de sus exigencias como factores determinantes para satisfacer otros derechos. Desde este sentido, es posible justificar la necesidad del establecimiento de criterios estatales homogéneos de carácter mínimo que permitan la realización de este derecho. Eso sí, siendo conscientes de que este título competencial es, de acuerdo con reiterada jurisprudencia constitucional, autónomo, positivo y habilitante, pero no legitima al Estado para realizar un diseño completo y acabado del régimen jurídico, que prohíba toda divergencia autonómica.

*2.2.2.2. La accesibilidad en el ámbito rural*

Por su parte, la atención al ámbito rural constituye una cuestión muy relevante cuando hablamos de la accesibilidad y, en general, cuando hablamos de la satisfacción de los derechos. Por eso no es extraño que la normativa internacional y nacional preste atención a los ámbitos rurales.

El diseño del entorno rural provoca la aparición de barreras, muchas de ellas estructurales, que hay que superar para el disfrute de los derechos. Y como no podría ser de otra forma, estas barreras repercuten claramente en la accesibilidad. Los entornos rurales son, en muchas ocasiones, olvidados cuando se aborda la accesibilidad, llegándose a producir situaciones de discriminación.

En todo caso, tanto el artículo 9 de la Convención como el artículo 22 de la LGDPD y buena parte de la normativa autonómica, se refieren a la exigencia de la accesibilidad "tanto en zonas urbanas como rurales".

*2.2.2.3. La accesibilidad en lo público y en lo privado*

La exigencia de accesibilidad, al ser universal, se proyecta en todas las personas, pero también en todos los bienes, productos, servicios y derechos. Sin embargo, seguramente por el manejo de una idea de accesibilidad en sentido débil o restringido, suele reducirse esa proyección quedando en ocasiones limitada al espacio de lo público o reforzada considerablemente en ese espacio respecto del privado.

Esta limitación de la accesibilidad puede estar presente también con el manejo de un sentido fuerte y amplio de la discapacidad, que la conecta con los derechos. Y ello es así porque, a pesar de que, desde un punto de vista teórico, la cuestión de la presencia de los derechos en el ámbito de las relaciones entre privados parece que está ya resuelto, desde un punto de vista social, como estamos insistiendo, ocurre algo distinto. Todavía existe la creencia de que los derechos se tienen frente al poder público y no frente a los poderes privados. En el ámbito de las relaciones privadas los derechos no tienen fuerza o, si la tienen, está muy reducida. Se trata de una concepción no adecuada de los derechos que se ve apoyada en ocasiones por normas y por posicionamientos judiciales.

Una correcta comprensión de los derechos exige situarlos tanto en el plano de lo público como en el de lo privado. Y algo parecido ocurre con la accesibilidad.

## 2.3. De nuevo sobre los límites de la accesibilidad

La construcción de la accesibilidad en un sentido que vaya más allá del que hemos denominado como débil, posee una repercusión muy relevante en la cuestión de los límites, al dar entrada al enfoque de derechos. La presencia de los derechos añade un plus de exigencia de justificación y eleva el discurso, demandando razones con un peso al menos similar al que poseen los derechos. Desde el sentido amplio o fuerte de accesibilidad, su incumplimiento no justificado implica la violación de un derecho.

Como señalamos en su momento, la accesibilidad puede encontrar sus límites en el estado de la ciencia y la técnica. Decíamos que, en estos casos, el entorno, producto, servicio o derecho, no es accesible de manera justificada, por lo que habrá que dar paso al ajuste. Eso sí, señalábamos también que el incumplimiento del diseño universal requiere de una justificación. Y cuando esta

justificación no es oportuna estaremos ante un caso de discriminación y de violación de un derecho.

Por otro lado, señalamos la posibilidad de hablar de límites consecuencia de la diversidad, en relación con los cuales, se exigía demostrar que se ha tenido en cuenta, en el mayor grado posible, el conocimiento de la diversidad humana, aclarando que esta situación sirve solo para justificar faltas de accesibilidad que inmediatamente deben ser subsanadas.

También nos referimos a otros dos tipos de límites: los actitudinales y los basados en otros derechos.

En relación con los límites actitudinales, ya señalamos cómo no son admisibles. Y esto se acrecienta si llevamos la accesibilidad al enfoque de derechos. Los límites actitudinales dificultan el ejercicio de derechos por lo que su solución no puede demorarse en el tiempo.

Veámoslo con ejemplos. Está claro que la ausencia de reconocimiento del derecho de sufragio a las personas con discapacidad es una discriminación. También tenemos claro que hay barreras que tradicionalmente han existido en este ámbito y que las tratamos ya como discriminaciones, como por ejemplo aquellas que no hacen accesible físicamente un colegio electoral. Sin embargo, existen otras barreras que pasan inadvertidas y que no son consideradas como auténticas discriminaciones. Por ejemplo, los programas electorales o incluso la normas que regulan los procesos electorales presentan problemas de accesibilidad cognitiva pero no se habla en estos casos de discriminación.

En el ámbito educativo, una educación segregadora o que funciona con barreras de accesibilidad no es admisible. Sin embargo, sabemos que existen personas sordas o personas ciegas y, a pesar de ello, nuestros materiales de enseñanza no los hacemos utilizando audio descripción o no impartimos nuestra docencia con intérpretes de lengua de signos. En ocasiones, utilizamos estas técnicas cuando se confirma la presencia de una persona con discapacidad, a modo de ajuste razonable. Pero podemos pensar que se trata de un mal uso del ajuste al utilizarse para corregir algo que puede ser considerado como discriminatorio.

Si nos mantenemos en el ámbito educativo, un límite actitudinal está constituido por la creencia de que es posible, o incluso más acertado, una educación no inclusiva. Se trata de una creencia que limita el acceso al derecho a la educación a algunas personas con discapacidad por lo que debe ser rechazado.

Imaginemos ahora un sistema laboral que se presenta como no discriminatorio con las personas con discapacidad (algo difícil) pero que su porcentaje de empleo es muy bajo porque las empresas piensan que estas personas no pueden trabajar (lo que podría entrar en la categoría de la discriminación) o simplemente porque es algo que no les interesa o en lo que no han caído.

Todas las situaciones anteriores constituyen de hecho límites a la accesibilidad que deben entenderse como verdaderas discriminaciones salvo que puedan justificarse apelando a algún derecho. Estos límites actitudinales en realidad son visiones que constituyen una mala interpretación de los derechos humanos (como puede ser pensar que estos poseen un menor valor en el campo privado al estar este presidido por otros valores). En ocasiones, lo que está detrás es el coste presentado en términos de razonabilidad (para algunos puede no ser razonable que existan intérpretes de lengua de signos en aulas donde no hay personas sordas)[138]. Y, en otras ocasiones, lo que hay es el predominio de unos derechos sobre otros (por ejemplo, la libertad de empresa frente al derecho al trabajo). Solo en este último de los casos puede discutirse sobre su admisibilidad, siempre y cuando se lleve a cabo un examen de su proporcionalidad y se tengan en cuenta la posible existencia de medidas y ajustes.

El tratamiento de la accesibilidad desde un enfoque de derechos, incide también claramente en otro de los límites que abordamos dentro de la categoría de los límites de lo posible: los límites que derivaban de la afectación de otros derechos y bienes. Y esta incidencia recae básicamente en el funcionamiento del juicio de proporcionalidad.

Y es que, como se señaló en su momento, este test toma como referencia fines y valores constitucionales y el peso de los bienes y derechos en juego. De esta manera, si manejamos un concepto de accesibilidad basado en los derechos humanos, su fuerza jurídica aumenta considerablemente y su limitación exige una justificación más exigente.

### 2.3.1. Costes y derechos

Como vimos, uno de los límites de la accesibilidad universal que puede aparecer tanto en el diseño universal cuanto en el ajuste razonable está relacionado con el coste desproporcionado.

[138] Este argumento, muy extendido y aceptado, implica dejar de reconocer la importancia que en los discursos discriminatorios tienen los presupuestos y las imágenes sociales. El que solo haya intérpretes de lengua de signos cuando en el auditorio hay personas sordas perpetúa la asociación de la discapacidad con "lo especial".

Pues bien, no cabe duda de que el tratamiento de la cuestión del coste de la accesibilidad depende del manejo del concepto de accesibilidad. Si nos movemos en un sentido débil o restringido, la cuestión del coste adquiere una relevancia mayor. Normalmente cuando se habla del coste desproporcionado se suele hacer utilizando este sentido restringido que, como venimos reiterando, está separado del discurso de los derechos.

Sin embargo, si manejamos un sentido fuerte o amplio, la cuestión del coste debe tomarse en consideración en el marco del discurso de los derechos. En lo que sigue, esta es la perspectiva que vamos a adoptar.

La atención a la economía y a los costes de las medidas no es algo ajeno al discurso de los derechos. Tradicionalmente se habla de límites materiales de los derechos para aludir a condicionantes que imposibilitan la satisfacción de los bienes o necesidades que están detrás. Y entre los ejemplos de estos límites más utilizados se encuentra la alusión a la escasez.

Ahora bien, el significado de la escasez como límite material de los derechos debe intentar ser completamente a-valorativo, es decir, ser expresión de la escasez natural. Los límites materiales expresan así una limitación a determinadas demandas imposibles de satisfacer de forma generalizada debido a una escasez natural. Pero frente a esa escasez natural se encuentra la construida, esto es, aquella que tiene su origen en decisiones humanas, en opciones que sitúan algún otro bien que es considerado como más relevante. En estos casos, el límite a un derecho se produce no porque realmente sea imposible satisfacerlo, sino porque se sitúa a ese derecho por debajo de otro bien. Así, realmente es un caso de ponderación entre dos derechos o bienes.

Y es que, también aquí, en el tratamiento de los costes, la ponderación se convierte en fundamental, incluso en aquellos ordenamientos jurídicos que poseen un tope de gasto público (como el establecido en la Constitución española en su artículo 135.2). El reparto que tiene en cuenta ese tope debe hacerse teniendo en cuenta la satisfacción de los derechos como primera referencia fundamental (ya que, en un sistema constitucional, comprometido con los derechos, las razones últimas deben estar identificadas con las exigencias de los derechos, subordinando a estas otro tipo de consideraciones). Y en el caso de que sea necesario decisiones que afecten a los derechos, estas deberán ser proporcionales.

En *Principia Iuris*[139], Luigi Ferrajoli se ha referido a esta cuestión recordando, con razón, que el Estado "no es una sociedad mercantil con fines

[139] Ferrajoli, L. (2016). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Trotta.

de lucro". Así, el crecimiento económico (que no es sino una dimensión del bienestar y que por lo tanto no lo agota) no es el fin básico del Estado, ni tampoco un argumento en relación con su legitimidad. En este sentido, la legitimidad del ejercicio de la autoridad tiene que ver más con la protección de los derechos que con la existencia de un balance saneado. Con esto no se quiere significar que en realidad los derechos no tengan nada que ver con la economía y que su satisfacción no esté en modo alguno condicionada por dimensiones económicas. Es evidente que lo está. Esas dimensiones económicas crean contextos de dificultad, y constituyen elementos que nos pueden permitir priorizar el acceso a prestaciones sociales de aquellas personas más desfavorecidas en relación con aquellas otras que pueden satisfacer necesidades por sus propios medios. No se trata por tanto de negar la dependencia presupuestaria de las políticas de derechos. Como Holmes y Sunstein han señalado[140], nada que cueste dinero puede ser absoluto. Lo que se quiere significar es que la dependencia presupuestaria sería una circunstancia que habría que tener en cuenta a la hora de afrontar los problemas de distribución en contextos de escasez y no una excusa para no satisfacer derechos.

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 estos 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 Estado.

De esta forma, la utilización de un argumento basado en un coste desproporcionado en el ámbito de la accesibilidad, 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 otras personas). Pero, además, deberá evaluar el coste que conlleva la insatisfacción del bien en términos de falta de inclusión o de segregación.

[140] Holmes, S. y Sunstein, C.R. (2011). *El coste de los derechos.* Siglo XXI.

Los límites a la accesibilidad solo pueden considerarse debidamente justificados, cuando median argumentaciones económicas, si los costes derivados del diseño universal o de los ajustes, ponen en peligro o lesionan el ejercicio legítimo de otros derechos, así como la realización de los cometidos públicos orientados a su salvaguardia. No basta con acreditar que un porcentaje significativo del presupuesto de una Administración o de una entidad tendría que dedicarse a garantizar la accesibilidad, sino que resulta indispensable demostrar que ello implica dejar de salvaguardar otros derechos del mismo calado constitucional.

### 2.3.2. Criterios en materia de límites a la accesibilidad

En resumen, el sentido amplio de la accesibilidad, que la conecta con los derechos, es exigente en lo referido a la justificación de sus límites. Así, como ya hemos señalado, el incumplimiento de la accesibilidad solo va a estar justificado, y por lo tanto no va a suponer la violación de un derecho o una discriminación, cuando: a) no es posible hacerlo de otro modo (no existe conocimiento ni técnica para ello), b) afecta gravemente a otro derecho o bien fundamental al que se le da prioridad después de un juicio de proporcionalidad.

La utilización de este principio implica justificar o no la falta de accesibilidad a través de la realización de una serie de comprobaciones o pasos. Así, la medida o el coste que provoca la falta de accesibilidad estará justificada si se realizan con éxito las siguientes comprobaciones, tomando siempre como referencia los sujetos implicados y las ayudas que pueden obtenerse:

1) La naturaleza y el peso del fin que justifica la medida o que se dañaría en el caso de satisfacerse la accesibilidad son de una importancia igual o superior a la accesibilidad.

2) La medida (o la no ejecución del coste) es la que contribuye en mayor medida al logro de ese fin.

3) No existen otras medidas (o costes menores) que satisfacen ese fin y que no dañan la accesibilidad.

4) La medida (o la no ejecución del coste) que provoca la falta de accesibilidad es la que menos sacrificio produce para los derechos de las personas implicadas.

En el caso de que alguno de estos pasos no se realice con éxito, la falta de accesibilidad (diseño o ajuste razonable) no estará justificada.

Para decidir sobre la razonabilidad o proporcionalidad de una medida destinada a satisfacer la accesibilidad se debe analizar cómo repercute esta en los derechos, y esto exige: a) tener en cuenta la situación (social, económica, etc.) de todas las personas implicadas; b) relacionar la medida con un fin constitucional (para defenderlo o limitarlo); c) probar que la medida (la que satisface o limita) sirve para conseguir ese fin; d) justificar que la medida (la que satisface o limita) es la que menos daño y más beneficios produce (en los derechos de las personas implicadas).

En ningún caso el argumento del coste puede ser utilizado para restringir la accesibilidad y, por lo tanto, tampoco para rechazar la realización de ajustes, salvo que se trate de un coste desproporcionado. Para saber si un coste es desproporcionado es necesario hacer un juicio de proporcionalidad y por lo tanto analizar su repercusión en los derechos de las personas implicadas.

La importancia del juicio de proporcionalidad para el análisis de los límites admisibles a la accesibilidad (por tanto, también a los ajustes), y el que el núcleo de este juicio sea la ponderación entre derechos y/o bienes fundamentales, supone que las situaciones serán distintas en los casos en los que haya participación de poderes públicos en relación con los casos en los que esta participación no se produzca. El que los poderes públicos sean los principales garantes de los derechos y cuenten con la obligación de eliminar las barreras que impiden o dificultan su ejercicio, es un criterio que debe ser siempre tenido en cuenta.

Es importante advertir que en el caso de que se trate de limitaciones a la accesibilidad, al ser una limitación de derechos o de un principio fundamental, la carga de la prueba le corresponde a quien lleva a cabo la limitación.

Así, la resolución de los problemas que afectan a la accesibilidad debe hacerse desde estos criterios lo que implica que, cuando se trate de examinar la proporcionalidad, sea una cuestión que dependerá del caso concreto y de los derechos implicados. Pero en todo caso, toda limitación de la accesibilidad y por lo tanto del ajuste, debe satisfacer estos criterios. No son aceptables las limitaciones a la accesibilidad carentes de justificación o con una justificación enfrentada a estos criterios.

## 2.4. La construcción jurídica de la accesibilidad universal en sentido fuerte

El sentido fuerte de la accesibilidad arrastra la posibilidad de concebir la accesibilidad como obligación, pero apuesta por llevarla al discurso de los

derechos. Esta apuesta conlleva la posibilidad de entender la accesibilidad como derecho, como parte del contenido esencial de los derechos y como una exigencia de no discriminación en su disfrute.

La Convención no articula explícitamente la accesibilidad como un derecho humano. Ello ha suscitado diversas interpretaciones en el foro internacional y la doctrina, sin que exista al día de hoy una postura común que se haya impuesto.

En la órbita de la Convención, ha sido el órgano de supervisión del tratado el que en su práctica ha aludido, con ciertas ambigüedades, a la existencia de un derecho a la accesibilidad. En efecto, el Comité de la Convención ha sostenido que la accesibilidad, en tanto derecho, sería una especificación, para el caso de las personas con discapacidad, del derecho de acceso ya consagrado en instrumentos de derechos humanos previamente adoptados (Observación general número 2, párrafo 4). Según el Comité de la Convención, el derecho al acceso de las personas con discapacidad se garantiza mediante la estricta aplicación de las normas de accesibilidad en los ámbitos a que se refiere el artículo 9 de la Convención, incluyendo el entorno físico, el transporte, la información y la comunicación, y los servicios (Observación general número 2, párrafos 13 y 14). De este modo, para el Comité de la Convención la accesibilidad no sería un nuevo derecho humano creado por la Convención, afirmación que es coherente con el "relato oficial" sobre este tratado, según el cual la Convención no crea nuevos derechos, sino que adapta los derechos humanos ya existentes en su aplicación al contexto de la discapacidad. Sin embargo, esta lectura de la accesibilidad en la Convención ha sido matizada.

En el año 2007 señalábamos la posibilidad de concebir la accesibilidad de cuatro formas diferentes, no excluyentes sino complementarias, estando dos de ellas relacionadas con los derechos: a) como una exigencia de actuación de los poderes públicos b) como una exigencia de no discriminación (el derecho a la igual accesibilidad); c) como un derecho 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 todas las personas) d) 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)[141]. En 2013, desarrollamos de manera más extensa esa posibilidad, refiriéndonos a la posibilidad de considerar a la accesibilidad como un derecho

[141] De Asís, R., Palacios, A., Bariffi, F., Campoy, I. y Aiello, A. L. (2007). *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*. Dykinson.

y como parte del contenido esencial (en el sentido de ser condición para su práctica)[142].

En el año 2014, el Comité Económico y Social Europeo (en adelante, CESE) emitió un dictamen abogando por "la accesibilidad como un derecho humano para las personas con discapacidad". En este dictamen, el CESE llamó a las instituciones de la Unión Europea a reconocer que el artículo 9 de la Convención establecía en el derecho internacional de los derechos humanos un derecho humano a la accesibilidad, cuya satisfacción implicaba la creación de las condiciones necesarias, a través de medidas legales y políticas, para permitir a las personas con discapacidad acceder a cualquier entorno y aspecto de la vida (párrafo 1.1). En su descripción de la accesibilidad, el CESE propuso que, en tanto derecho humano, la accesibilidad "es un conjunto válido para el conjunto de la sociedad, y no únicamente para las personas con discapacidad" (párrafo 3.1). Junto con ampliar el ámbito de aplicación personal de la accesibilidad, una cuestión interesante es que pese a estatuirlo como un derecho humano independiente, el CESE no se desentendió totalmente de la comprensión de la accesibilidad como una precondición para el ejercicio de derechos. En efecto, según el CESE, la accesibilidad como derecho humano debe comprenderse de dos maneras: por una parte, "como un derecho humano en sí, en referencia a la posibilidad de participar, actuar, comunicar y ser informado de manera autónoma y segura" y, por otra parte, "como un derecho humano inherente a la aplicación de otros derechos humanos, lo que lo convierte en un elemento facilitador fundamental" (párrafo 3.2). Junto con lo anterior, el CESE afirmó la existencia de principios fundamentales que deben guiar la implementación del derecho humano a la accesibilidad, a saber: "libertad de elección y de movimiento, una vida independiente, ajustes razonables, la participación, el diseño universal y la obligación de adoptar medidas por adelantado" (párrafo 1.10).

En lo que se refiere a la LGDPD, aunque sus profusas disposiciones en la materia proporcionan base normativa para la construcción de un derecho a la accesibilidad, lo cierto es que en su articulado no hay disposición que expresamente lo consagre. Incluso, los argumentos de texto parecieran ir en contra de la consagración de un derecho a la accesibilidad en la LGDPD. En primer lugar, la LGDPD sí es un cuerpo legal que establece derechos a las personas con discapacidad, entre los cuales no hay referencia a un derecho a la accesibilidad. Es así como el Título I de la LGDPD contiene disposiciones sobre el derecho a la protección de la salud (capítulo II), el derecho a la educación (capítulo IV), el derecho a la vida independiente (capítulo V), el derecho al trabajo (capítulo

[142] De Asís, R. (2013). *Sobre discapacidad y derechos*. Dykinson.

VI), el derecho a la protección social (capítulo VIII) y el derecho de participación en los asuntos públicos. A ellos se suma el derecho a la igualdad de oportunidades que desarrolla el Título II. En segundo lugar, dentro del catálogo de derechos previsto en la LGDPD, la accesibilidad aparece en el contexto de la protección de otros derechos, no como un derecho en sí mismo. En el título I, la accesibilidad (bajo la figura de las "condiciones básicas de accesibilidad") aparece vinculada a la satisfacción del derecho a la vida independiente. En el Título II, la accesibilidad (bajo la figura de las "exigencias de accesibilidad") aparece como una medida contra la discriminación que opera como garantía del derecho a igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

El recientemente aprobado Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público, tampoco utiliza una construcción de la accesibilidad como derecho. Su artículo 6 sigue moviéndose en la construcción de la accesibilidad como obligación, si bien su preámbulo se refiere a la accesibilidad como "un principio vehicular para poder hacer efectivos el resto de derechos".

La consideración de la accesibilidad como obligación o como derecho, tiene que ver, de nuevo, con el manejo de un concepto de accesibilidad restringido y débil o un concepto de accesibilidad amplio y fuerte. Ahora bien, aunque pueda defenderse así la prevalencia de una u otra construcción, ya advertíamos en 2007 que no son incompatibles entre sí.

Así, al igual que su contenido se expande a través de diferentes figuras (diseño, medidas, ajustes), su construcción jurídica es poliédrica. En efecto, la accesibilidad puede aparecer como obligación o como derecho (ya sea derecho singular o parte esencial de un derecho), pero también, como exigencia de no discriminación.

### 2.4.1. Accesibilidad y contenido de los derechos

El derecho a la accesibilidad como parte del contenido de los derechos humanos puede tener diferentes proyecciones.

En línea de principio, en este ámbito, la accesibilidad se presenta como el contenido esencial de todo derecho, incluidos los derechos fundamentales, y se manifiesta a través de aquellas medidas que permiten el acceso, el uso y la práctica de un derecho. Se trata así de una exigencia susceptible de defender jurídicamente al hilo de la defensa de cualquier derecho fundamental.

Precisamente, hemos comenzado el punto sobre la accesibilidad en sentido fuerte mostrando como la idea de accesibilidad estaba presente en los derechos.

Ahora bien, en ocasiones, los contenidos de accesibilidad que posibilitan el ejercicio de un derecho se han constituido en derechos singulares adquiriendo una individualidad propia. El alcance de estos derechos puede ser muy diferente.

*2.4.1.1. La accesibilidad y la aparición de derechos derivados del contenido de otros derechos*

Un ejemplo de construcción de un derecho desde el contenido de otros y utilizando el sentido fuerte de accesibilidad es el del, tantas veces aludido en este informe, derecho de acceso a la justicia.

Como hemos visto, el derecho de acceso a la justicia puede ser entendido como una dimensión del derecho al debido proceso o del derecho a la tutela judicial efectiva. Sin su satisfacción difícilmente pueden realizarse dichos derechos. No obstante, el acceso a la justicia, proyección de la idea de accesibilidad en el derecho, se ha convertido en un derecho singular.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado:

> El acceso a la justicia, a tenor de lo dispuesto en la Convención, es un derecho transversal que debería interpretarse en consonancia con todos sus principios y obligaciones. En particular, el artículo 13 debe leerse conjuntamente con el artículo 5 sobre la igualdad y la no discriminación, a fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás. El acceso a la justicia requiere derechos habilitadores para las personas con discapacidad, en especial el igual reconocimiento como persona ante la ley (artículo 12), y la accesibilidad, que comprende medios diversos de comunicación y de acceso a la información (artículos 9 y 21)[143].

Y este derecho singular, el acceso a la justicia, posee diferentes contenidos, algunos de los cuales se han convertido, de nuevo, en auténticos derechos. En este sentido, por ejemplo, en el artículo 123.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se afirma:

[143] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2017). *Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* A/HRC/37/25, p. 6.

> Los imputados o acusados que no hablen o entiendan el castellano o la lengua oficial en la que se desarrolle la actuación tendrán los siguientes derechos: a) Derecho a ser asistidos por un intérprete que utilice una lengua que comprenda durante todas las actuaciones en que sea necesaria su presencia, incluyendo el interrogatorio policial o por el Ministerio Fiscal y todas las vistas judiciales. b) Derecho a servirse de intérprete en las conversaciones que mantenga con su Abogado y que tengan relación directa con su posterior interrogatorio o toma de declaración, o que resulten necesarias para la presentación de un recurso o para otras solicitudes procesales. c) Derecho a la interpretación de todas las actuaciones del juicio oral. d) Derecho a la traducción escrita de los documentos que resulten esenciales para garantizar el ejercicio del derecho a la defensa. Deberán ser traducidos, en todo caso, las resoluciones que acuerden la prisión del imputado, el escrito de acusación y la sentencia. e) Derecho a presentar una solicitud motivada para que se considere esencial un documento.

Y señala: "Los gastos de traducción e interpretación derivados del ejercicio de estos derechos serán sufragados por la Administración, con independencia del resultado del proceso".

Desde un punto de vista general, es posible referirse así a los ajustes de procedimiento como derechos.

En este sentido, los ajustes de procedimiento pueden entenderse como parte de la idea de accesibilidad y en concreto, como medidas para satisfacer el acceso a la justicia en igualdad de condiciones y para facilitar el desempeño de las funciones que derivan de la participación, directa o indirecta, en los procedimientos judiciales. Además, los ajustes de procedimiento servirían también para "hacer valer efectivamente el derecho a un juicio imparcial y el derecho a participar en la Administración de Justicia", siendo "un elemento intrínseco del derecho de acceso a la justicia"[144].

Los ajustes de procedimiento se ajustan al sentido fuerte de la accesibilidad y, en este sentido, pueden aparecer bien como diseño universal, medida de accesibilidad e, incluso, como ajuste razonable.

No obstante, la relación entre accesibilidad y ajustes de procedimiento dista de ser clara. En efecto, la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, por ejemplo, parece diferenciar ambas medidas. Así ha señalado: "Por lo que se refiere a las personas con discapacidad, ya sea en relación con actuaciones penales o en materia civil, la mayoría de las

[144] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2017). *Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. A/HRC/37/25, 2017, p. 8.

veces la denegación del acceso a la justicia es consecuencia de la falta de información accesible y de acceso a la información, ajustes de procedimiento, el derecho a exigir justicia y a comparecer en juicio, el respeto de la presunción de inocencia y asistencia jurídica"[145]. Y más adelante ya de manera clara: "Además de accesibilidad, los Estados partes deben proporcionar los ajustes de procedimiento y adecuados a la edad que las personas con discapacidad puedan requerir para acceder a la justicia"[146].

Sin embargo, los ejemplos concretos de ajustes de procedimiento que utiliza la Oficina apoyándose en el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, vuelven a relacionarlos con la idea de accesibilidad. Y es que estos órganos se refieren a la prestación de servicios de interpretación en lengua de signos, información jurídica y judicial en formatos accesibles y medios de comunicación diversos, como las versiones de documentos en lectura fácil o braille y las declaraciones por vídeo, el que los intérpretes de lengua de signos participen en las deliberaciones confidenciales de los jurados, ampliando o reajustando los plazos del procedimiento y adaptando las diligencias procesales...[147].

Tanto la Oficina como el Comité diferencian accesibilidad y ajustes de procedimiento y, además, también distancian a estos de los ajustes razonables. Para la Oficina, "la obligación de proporcionar ajustes de procedimiento se desprende directamente de los derechos civiles y políticos", estando así "directamente vinculada al principio de no discriminación", no pudiendo "ser objeto de realización progresiva", debiendo estar "siempre disponibles" y "facilitarse gratuitamente". Por su parte, en la Observación general número 6 sobre la igualdad y la no discriminación, el Comité afirma rotundamente: "Los 'ajustes de procedimiento', en el contexto del acceso a la justicia, no deben confundirse con los ajustes razonables; estos últimos están limitados por el concepto de desproporcionalidad, mientras que los ajustes de procedimiento no lo están"[148]. Además, la Oficina subraya que "en las negociaciones relativas al artículo 13 de la Convención se debatió si la terminología que debía adoptarse era "ajuste de procedimiento" o "ajuste razonable" y se decidió abandonar la referencia a "razonable". Y continúa:

[145] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2017, p. 7.
[146] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2017, p. 8.
[147] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2017, p. 8. Vid. también, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2018). *Observación general núm. 6 sobre la igualdad y la no discriminación*. p. 14.
[148] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2018). Observación general núm. 6 sobre la igualdad y la no discriminación, p. 8.

La decisión de descartar voluntariamente el término "razonable" puso de relieve el hecho de que, a diferencia de los ajustes razonables, los ajustes de procedimiento no están sujetos al criterio de proporcionalidad; en consecuencia, el hecho de no proporcionar ajustes de procedimiento cuando una persona con discapacidad concreta los requiera constituye una forma de discriminación por motivos de discapacidad en relación con el derecho de acceso a la justicia[149].

Sin embargo, los ajustes de procedimiento pueden ser concebidos como medidas de apoyo expresión de una estrategia de accesibilidad universal a la justicia. En ocasiones, esta estrategia ha dado lugar a verdaderos derechos, pero en otras, los ajustes se presentan como medidas de apoyo cuya insatisfacción puede hacer impracticable el derecho de acceso a la justicia y, en este sentido, forman parte de su contenido esencial. Dependiendo de la manera en la que se configuren o se manifiesten, los ajustes de procedimiento podrán ser ejemplo de medidas de accesibilidad o de diseño universal, o ejemplo de ajuste razonable. En realidad, esto dependerá de si se trata de un servicio general que se ofrece o proporciona regularmente para facilitar esta exigencia, o si se trata de un servicio que se pone en marcha cuando alguien lo solicita y ajustado a su diversidad.

*2.4.1.2. La accesibilidad universal como contenido esencial de los derechos*

En este punto nos vamos a detener, por sus importantes consecuencias, en la posibilidad de considerar la accesibilidad como parte del contenido esencial de los derechos. Se trata de una construcción que está en sintonía con el sentido fuerte y amplio de la accesibilidad y su principal consecuencia.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 148/2021, de 14 de julio:

> Nuestra jurisprudencia, necesariamente ajustada a la casuística que caracteriza la actividad jurisdiccional, ofrece a día de hoy diversos conceptos que permiten diferenciar, dentro del contenido de ciertos derechos fundamentales, facultades o derechos de distinta naturaleza, adaptándose a las características de cada uno de ellos y a las circunstancias concurrentes en cada supuesto. Así, en algunos casos, se ha identificado un "contenido absoluto" de los derechos, un "núcleo irrenunciable" de los mismos que "puede alcanzar proyección universal" (entre otras, SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FFJJ 7 y 8, y 26/2014, de 11 de marzo, FJ 4). En otros, se habla de un "contenido constitucional indisponible" (SSTC 16/1994, de 20 de enero, FJ 3, o 101/2019, de 16 de septiembre, FJ 3). Por su parte, las SSTC 119/2011, de 5 de julio, FJ 9, o 139/2017, de 29 de noviembre, FJ 6, aluden a un "contenido central". Mientras que las

[149] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2017), p. 8

> SSTC 201/1999, de 8 de noviembre, FJ 4, o 70/2000, de 13 de marzo, FJ 4, la distinguen dentro del contenido de algún derecho fundamental no solo un "contenido esencial mínimo", sino también un "contenido adicional" integrado por "derechos o facultades adicionales de origen legal o convencional", cuya vulneración puede comportar también (aunque no siempre lo hace) la del derecho fundamental afectado. Junto a estas fórmulas elaboradas en la doctrina constitucional para diferenciar, dentro del contenido de los derechos fundamentales, ámbitos o esferas cuya protección puede ser distinta según las circunstancias, la literalidad constitucional añade otra técnica, dado que el artículo 53 CE exige al legislador de los derechos fundamentales que "en todo caso" respete "su contenido esencial". Como hemos señalado en ocasiones anteriores, con referencia a un derecho concreto, "la fórmula constitucional 'en todo caso' [ ] encierra un núcleo indisponible" en el contenido de ese derecho (Sentencia del Tribunal Constitucional 16/1994, FJ 3).

Pues bien, el significado del contenido esencial fue establecido por nuestro Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias y se ha mantenido en el tiempo[150]. Se trata de la Sentencia 11/1981, de 8 de abril en la que se aborda el contenido esencial del derecho a la huelga, para lo cual el tribunal dice lo siguiente:

> Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de contenido esencial, que en el artículo 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a la que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o 'de configurar cada derecho. Según esta idea, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones, normativas y la que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho. Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una recognoscibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible, como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido

[150] Entre otras en las sentencias 12/1981; 37/1981; 62/1982; 70/1982; 80/1982; 62/1983; 105/1983; 13/1984; 72/1984; 83/1984; 73/1984; 77/1985; 99/1985; 139/1985; 175/1985; 26/1987; 37/1987; 161/1987; 196/1987; 227/1988; 170/1989; 123/1992; 75/1997; 292/2000; 91/2000; 204/2004; 198/2012; 87/2014; 108/2019; 148/2021; 168/2021; 183/2021; 25/2022; 23/2022).

> en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando, se trate de derechos constitucionales.
>
> El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a 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. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Así, dicho en un sentido positivo, forman parte del contenido esencial de un derecho aquellas circunstancias que permiten su ejercicio y su protección, esto es, aquellas circunstancias que si no se satisfacen el derecho se convierte en impracticable. Ahora bien, como se habrá advertido, el Tribunal Constitucional introduce aquí un término que ya hemos tratado y que sirve para modular el peso de las circunstancias a la hora de determinar el contenido esencial. Se trata del término "razonable".

Ya hemos tenido ocasión de detenernos en su significado y su estrecha relación con el principio de proporcionalidad. Nuestro Tribunal Constitucional, a la hora de abordar ese término en relación con el contenido esencial, ha dejado claro que solo se afecta el contenido esencial de manera no razonable cuando la limitación hace que no se pueda lograr el bien que está detrás del derecho en cuestión y cuando esa limitación no se justifica en otro derecho o bien de igual valor (entrando en juego la proporcionalidad)[151].

Ahora bien, es importante advertir que el juego de la razonabilidad y de la proporcionalidad en relación con el contenido esencial no cabe siempre. No es posible utilizarlo cuando el contenido esencial se ve claramente afectado. En la sentencia 168/2021 de 5 de octubre el Tribunal Constitucional afirma:

> Sin embargo, el test de proporcionalidad precisa de la subsistencia del derecho fundamental para su aplicación. El juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el fin o interés general constitucionalmente protegido que se pretenda alcanzar, comporta que aquella afectación del derecho para alcanzar dicho fin o

[151] Sirve como ejemplo la Sentencia 196/1987, de 11 de diciembre.

> interés general prevalente, no pueda ir más allá de la limitación del ejercicio del primero. De quedar su titular impedido de todo ejercicio la afectación alcanzará al contenido esencial del derecho dejando este de existir. Y la desaparición de uno de los dos elementos a valorar acarrea, también, la imposibilidad de realizar aquel juicio de proporcionalidad.

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 recognoscibilidad 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.

Y así, el contenido esencial es violado

> cuando la imagen del derecho que proyecta su regulación legal no es recognoscible con precisión y en sus rasgos determinantes como perteneciente a la categoría abstracta teórica de dicho derecho o cuando, aun siendo recognoscible 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.

El contenido esencial tiene que ver con haz de facultades y con condiciones de ejercicio de un derecho y no cabe duda de que la accesibilidad forma parte de ellas. 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, son también exigencias de una educación inclusiva y, por tanto, del contenido esencial del derecho a la educación.

Los apoyos y la asistencia, que como ya hemos señalado, se corresponden con el sentido de la accesibilidad, pueden formar parte del contenido esencial de los derechos y, por tanto, su falta puede suponer una transgresión de ese derecho.

### 2.4.2. La accesibilidad universal como exigencia de no discriminación

Como venimos reiterando, la ausencia de accesibilidad puede tener como resultado una situación de discriminación prohibida por nuestro artículo 14 de

la Constitución (Sentencia del Tribunal Constitucional 269/1994, de 3 de octubre), y por el artículo 5 de la Convención. Pues bien, si esto ya era posible afirmarlo con el manejo de una idea débil o restringida de accesibilidad, con más razón lo es cuando manejamos un sentido fuerte o amplio. En este sentido, la accesibilidad puede ser vista como una exigencia de no discriminación.

Obviamente, para que esto sea así se deben dar aquellas condiciones que se exigen para hablar de discriminación, que en este caso, pasan por considerar que la ausencia de accesibilidad se produce por razón de discapacidad o coloca a la persona de discapacidad en una situación de insatisfacción de un bien, producto, servicio o derecho, de manera no justificada en relación con los demás. Como siempre que se abordan cuestiones de discriminación, las razones en juego se convierten en el aspecto fundamental.

En todo caso, esta construcción de la accesibilidad, al igual que la anterior, se proyecta en todo el eje de la accesibilidad. Y subrayamos esta consideración porque es habitual establecer esta relación respecto al ajuste razonable y no necesariamente en relación con las otras dimensiones de la accesibilidad.

Y es que, a diferencia de lo que sucede en el caso de los ajustes razonables (artículo 2 de la Convención), el texto de la Convención no establece expresamente que el incumplimiento de la accesibilidad constituya una forma de discriminación. En ninguna de sus disposiciones la Convención califica explícitamente la falta de accesibilidad como una discriminación por motivos de discapacidad. Sin embargo, esta calificación sí ha sido afirmada en extenso por el Comité de la Convención.

En efecto, en su Observación general número 2 (2014), el Comité de la Convención ha vinculado explícitamente la accesibilidad con la no discriminación por motivos de discapacidad. Diversos pasajes de la Observación general así lo manifiestan. En primer lugar, ha dicho el Comité de la Convención que la obligación de proporcionar accesibilidad debe considerarse desde la perspectiva de la igualdad y la no discriminación y que "la denegación de acceso al entorno físico, el transporte, la información y la comunicación, y los servicios abiertos al público constituye un acto de discriminación por motivo de discapacidad que está prohibido en virtud del artículo 5 de la Convención" (párrafo 34). Y esta calificación procede independientemente del carácter público o privado de la entidad que comete el acto discriminatorio (párrafo 13). En cuanto a la legislación, en segundo lugar, el Comité de la Convención ha afirmado que en las leyes generales y específicas sobre igualdad de oportunidades y prohibición de discriminación por motivos de discapacidad la denegación de acceso debe estar claramente definida como un acto de discriminación prohibida. Al mismo tiempo, las personas con discapacidad víctimas de faltas de acceso deben contar con

recursos jurídicos efectivos (párrafo 29). En tercer y último lugar, con referencia a los servicios e instalaciones abiertos al público, el Comité de la Convención incluso se ha animado a individualizar situaciones específicas en que la falta de accesibilidad constituye un acto de discriminación prohibido: a) Cuando el servicio o instalación se haya establecido después de la introducción de las normas de accesibilidad pertinentes; b) Cuando podría haberse concedido acceso a la instalación o el servicio (en el momento en que se creó) mediante la realización de ajustes razonables (párrafo 31). A través de esta última afirmación, el Comité de la Convención parece relativizar su posición inicial, abriendo la puerta a interpretaciones según las cuales no toda falta de accesibilidad constituye discriminación.

## 2.5. La garantía de la accesibilidad en sentido fuerte

La garantía de la accesibilidad y la no discriminación en sentido amplio o fuerte, se desarrolla, como ya hemos apuntado, en el campo de todos y cada uno de los derechos. Este parece ser el sitio natural para garantizar la prohibición de no discriminación dado el significado que esta tiene en el discurso de los derechos. Pero como ya hemos visto, la accesibilidad en sentido amplio o fuerte se manifiesta, bien como parte del contenido fundamental (y en ocasiones esencial) de los derechos o bien como condición de no discriminación. Así, en su delimitación hay que atender a la protección general de los derechos y a la garantía de la igualdad y la no discriminación.

Se trata de una protección no diseñada para proteger la accesibilidad pero que, en coherencia con lo ya señalado, es posible proyectarla en ella. En todo caso, y antes de desarrollarla, es importante advertir que, incluso cuando encontramos manifestaciones explícitas de esta idea de accesibilidad, la respuesta del ordenamiento vuelve a ser una protección mal enfocada al desarrollarse principalmente en el ámbito administrativo. Un claro ejemplo de ello está constituido por la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (aprobada por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto). Y algo parecido ocurre con la garantía de la no discriminación.

Sin embargo, como venimos subrayando, la accesibilidad y la no discriminación pueden desenvolverse en el marco de protección de los derechos fundamentales. Y así, es posible diferenciar entre garantías nacionales e internacionales.

Las garantías nacionales pueden ser de regulación, de control y fiscalización, y judiciales. Las garantías de regulación afectan al desarrollo y

aplicación de las disposiciones constitucionales que protegen los derechos fundamentales, teniendo especial relevancia la reserva de ley, que en ocasiones debe ser una ley orgánica, (artículo 53 de la Constitución española) y a su posible reforma (para lo que hay que atender a los artículos 167 y 168 de la Constitución española que regulan la reforma constitucional). Por su parte, las garantías de control y fiscalización son instrumentos parlamentarios encaminados a supervisar la incidencia que, en la esfera de los derechos fundamentales y las libertades públicas, tiene la actividad de los entes administrativos. Entre estos instrumentos destaca la figura del Defensor del Pueblo, aunque también poseen cierta relevancia las preguntas e interpelaciones parlamentarias, las comisiones de investigación del Parlamento, así como el ejercicio del derecho de petición.

En todo caso, la piedra angular de la protección de los derechos fundamentales es el control jurisdiccional. En este ámbito determinados derechos, incluido el derecho a la igualdad y la no discriminación, cuentan con garantías judiciales reforzadas. Entre ellas se encuentra el denominado amparo judicial ordinario que supone la puesta en marcha de un procedimiento preferente y sumario en los diferentes órdenes jurisdiccionales. Y también las garantías efectuadas por el Tribunal Constitucional que se dividen en el control de constitucionalidad (recurso de inconstitucionalidad del artículo 161 de la Constitución y cuestión de inconstitucionalidad del artículo 163) y el amparo constitucional del artículo 53.2 de la Constitución, al que nos referiremos más adelante. Un lugar importante en las garantías nacionales lo ocupa el Ministerio Fiscal.

En el ámbito de las garantías internacionales, es posible distinguir entre garantías universales y garantías regionales. Las garantías universales son el conjunto de normas (tratados o convenciones y declaraciones) y de organismos (Comités, Relatorías especiales) pertenecientes a la Organización de las Naciones Unidas que tienen como fin la promoción y la protección de los derechos humanos. Las garantías regionales están también compuestas por normas y organismos (que esta vez incluyen tribunales). En el caso de España interesa especialmente el sistema europeo de protección articulado en torno al Consejo de Europa y cuyo principal órgano es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos competente para enjuiciar, bajo determinadas circunstancias, las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Asimismo, también interesa hacer referencia a la Carta Social Europea y al procedimiento de reclamaciones colectivas desarrollado ante el Comité Europeo de Derechos Sociales.

En todo caso todas las garantías que se desenvuelven en el ámbito jurisdiccional presuponen el reconocimiento de la posibilidad de acceder a la justicia, esto es, el derecho de acceso a la justicia.

### 2.5.1. La tutela judicial especial[152]

Cuando hablamos de protección de los derechos fundamentales nos referimos en sentido amplio a todo tipo de medidas de protección: jurídicas, sociales, económicas… Al utilizar junto a "protección" el vocablo "jurídica", estamos haciendo referencia a la protección contemplada en las normas que integran el ordenamiento jurídico, es decir protección recogida normativamente. Y al circunscribir la protección jurídica a la de índole judicial, o mejor jurisdiccional, estamos focalizando la atención en los instrumentos previstos para la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales constitucionalizados. En este restringido ámbito, la intensidad de la protección es superior a la prevista para otros derechos, y se despliega en un conjunto de instrumentos especiales establecidos con este objetivo de protección privilegiada. Los instrumentos recogidos son varios, atendiendo a la diversidad de los derechos fundamentales protegidos. Es decir, debemos distinguir dentro de los derechos fundamentales constitucionalizados entre los que son de carácter material de los procesales, puesto que los cauces son diferentes.

Todos los derechos fundamentales de naturaleza procesal están recogidos en el artículo 24 de la de la Constitución española al que ya nos hemos referido. La vulneración de cualquiera de estos derechos solamente puede producirse por los órganos judiciales en el curso de un proceso. Por ello el cauce para su defensa lo constituye el mismo proceso, a través de los diversos medios de impugnación, o recursos, previstos por el legislador, incluido el recurso extraordinario por infracción procesal. Contra la sentencia firme que pone fin a dicho proceso es posible instar un "incidente de nulidad de actuaciones", en las condiciones y con los requisitos legalmente previstos. Y tras la resolución insatisfactoria de este, queda la posibilidad de plantear un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

#### *2.5.1.1. El incidente de nulidad de actuaciones*

El artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala:

> 1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo

[152] Una descripción de los diferentes procesos está en el **Anexo Tutela judicial especial.**

podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

Será competente para conocer de este incidente el mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de 20 días, desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución.

El juzgado o tribunal inadmitirá a trámite, mediante providencia sucintamente motivada, cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones. Contra la resolución por la que se inadmita a trámite el incidente no cabrá recurso alguno.

2. Admitido a trámite el escrito en que se pida la nulidad fundada en los vicios a que se refiere el apartado anterior de este artículo, no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa la suspensión para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad, y se dará traslado de dicho escrito, junto con copia de los documentos que se acompañasen, en su caso, para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde, a las demás partes, que en el plazo común de cinco días podrán formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañarán los documentos que se estimen pertinentes.

Si se estimara la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido. Si se desestimara la solicitud de nulidad, se condenará, por medio de auto, al solicitante en todas las costas del incidente y, en caso de que el juzgado o tribunal entienda que se promovió con temeridad, le impondrá, además, una multa de 90 a 600 euros.

Contra la resolución que resuelva el incidente no cabrá recurso alguno[153].

El incidente de nulidad de actuaciones es un mecanismo que trata de arbitrar un equilibrio entre el efecto de la "cosa juzgada" y las eventuales irregularidades procesales merecedoras de una declaración de nulidad, una vez

[153] El incidente de nulidad de actuaciones también se encuentra contemplado en el artículo 228 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo cual resulta relevante por el carácter supletorio de esta ley respecto de las demás normas procesales de los restantes órdenes jurisdiccionales y cuyo tenor literal no se reproduce por su identidad con artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

el pleito ha finalizado tras la firmeza de la correspondiente resolución judicial. Partiendo siempre de la premisa de que la primera, la cosa juzgada, debe ser considerada la regla general; mientras que los posibles remedios que la cuestionen deberán tratarse bajo la interpretación restrictiva de la excepcionalidad.

La doctrina especializada sitúa el origen histórico del incidente de nulidad en coincidencia con la propia noción de proceso judicial. No obstante, inicialmente se concebía dentro de un litigio principal todavía en tramitación, como un instrumento reparador de actos viciados de nulidad que debían ser eliminados antes de poder proseguir con el *iter* procesal pertinente al caso. Ejemplo de esa comprensión "incidental" sería la Ley 34/1984, de 6 de agosto, que al reformar el artículo 742 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de 1881), estableció en su nuevo párrafo segundo la imposibilidad de plantear tal incidente frente a resoluciones judiciales. Reservándolo para otro tipo de actos susceptibles de nulidad y cuya alegación no fuese posible canalizar a través del sistema de recursos.

Posteriormente, con la aprobación de la Ley Orgánica, 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se consolidó esta concepción incidental de la nulidad de actuaciones procesales, así como la posibilidad de su apreciación de oficio. Una noción excesivamente limitada que impedía reparar situaciones dignas de nulidad derivadas de actuaciones procesales solo imputables al órgano jurisdiccional cuando eran detectadas una vez recaída sentencia firme. Es así por ello, que mediante la reforma de Ley Orgánica del Poder Judicial operada por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, se trató de poner solución a esta indeseada coyuntura denunciada incluso por el propio Tribunal Constitucional, que achacaba a la falta de un amparo previo y sumario ante la jurisdicción ordinaria la recepción en su seno de "toda la masa de recursos fundados en aquellos motivos" (Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1990, FJ. 5), con claro perjuicio para los justiciables a los que, enfrentados a una vulneración de estas características, solo restaba acudir ante una nueva instancia jurisdiccional, el recurso de amparo constitucional. Poniendo con ello en cuestión la naturaleza extraordinaria y, particularmente, subsidiaria, de este mecanismo de protección de determinados derechos fundamentales; erosionando consecuentemente la idea de que el juez natural de los derechos debe ser el juez ordinario (lectura sistemática de los artículos 5.1 y 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Un enfoque al que no debemos renunciar si deseamos una adecuada articulación de relaciones y esferas competenciales en materia de garantías constitucionales entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional.

Así las cosas, y en este contexto que urgía una intervención legislativa al respecto, la mencionada Ley Orgánica 5/1997 recuperó la figura del incidente de

nulidad de actuaciones, pero transformando radicalmente su entendimiento histórico, para ampliar su radio de acción también a los defectos procesales advertidos una vez el proceso haya devenido firme. La literalidad del precepto se expresaba así, al permitir la interposición del incidente de nulidad frente a:

> defectos de forma, que hubieran causado indefensión o en la incongruencia del fallo, siempre que los primeros no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso y que éstas no sean susceptibles de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida (extracto del artículo 240.3 Ley Orgánica del Poder Judicial —nuevo— en la redacción dada por la reforma de 1997).

Modificación normativa que no estuvo exenta de crítica doctrinal y que fue fruto de una reconfiguración poco tiempo después a partir de la Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo, en la que se trataba de poner remedio al uso abusivo de la figura como herramienta de dilación procesal, estableciendo que la denegación de la admisión o la propia resolución del incidente no serían susceptibles de recurso alguno.

Pero probablemente la mayor transformación en la configuración del incidente de nulidad, y por lo que aquí interesa, por su significado y relevancia dentro del esquema español de garantías de los derechos fundamentales, se produjo con ocasión de la aprobación de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, especialmente en lo relativo al profundo replanteamiento del trámite de admisión del recurso de amparo.

Pues precisamente, y como consecuencia de la "objetivación" que tuvo lugar del recurso de amparo en esas fechas, la Disposición final primera de dicha Ley Orgánica, dispuso que un remedio procesal hasta entonces restringido a la depuración de defectos procesales merecedores de la nulidad por transgredir los derechos fundamentales de naturaleza procesal (artículo 24 de la Constitución española), ahora se abriese a reparar mediante el incidente de nulidad de actuaciones (que sigue manteniendo su denominación histórica tradicional a pesar de esta segunda y radical transformación que lo aleja de su lógica original y lo aproxima en su naturaleza a las denominadas acciones impugnativas autónomas) cualquier vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 53.2 de la Constitución ante la autoridad judicial a la que se imputa tal vulneración siempre que: no haya habido posibilidad de denuncia previa, ni quepa recurso ordinario o extraordinario que hiciese posible la reparación de la lesión.

Es decir, a partir de este momento el incidente de nulidad se constituye, ya con carácter general, como un remedio procesal de interposición necesaria previa, llegado el caso, para la admisión del recurso de amparo constitucional. Todo ello en la lógica de este como recurso subsidiario que exige el agotamiento de la vía ordinaria, tanto en sentido formal como material (artículo 44.1.a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), permitiendo así a las distintas instancias del poder judicial recorridas en la controversia concreta reparar las eventuales lesiones de derechos fundamentales. Siendo además el incidente de nulidad el último remedio posible ante vulneraciones carentes de "especial trascendencia constitucional", que de conformidad con la redacción de los artículos 49 y 50 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su versión posterior a la reforma de 2007, ya no pueden ser objeto de conocimiento por parte del Tribunal Constitucional.

No obstante, y más allá de las buenas intenciones con las que planteó esta ampliación del incidente como mecanismo último de tutela de los derechos fundamentales previstos en el artículo 53.2 de la Constitución ante los tribunales ordinarios —en un escenario de "objetivación" del amparo constitucional, y ante el riesgo de una disminución *de facto* en la protección de los derechos—, no se nos escapa que el balance de su desempeño práctico no es merecedor de una consideración especialmente positiva.

Partiendo de la vigente regulación del incidente de nulidad de actuaciones podríamos decir que se trata de un remedio frente a la vulneración de derechos fundamentales (particularmente los aludidos en el artículo 53.2 de la Constitución española) y orientado a obtener dicha tutela mediante la rescisión de la resolución judicial impugnada y la consecuente retroacción de las actuaciones.

A pesar de todo lo dicho acerca de la configuración y la teleología del precepto que regula el incidente de nulidad de actuaciones en su versión vigente desde el año 2007, el balance de su aplicación práctica de acuerdo con la jurisprudencia constitucional que lo ha venido interpretando no es precisamente positivo en términos de una mayor o mejor tutela de los derechos fundamentales.

La ampliación de la figura, lejos de caracterizarse por intensificar y profundizar los mecanismos ya existentes de protección de los derechos fundamentales relacionados en el artículo 53.2 de la Constitución, parece, por el contrario, haberse erigido —en buena parte debido a la oscilante doctrina constitucional acerca de su conexión con el trámite de admisión del recurso de amparo y el requisito del agotamiento de la vía previa— en una suerte de obstáculo o elemento generador de confusión para la realización material de las

garantías constitucionales. No sirviendo al objetivo original de reforzar el rol de los jueces y juezas ordinarias como responsables primeras en la protección de los derechos fundamentales y/o eventualmente cerrando la admisibilidad del amparo constitucional debido: bien a su interposición no procedente (generando la extemporaneidad); bien a su no interposición (no permitiendo subsanar el óbice procesal de la no exhaustividad). Sometiendo en consecuencia a la persona demandante de amparo a un complejo dilema que ya fue advertido en la Sentencia del Tribunal Constitucional 182/2011.

Si bien parece que la tendencia más reciente, de acuerdo con lo fijado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 112/2019, es proclive a interpretar la exigencia del agotamiento de manera flexible y finalista. Evitando que el recurrente en amparo deba acudir a todos los medios de impugnación posibles, sino tan solo a aquellos procedentes. Es decir, aquellos cuya procedencia se desprenda de manera clara y evidente de la legislación procesal.

*2.5.1.2. Los procesos especiales*

Cuando los derechos fundamentales vulnerados tienen naturaleza material, que son, por ejemplo, los consagrados en los artículos 14 a 29 de la Constitución excepto el artículo 24, el acto vulnerador puede proceder tanto de otra persona particular como de los poderes públicos, pero no solamente del judicial sino también del legislativo y, lo más habitual, del ejecutivo a través de todos sus órganos de las diversas administraciones públicas. Para la protección de estos derechos se establecen procesos especiales o especializados ante los tribunales de los diversos órdenes jurisdiccionales: civil, penal, contencioso-administrativo y social (**Ver ANEXO La tutela judicial especial)**.

Se trata de procesos "especiales" porque vienen determinados por el objeto: la tutela de un derecho fundamental constitucionalizado, y este proceso solamente puede ser utilizado para ese objeto. No se puede utilizar este cauce procesal privilegiado para impetrar la tutela de otros derechos o intereses jurídicos que no consistan en la vulneración de un derecho fundamental constitucionalizado.

En estos casos de tutela judicial especial es necesaria siempre la presentación de una demanda (de amparo) poniendo así en marcha el aparato jurisdiccional, es decir iniciando un proceso con este objeto procesal. Agotada esta vía ordinaria, frente a vulneraciones procedentes de los poderes públicos queda subsidiariamente la posibilidad de plantear un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Por tanto, todos los procesos especiales (o tutela judicial especial) para la protección de los derechos fundamentales no son otra cosa que "procesos de amparo ordinarios" (frente al amparo constitucional)[154].

Con la instauración de estos procesos de amparo ordinario en todos los órdenes jurisdiccionales, el legislador/a ha cumplido el mandato del constituyente contenido en el artículo 53.2 de la Constitución española:

> Todo ciudadano podrá recabar la tutela de los derechos y libertades reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo Segundo, ante los tribunales ordinarios por medio de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

El proceso de amparo ordinario hace real la afirmada "subsidiariedad" del recurso de amparo constitucional, consagrada en el artículo 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional[155].

La exigencia de "preferencia" se entiende en el marco de este precepto como urgencia o celeridad en la tramitación. Estos procesos no siguen el orden de entrada de los restantes asuntos, sino que se tramitan con preferencia sobre ellos, con inmediatez temporal. "No guardan cola", ni en la admisión de la demanda ni en la tramitación posterior en relación con las fechas para la celebración de vistas o de audiencias, ni otros actos procesales.

La exigencia de "sumariedad" significa que mediante los procesos ordinarios de amparo debe enjuiciarse, única y exclusivamente, aquella parte del conflicto que afecte al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalizados, dejando fuera aquella otra que entrañe una lesión a cualquier otra norma de la legalidad ordinaria. Esta sumariedad implica cognición jurisdiccional limitada a los hechos que entrañen una lesión de un derecho fundamental. Las sentencias gozan de fuerza de cosa juzgada material dentro del límite del objeto específico y propio de estos procesos: la lesión del derecho fundamental, que no puede ser objeto ya de otro proceso posterior entre las mismas partes (efecto negativo o *non bis in idem*), o en su caso tiene que partirse de lo resuelto para la decisión de otro caso posterior en el que esta primera

[154] Con carácter general, vid: Gimeno Sendra, V., Torres del Moral, P., Morenilla Allard, P. y Díaz Martínez, M. (2018). *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional.* Tirant lo Blanch. Asimismo Vidal Fernández, B. (2015). *Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales*. Tecnos.

[155] "Los derechos y libertades reconocidos en los arts.14 a 19 y 30.2 CE serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los tribunales de Justicia".

resolución tenga incidencia (efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada material).

El aspecto externo de la sumariedad es la rapidez, derivada del carácter limitado del objeto de este proceso: limitación en la cognición del juez que solo puede tomar en consideración lo relativo a la vulneración del derecho fundamental, limitación en las alegaciones de las partes y limitación en las pruebas, restringido a la lesión del derecho fundamental.

Al unir la sumariedad junto a la preferencia parece que lo que el constituyente quiso plasmar aquí es la necesidad de celeridad, como complemento natural de la preferencia.

Actualmente el desarrollo legislativo del artículo 53.2 de la Constitución española ya se ha cumplido en los 4 órdenes jurisdiccionales ordinarios: civil, con la Ley de Enjuiciamiento Civil /2000[156] y las Leyes Orgánicas 1/82 (Derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen) y la Ley Orgánica 2/1984 del Derecho de Rectificación; en el orden contencioso-administrativo, con la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA)[157] y la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General (LOREG)[158]; y en el orden social o laboral con la Ley 36/2011 reguladora de la Jurisdicción Social (LJS)[159]. La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en el orden penal se tramita a través del proceso penal abreviado (artículos 779 a 799 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) con una serie de modificaciones tendentes a hacer realidad la preferencia y sumariedad proclamadas constitucionalmente (así se establece que la duración total del proceso no puede exceder de 60 días, y en algunos casos se reduce a 45 días). Y existe un proceso especial para los casos de detención ilegal: el *Habeas Corpus* regulado en la Ley Orgánica 6/1984.

De modo que en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico coexisten varios *procesos preferentes y sumarios* o "tutela judicial especial" para el amparo ordinario de específicos derechos y libertades consagrados en la Constitución,

[156] Artículo 249.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: "Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía: (...) 2º Las (demandas) que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación".

[157] Artículos 114 a 121 Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: *Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona*. Artículo 122 LJCA: *Procedimiento especial para la tutela del derecho fundamental de reunión*

[158] Artículos 109 a 117 y artículo 49 Ley Orgánica del Régimen Electoral General: *Proceso contencioso electoral para la tutela del derecho de sufragio del artículo 23 CE.*

[159] Artículos 177 a 184 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social: *De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas*.

junto con el amparo o tutela judicial especial por medio de los procesos ordinarios, aunque con especialidades.

En la medida que la accesibilidad puede formar parte del contenido esencial de los derechos fundamentales, su transgresión podría ser objeto de estos procesos.

### 2.5.2. La protección ante el Tribunal Constitucional: el amparo constitucional[160]

El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional previsto por el constituyente español en 1978, y concretado posteriormente su régimen jurídico por el legislador orgánico, forma parte de las denominadas doctrinalmente como garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales, junto con la tutela ordinaria y el procedimiento preferente y sumario ante la jurisdicción ordinaria.

La creación de un mecanismo de impugnación adicional ante el órgano encargado de ejercer en exclusiva la jurisdicción constitucional tiene su razón de ser en la especial naturaleza de estos derechos, que presentan no solo una dimensión o función subjetiva respecto de las controversias concretas sobre las cuales se proyectan, sino también otra de tipo objetivo, que trasciende la coyuntura particular y permea el resto del ordenamiento. Se convierte así en una "acción constitucional", es decir, no se plantea ante un órgano del Poder Judicial, pues el Tribunal Constitucional, a pesar de la confusión que pueda causar su denominación, no forma parte de aquel, no es una instancia más, sino el máximo órgano en materia de garantías constitucionales (artículo 123.1 de la Constitución española).

De ahí también la especial naturaleza jurídica que se atribuye al amparo constitucional, que viene caracterizado como: extraordinario y subsidiario.

Extraordinario porque no es un recurso ordinario. A través de su interposición solo puede pedirse la protección de determinados derechos. No puede emplearse, sin embargo, para solicitar la aplicación de otras normas constitucionales, ni otras de rango legal o inferior, como tampoco frente a la protección de un derecho solicitada por otro (contra-amparo).

Subsidiario porque solo cabe acudir a esta acción cuando la tutela de esos derechos no se ha satisfecho previamente por los tribunales ordinarios. Es así una garantía adicional y última. Pues en todo caso, los jueces, juezas y tribunales

[160] Una exposición más detallada se contiene en el **ANEXO El amparo constitucional.**

que componen el Poder Judicial son los jueces y juezas naturales de los derechos fundamentales (lectura sistemática de los artículos 5.1 y 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Los derechos susceptibles de ser recurridos en amparo son: artículo 14 de la Constitución española, los contenidos en la Sección 1ª capítulo II Título I de la misma (es decir, del 15 al 29), además del artículo 30.2 (artículo 53.2). Debe aclararse que solo las alegaciones sobre estos derechos serán tomadas en consideración por el Tribunal, pero además, con la precisión de que aquello que no sea propiamente un derecho quedaría también excluido, por ejemplo, el principio de cooperación con confesiones religiosas del artículo 16.3.

Tampoco por esta vía se pueden alegar vulneraciones de derechos contenidos en tratados internacionales en materia de derechos humanos, al menos no de modo autónomo, pues estos son relevantes en la medida en que en virtud del artículo 10.2 de la Constitución española deben tomarse en consideración para la interpretación de los derechos previstos en nuestra Constitución.

Para asegurar el carácter subsidiario del amparo constitucional deben cumplirse las siguientes formalidades:

1) Haber sido parte en la vía judicial previa: se exige a quien "razonablemente" pudo ser parte.

2) El agotamiento de la vía judicial (agotamiento formal): cuáles sean las acciones y recursos que deban agotarse se analiza de manera casuística. La única norma de alcance general al respecto es la nueva interpretación del incidente de nulidad de actuaciones tras la reforma de 2007. El agotamiento hace referencia a la existencia de remedios ante los tribunales ordinarios, y solo puede exigirse respecto de los manifiestamente procedentes. El problema en la práctica es la delimitación de la frontera entre la procedencia y la viabilidad de la acción, así como entre las intenciones dilatorias y la extemporaneidad del amparo.

3) Invocación previa del derecho vulnerado (agotamiento material): no basta con hacer una cita "ritual" del precepto constitucional invocado, sino que se exige una alegación que provoque una auténtica discusión ante la jurisdicción ordinaria; la invocación debe producirse tan pronto como se tuvo ocasión para ello. Lo que se pretende es que los tribunales ordinarios que han tomado

parte en el amparo judicial previo hayan tenido la posibilidad efectiva de reparar.

De acuerdo con la propia esencia que caracteriza a los derechos fundamentales, será objeto de cuestionamiento a través del amparo constitucional cualquier actuación (u omisión, o mera vía de hecho) de los poderes públicos, salvo la ley y normas con rango de ley.

Nuestro ordenamiento no prevé la posibilidad de que los particulares susciten procedimiento de declaración de inconstitucionalidad de normas con rango de ley, pero no impide que puedan impugnar los actos de aplicación derivados, lo que puede conllevar ulteriormente el planteamiento eventual de una autocuestión o cuestión interna de inconstitucionalidad en los términos del artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Como ya hemos señalado desde la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, debemos tener en cuenta entre los remedios procesales previos a la interposición del recurso de amparo el "incidente de nulidad de actuaciones" (artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

De acuerdo con el artículo 162 1 b) de la Constitución española están legitimados para interponer el amparo: el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal (que participará en todo caso en el procedimiento de amparo), y obviamente, toda persona física o jurídica que presente un interés legítimo y que haya sido parte en el proceso (exigencia que conecta con el requisito de la subsidiariedad).

En cuanto a la legitimación del Defensor y de la Fiscalía, se debe aclarar que no necesitan consentimiento de la persona interesada. Aunque lo cierto es que apenas han empleado esta posibilidad.

Sobre la noción de interés legítimo, debe partirse de un concepto amplio. Comprensivo de toda persona cuyo círculo jurídico pueda resultar afectado por la violación de un derecho fundamental, aunque la violación no se haya producido directamente en su contra (Sentencia del Tribunal Constitucional 298/2006, entre otras).

La legitimación de los particulares va en coherencia con la propia atribución de titularidad sobre los derechos fundamentes, así, las personas extranjeras (en conexión con la idea de dignidad humana) y las personas jurídicas, podrán interponer el amparo en tanto en cuanto ostenten derechos fundamentales. Además, cabe recordar que en el caso de las jurídico-públicas esta titularidad es especialmente restringida por la propia naturaleza de los derechos fundamentales como freno al poder público.

Asimismo, el artículo 47.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prevé que pueda haber coadyuvantes, y está también prevista la intervención del Abogado del Estado para aquellos casos en que estuviera interesada la Administración Pública (artículo 52 del Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

El artículo 50.1b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional exige:

> que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

Es decir, desde la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007, para que un recurso sea admitido a trámite, además de la alegar la vulneración de uno o más derechos susceptibles de amparo constitucional y cumplir con los plazos y las exigencias de subsidiariedad que hemos referido, deberá acreditar de manera insubsanable la "especial trascendencia constitucional" del mismo (que el problema tenga relevancia objetiva o general) (artículo 49.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). A efectos prácticos, para saber en qué casos el Tribunal Constitucional va a considerar que concurre esta característica tomamos como referencia lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009 (FJ 2º) que resultó fundamental en la definición de este requisito (no suponiendo de ningún modo un *numerus clausus*) y que esquematizamos en los siguientes puntos:

1. Cuando el recurso plantee un problema o faceta de un derecho fundamental sobre el que no haya doctrina.

2. Cuando el recurso dé ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar de doctrina (por estudio interno, nuevas realidades sociales o cambio de doctrina en los tribunales internacionales).

3. Cuando la vulneración provenga de la ley u otra disposición general.

4. Cuando la vulneración provenga de una reiterada interpretación de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva de derechos fundamentales.

5. Cuando la doctrina del Tribunal se esté incumpliendo reiteradamente por la jurisdicción ordinaria.

6. Cuando el órgano jurisdiccional incurra en negativa manifiesta de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional.

7. Cuando, sin estar en los supuestos anteriores, el asunto del caso concreto merezca el conocimiento del Tribunal por razones políticas, económicas, etc.

Para finalizar con la "especial trascendencia constitucional", merece la pena destacar que este nuevo requisito y su aplicación en el trámite de admisión ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la importante Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Caso Arribas Antón vs. España, de 20 de enero de 2015*. Una resolución que, si bien no apreció vulneración alguna del Convenio de Roma, sí destacó que la práctica del Tribunal español de no argumentar las inadmisiones ni las admisiones (con carácter sistemático, se entiende, porque existían alusiones puntuales) en relación con la justificación de la particular relevancia constitucional, suponía una patente mala Administración de Justicia. Lo que conllevó un cambio en la manera de proceder del órgano en su posterior labor, empezando a introducir en los casos admitidos (recordemos que las inadmisiones no se publican) una referencia a la causa de "especial trascendencia constitucional" concurrente, a los efectos de facilitar información relevante para la interposición futura de acciones de amparo. Aspecto cuya relevancia fue reconocida por el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 9/2015[161].

### 2.5.3. La protección ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

En el marco de la Unión Europea la discapacidad se ha convertido, en especial desde que ratificó la Convención, en un asunto central. En efecto, desde la ratificación de la Convención por parte de la Unión Europea se han desarrollado numerosas normas con especial importancia para luchar contra la discriminación y en materia de accesibilidad universal, incluida la adopción de ajustes razonables. El derecho derivado de la Unión Europea en estos campos ha alcanzado altos niveles de regulación, exigibilidad y supervisión, aunque siempre acotados o restringidos a los ámbitos de competencias establecidos por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Como parte de la Convención, la Unión debía establecer un marco con el fin de fomentar, proteger y supervisar la aplicación de la Convención. En ese sentido, se ha establecido un marco específico de la Unión formado por el Defensor del Pueblo Europeo, la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo, la Agencia de los Derechos Fundamentales y el Foro Europeo de la Discapacidad,

[161] "constituye una exigencia de certeza que este Tribunal explicite el cumplimiento de este requisito (la especial trascendencia constitucional), haciendo así recognoscibles los criterios de aplicación empleados al respecto por el TC" (FJ 3).

en el que cada uno desempeña sus tareas de forma independiente, pero en coordinación. El marco de la Unión supervisa los ámbitos de la Convención para los que los Estados miembros han transferido sus competencias a la Unión, así como la implementación de la Convención por parte de las instituciones de la Unión.

El derecho de la Unión Europea no contempla un órgano específico ni tampoco un procedimiento jurisdiccional con el objeto de garantizar el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) no es una institución específicamente dirigida a la protección de los derechos humanos. Sin embargo, el TJUE puede intervenir en la protección de posibles vulneraciones de derechos humanos como consecuencia de la aprobación e incorporación al derecho de la Unión Europea de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como de la aprobación de diferentes directivas destinadas a la protección de determinados derechos humanos, muchas relacionadas con cuestiones de igualdad y no discriminación, algunas de las cuales aluden específicamente a la discapacidad.

El TJUE asume las tareas de conocer de forma directa los recursos contra Estados Miembros o contra las instituciones u organismos europeos, así como de las cuestiones relativas a la validez o interpretación de una norma europea planteada ante un órgano jurisdiccional nacional.

Las competencias jurisdiccionales del TJUE se dividen en función de las normas en conflictos, así como en función de los sujetos involucrados (Estados, Órganos de la Unión Europea, ciudadanos/as de la Unión). El "recurso de incumplimiento" está previsto frente al incumplimiento de algún Estado miembro de sus obligaciones derivadas del derecho comunitario (artículos 258-260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). El "recurso de control de legalidad" está previsto como un control de legalidad tanto de normas derivadas como constitutivas de la Unión Europea. Se puede articular como "recurso de anulación" (artículos 263-264 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), como "recurso de omisión" (artículo 265 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), o como "recurso de excepción de legalidad" (artículo 277 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). El "recurso por responsabilidad extracontractual" está previsto frente a la actividad de las Instituciones de la Unión Europea y de sus agentes (artículo 268 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

Finalmente, la competencia del TJUE prevé lo que se denomina como "cuestión prejudicial" (artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión

Europea) cuyo objeto puede recaer en la interpretación de los Tratados constitutivos y del derecho derivado (cuestiones prejudiciales de interpretación), o en el examen de validez de los actos de las instituciones (cuestiones prejudiciales de apreciación de validez).

La cuestión prejudicial es, *prima facie*, la vía más idónea para que el TJUE se pronuncie sobre la interpretación o validez de las disposiciones normativas comunitarias.

Este procedimiento, es sin duda, el más relevante en tanto que causa efectos directos ante las partes sobre las que versa y aunque las mismas no pueden participar de forma directa, sí pueden formular observaciones escritas al mismo. El órgano jurisdiccional nacional plantea al Tribunal cuestiones relativas a la interpretación o a la validez de una disposición del derecho de la Unión, generalmente en forma de resolución judicial adaptada a las normas procesales nacionales.

La cuestión prejudicial también puede versar sobre el control de la validez de un acto adoptado por las instituciones de la Unión. También en este marco de las cuestiones prejudiciales, cualquier persona ciudadana de la Unión Europea puede contribuir a que se precisen las normas de la Unión que le afectan.

En el marco de la legislación española, el recurso prejudicial se encuentra previsto en el artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial el cual dispone:

> 1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2. Cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes.

Por lo que aquí interesa, en el caso de violaciones de derechos humanos que tengan su origen en actos u omisiones de una Administración de uno de los Estados miembros de la Unión Europea, pero que supongan una violación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, el TJUE podrá actuar en la medida que se le plantee una cuestión prejudicial. Por lo tanto, siempre que se observe una posible violación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, deberá contemplarse la posibilidad de solicitar, ante los órganos jurisdiccionales internos, el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE.

Es cierto que la tutela de este Tribunal frente a las diferentes situaciones de discriminación de las personas con discapacidad en el ámbito de la Unión se

limita a los supuestos en los que se pone en juego la aplicación o lo interpretación de normas europeas. En todo caso, el TJUE ha emitido algunas decisiones relevantes en la materia entre las que cabe destacar la sentencia del caso *Coleman contra Attridge Law y Steve Law*, en la que aplica el concepto de discriminación por asociación considerando discriminación por discapacidad el despido a una persona que tenía un hijo con discapacidad.

### 2.5.4. La protección internacional

Conforme señala expresamente la propia LGDPD, los derechos reconocidos y amparados en la misma obedecen a estándares de derechos humanos recogidos en instrumentos internacionales ratificados por el Estado español. Por ello, ante la vulneración de los mismos, existe la posibilidad de garantizar su cumplimiento mediante procedimientos o vías de tutela de carácter supraestatal, es decir, frente a órganos de control o jurisdiccionales de carácter regional (como el Consejo de Europa) o internacional (como Naciones Unidas). Cabe mencionar aquí que casi todas las vías de tutela señaladas —con excepción de las reclamaciones colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales— son de carácter subsidiario, es decir, solo proceden una vez que se han agotado previamente las instancias nacionales.

#### *2.5.4.1. La protección en el marco del Consejo de Europa*

La protección de los derechos humanos en el marco del Consejo de Europa se lleva a cabo a través de diferentes instrumentos normativos entre los que destacan la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 que reconoce, básicamente, derechos individuales, civiles y políticos y la Carta Social Europea, aprobada en 1961 cuya versión revisada fue adoptada en 1996 y que reconoce derechos económicos, sociales y culturales. Los mecanismos de garantía de los derechos de uno y otro instrumento no son los mismos. Así, mientras que la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) cuenta con un mecanismo jurisdiccional de garantía, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), este órgano judicial no tiene competencia en el caso de vulneraciones de derechos incluidos en la Carta Social Europea (en adelante, CSE) en relación con las cuales actúa el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS). Lo anterior muestra que el sistema de protección de los derechos humanos en el Consejo de Europa es un sistema caracterizado por la fragmentación y categorización de grupos de derechos presentando un importante desequilibrio de partida entre los derechos individuales, civiles y políticos y los derechos sociales que puede tener consecuencias negativas en relación con las personas con discapacidad en tanto sus derechos suelen ser considerados, erróneamente, únicamente derechos sociales.

España ratificó la CEDH en 1979 cuando pasó a formar parte del Consejo de Europa, y la CSE en 2021.

#### *2.5.4.1.1.- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Toda persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación de los derechos reconocidos en la CEDH por un Estado Parte, puede acceder al TEDH una vez agotadas las instancias internas (artículo 35). En otras palabras, el CEDH articula un mecanismo de reclamación jurisdiccional subsidiario de acceso directo al individuo dotándolo de este modo de subjetividad internacional. Esta particularidad ha llevado al actual TEDH a convertirse en una especie de Corte Supranacional de Casación de las máximas instancias jurisdiccionales domésticas, las cuales siguen manteniendo el deber principal de resolver previamente las denuncias de vulneraciones del CEDH a nivel interno.

Declarada admisible una demanda, el TEDH procede al examen contradictorio del caso con los representantes de las partes, y si fuera necesario, llevará a cabo una investigación para lo cual los Estados partes están obligados a proporcionar todas las facilidades necesarias. Asimismo, el TEDH se pondrá a disposición de las personas interesadas a fin de llegar a un arreglo amistoso del caso (artículo 38). El procedimiento culmina con la sentencia la cual debe ser motivada y tiene fuerza obligatoria respecto de los Estados parte de la CEDH.

Las personas con discapacidad no se encuentran específicamente mencionadas en la CEDH pues se trata de un instrumento que recoge derechos humanos de carácter general y de primera generación (civiles y políticos). La única mención, con una terminología y un enfoque alejados de la Convención, es la que se incluye en el artículo 5 que permite la privación de la libertad de las personas "enajenadas". En todo caso, obviamente, las personas con discapacidad son titulares de todos los derechos reconocidos en la CEDH y además están amparadas por la protección contra la discriminación en su ejercicio y disfrute. Por ello, desde la adopción de la Convención, que ha tenido un importante impacto en la atención a la discapacidad por parte de los sistemas regionales de protección de los derechos, el TEDH ha desarrollado una apreciable jurisprudencia en la materia.

#### *2.5.4.1.2. El Comité de Derechos Sociales*

El Comité de Derechos Sociales es el órgano encargado de vigilar el cumplimiento de la CSE por parte de los Estados.

Esta Carta se refiere expresamente a la discapacidad en su artículo 15 cuya versión revisada, mejorada frente a la redacción original muy alejada del modelo de la Convención, señala:

> para garantizar a las personas discapacitadas, con independencia de su edad y de la naturaleza y el origen de su discapacidad, el ejercicio efectivo del derecho a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad, las Partes se comprometen, en particular: 1. a tomar las medidas adecuadas para procurar a las personas discapacitadas orientación, educación y formación profesional en el marco del régimen general, siempre que sea posible, o, en caso contrario, a través de instituciones especializadas, ya sean públicas o privadas; 2. a promover su acceso al empleo mediante todas las medidas encaminadas a estimular a los empleadores para que contraten y mantengan empleadas a las personas discapacitadas en el entorno habitual de trabajo y a adaptar las condiciones de trabajo a sus necesidades o, cuando ello no sea posible por razón de la discapacidad, mediante el establecimiento o la creación de empleos protegidos en función del grado de incapacidad. Estas medidas pueden exigir, en determinados casos, el recurso a servicios especializados de colocación y de apoyo; 3. a promover su plena integración y participación social, en particular, mediante la aplicación de medidas, incluidas las ayudas técnicas, dirigidas a superar las barreras a la comunicación y a la movilidad y a permitirles acceder a los transportes, a la vivienda, y a las actividades culturales y de ocio.

El Comité no es un órgano judicial si bien desempeña importantes funciones de seguimiento y control.

Así, de un lado, los Estados parte deben presentar periódicamente informes al CSE sobre el cumplimiento de los derechos reconocidos en su articulado en relación con los cuales emite Conclusiones, que son similares a las adoptadas por los órganos de Tratados de Naciones Unidas (como el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, al que se hará referencia en el siguiente apartado).

Por otro lado, y a través de un Protocolo Adicional, ratificado al igual que la versión revisada de la CSE en 2021 por España, se establece un sistema de reclamaciones colectivas. Así, se reconoce el derecho de presentar reclamaciones en relación con el cumplimiento de los derechos reconocidos en la CSE a las siguientes organizaciones: organizaciones internacionales de empleadores/as y de trabajadores/as; otras organizaciones internacionales no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo de Europa y que figuren en la lista elaborada a tal fin por el Comité

Gubernamental; organizaciones nacionales representativas de empleadores/as y de trabajadores/as sometidas a la jurisdicción del Estado contra la que se dirige la reclamación; cualquier otra organización nacional no gubernamental representativa dentro de su jurisdicción que tenga especial competencia en las materias reguladas por la Carta a la que el Estado reconozca el derecho a presentar reclamaciones.

La reclamación se presenta por escrito y se referirá a una disposición de la Carta aceptada por el Estado afectado y especificará en qué medida dicho Estado no ha garantizado la aplicación satisfactoria de dicha disposición. El Comité podrá solicitar del Estado y de la organización que presentó la reclamación que presenten por escrito, dentro del plazo que el Comité establezca, información y sus observaciones sobre la admisibilidad de la reclamación. Si el Comité admite la reclamación solicitará del Estado y de la organización que presentó la reclamación que presenten, dentro del plazo que el Comité establezca, todas las aclaraciones o informaciones escritas que procedan, e instará a los demás Estados parte del protocolo a presentar las observaciones que deseen formular dentro del mismo plazo. Sobre la base de las aclaraciones, informaciones u observaciones presentadas, el Estado afectado y la organización que presentó la reclamación podrán presentar otras informaciones u observaciones escritas en el plazo que establezca el Comité. Cuando proceda a examinar la reclamación, el Comité podrá organizar una audiencia con los representantes de las partes.

Sobre la base de las estas actuaciones el Comité elaborará un informe en el que expondrá las medidas adoptadas para examinar la reclamación y presentará sus conclusiones sobre si la Parte Contratante afectada ha garantizado o no la aplicación satisfactoria de la disposición de la Carta a que se refiere la reclamación que se remite al Comité de Ministros del Consejo de Europa, a la organización que presentó la reclamación y a las Partes Contratantes. El informe se remitirá a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que lo hará público en el plazo de cuatro meses tras su presentación.

Este protocolo fortalece el papel de agentes y colectivos sociales en el cumplimiento de los derechos de la CSE y establece un mecanismo de control cuasi judicial. Se trata, además, de un control preventivo, pues no hay que probar efectos nocivos de la norma o práctica) y presenta, también, la ventaja de que no exige agotamiento de vías internas. En todo caso, las personas particulares no pueden presentar una reclamación individual ante el Comité Europeo de Derechos Sociales, a diferencia de lo que sucede con el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

### *2.5.4.2. El sistema universal: especial atención al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*

Al igual que el resto de tratados de derechos humanos, la Convención establece, como hemos venido aludiendo, un Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 34.1), compuesto de 18 personas expertas e independientes encargado de velar por el cumplimiento de las obligaciones internacionales recogidas en el tratado. Para la consecución de este objetivo el Comité de la Convención realiza diferentes actuaciones.

Entre ellas destaca, en primer lugar, el análisis de los informes periódicos presentados por los Estados parte sobre la aplicación de la Convención (artículo 35) que da lugar, tras un diálogo interactivo con el Estado en el que pueden presentarse informes alternativos por parte de la sociedad civil, a la adopción por parte del Comité de las llamadas Observaciones finales que pretenden ser una orientación para la posterior implementación de las disposiciones de la Convención.

En relación con los Estados como España, que han ratificado su Protocolo Facultativo, el Comité tiene también la competencia de examinar reclamaciones individuales (llamadas comunicaciones) presentadas por personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención.

La reclamación debe presentarse por escrito y enviarse al correo de la Secretaría de Naciones Unidas, sin que exijan especiales formalidades ni asistencia de profesionales de la abogacía. Si la reclamación se considera admisible, y uno de los requisitos es haber agotado los recursos internos, se inicia el procedimiento de examen que se articula como un proceso cuasi judicial. El Comité debe poner en conocimiento al Estado denunciado, de forma confidencial, toda comunicación que reciba. A partir de entonces, y dentro de un plazo de seis meses, ese Estado parte deberá presentar al Comité por escrito explicaciones o declaraciones en las que se aclare la cuestión y se indiquen las medidas correctivas que hubiere adoptado dicho Estado, de haberlas. Mientras tanto, el Comité examinará en sesiones privadas las comunicaciones que reciba, haciendo llegar sus sugerencias y recomendaciones, si las hubiere, al Estado parte interesado y a la persona autora de la comunicación. Si la situación lo demanda, el Comité podrá, antes de llegar a una conclusión sobre el fondo de una comunicación, remitir en cualquier momento al Estado parte interesado, a los fines de su examen urgente, una solicitud para que adopte las medidas provisionales necesarias a fin de evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación.

Una vez finalizado el procedimiento, el Comité adopta una decisión sobre el fondo que contiene dos tipos de pronunciamientos: el dictamen propiamente dicho, esto es, la declaración de si se ha producido o no una violación de los derechos reconocidos en el tratado y, en caso afirmativo, la identificación de una serie de recomendaciones que se consideran apropiadas para remediar esta violación que pueden reconducirse a medidas particulares orientadas a la reparación de la víctima y medidas generales dirigidas a la no repetición.

Desde su constitución el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha analizado numerosas reclamaciones individuales, muchas de ellas relacionadas con la accesibilidad universal y la vulneración del derecho a la igualdad y la no discriminación, en ocasiones en conexión con otros derechos. Hasta el momento dos dictámenes han considerado que España ha vulnerado derechos reconocidos en la Convención.

En todo caso, un problema al que nos enfrentamos es que, a diferencia de lo que sucede con las sentencias del TEDH y al igual que sucede con el resto de los órganos de tratados de Naciones Unidas, los dictámenes del Comité no son declarados expresamente obligatorios/vinculantes. Además, en España, al igual que sucede en otros muchos países, no existe un mecanismo para la implementación de los dictámenes de los Comités, y la jurisprudencia, con algunas excepciones relevantes, ha cerrado las vías procesales que se han intentado emplear para dar efecto a estas decisiones. Es deseable que esta situación, que impide que una persona que obtiene un dictamen favorable pueda ver reparados sus derechos en vía interna, cambie en un futuro próximo.

Asimismo, este Comité tiene también competencia para la realización de investigaciones acerca de violaciones graves y sistemáticas por un Estado de los derechos recogidos en su articulado (**Ver ANEXO Comunicaciones Comité Accesibilidad**). España fue objeto de una investigación en relación con el derecho a la educación inclusiva en la que el Comité concluyó que se había vulnerado grave y sistemáticamente este derecho.

### 2.5.5. El Defensor del Pueblo

El artículo 54 de la Constitución española establece:

Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.

La institución del Defensor del Pueblo es desarrollada por el legislador a través de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, cuyo artículo 1 reproduce sustancialmente el referido de la Carta Magna, aunque añadiendo el siguiente inciso al final: "Ejercerá las funciones que le encomienda la Constitución y la presente Ley". Esta ley reguladora fue posteriormente modificada a raíz de la aprobación de la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo y la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre. Además de algún ajuste con ocasión de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Por otro lado, este desarrollo se ve completado con el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo, aprobado por las Mesas del Congreso y del Senado, a propuesta del Defensor del Pueblo, en su reunión conjunta de 6 de abril de 1983.

Para una comprensión integral de la institución dentro del cuadro orgánico del Estado de las Autonomías, no puede olvidarse la Ley 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre la institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas comunidades autónomas.

El Defensor del Pueblo español constituye una de las categorizadas por la doctrina como garantías "institucionales"[162] de los derechos fundamentales. Es decir, instituciones encargadas dentro del diseño orgánico-constitucional específicamente de la defensa de los estos.

La finalidad del Defensor del Pueblo es la defensa de los derechos reconocidos por Título 1 de la Constitución, a través de dos bloques de facultades: la supervisión de la actividad administrativa; pero, además, la atribución de dos legitimaciones muy relevantes ante el Tribunal Constitucional, el recurso de inconstitucionalidad y la acción de amparo.

Ahora bien, carece de competencias ejecutivas; su proyección es más política o de opinión pública que jurídica. El Defensor del Pueblo no goza de poder resolutorio como tal y sus decisiones no se caracterizan por ser vinculantes. Sería una especie de órgano mediador, no facultado con potestad sancionadora alguna, ni tampoco de tipo anulatorio. Limitando su competencia a: sugerir, recomendar, advertir o recordar a las Administraciones sus deberes legales, actuar como legitimado ante el Tribunal Constitucional y dar a conocer

[162] En el elenco de las garantías institucionales, además del Defensor, cuya misión en particular es la de velar por el cumplimiento de los derechos del Título I de la Constitución en la actividad de las Administraciones, suelen referirse otras dos, que, si bien no han sido creadas *ad hoc* para ello, en su misión constitucional está también la defensa de los derechos fundamentales. Estas son tanto las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad como el Ministerio Fiscal. Así se desprende de los artículos 104 y 124 de la Constitución española, respectivamente.

públicamente tanto sus actuaciones como sus resoluciones a través de los informes que remite periódicamente a las Cortes Generales, y que son de acceso abierto en todo caso. Delimitadas de este modo sus capacidades, vendría a ser, como bien ha señalado la doctrina especializada, una suerte de "poder disuasor".

Desde el punto de vista histórico supone la importación y adaptación al ordenamiento jurídico español a través de la Constitución de 1978 de una institución cuyo precedente remoto podría encontrarse en 1809 en la figura del *ombudsman* de la Constitución de Suecia. Aunque previamente en el ámbito español podríamos ya encontrar un antecedente, si bien salvando todas las distancias, con la figura también histórica del Justicia de Aragón.

Por lo que respecta a la naturaleza de la institución, a pesar de configurarse como un órgano auxiliar del Parlamento —es un alto comisionado de este, su ley reguladora le obliga a presentar anualmente ante las Cortes Generales un informe de su actividad, su dotación económica queda integrada en los Presupuestos de las Cámaras y su Reglamento de Organización y Funcionamiento se aprueba por las Mesas de las estas—, goza sin embargo de autonomía, al menos de tipo funcional. Pues como así lo dispone el artículo 6.1 Ley Orgánica del Defensor del pueblo (en adelante, LODP): "El Defensor del Pueblo no estará sujeto a mandato imperativo alguno. No recibirá instrucciones de ninguna Autoridad. Desempeñará sus funciones con autonomía y según su criterio". Más discutida es en cambio su autonomía orgánica, no existiendo consenso doctrinal al respecto.

Dada la estructura unipersonal de la magistratura y al no disponer de facultades ejecutivas o coercitivas, son su autoridad moral y su poder de persuasión los factores que determinarán la influencia y la capacidad efectiva de proteger los derechos de la ciudadanía por parte del Defensor.

*2.5.5.1. La supervisión de la Administración*

El artículo 9.1 de la LODP dispone que el Defensor puede realizar

> cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración pública y sus agentes, en relación con los ciudadanos, a la luz de lo dispuesto en el artículo 103.1 CE, y el respeto debido a los derechos proclamados en su Título l.

Para lo cual, "las atribuciones del Defensor se extienden a la actividad de los ministros, autoridades administrativas, funcionarios y cualquier persona que actúe al servicio de las Administraciones públicas" (apartado 2 del referido

precepto). Previsión de que la cual, cabe resaltar el último inciso, relativo a la supervisión de entidades que, no constituyendo propiamente Administración pública, puedan prestan de alguna manera servicios públicos.

Además, y por lo que respecta a la dimensión territorial, debe sostenerse que el Defensor puede extender su ámbito de actuación a la supervisión de toda la actividad de la Administración pública, tanto la propia del Estado, como la de las comunidades autónomas o incluso la local. No obstante, aquí hay que tener en cuenta la proliferación de comisionados parlamentarios autonómicos semejantes en sus atribuciones al Defensor del Pueblo (artículo 12 de la LODP). Cuestión que abordaremos unas líneas más abajo.

Por lo que respecta a la iniciativa (artículos 9.1 y 10 de la LODP): las actuaciones pueden instarse de oficio o a instancia de parte, bastando con invocar un interés legítimo.

En cuanto a los particulares, la LODP establece que "podrá dirigirse al Defensor cualquier persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, sin restricción alguna". No pudiendo constituir "impedimento para ello la nacionalidad, residencia, sexo, minoría de edad, la incapacidad legal del sujeto, el internamiento en un centro penitenciario o de reclusión o, en general, cualquier relación especial de sujeción o dependencia de una Administración o poder público".

Las quejas también podrán tener su origen en diputados/as o senadores/as individualmente o en "las comisiones de investigación o relacionadas con la defensa general o parcial de los derechos y libertades públicas y, principalmente, la Comisión Mixta Congreso-Senado de relaciones con el Defensor del Pueblo".

Acerca de los requisitos para la presentación de las quejas, debemos destacar la escasa formalidad que caracteriza a las peticiones ante el Defensor. Así, el artículo 15.1 la LODP exige para la admisión de la queja que esta esté:

> firmada por el interesado, con indicación de su nombre, apellidos y domicilio, en escrito razonado en papel común y en el plazo máximo de un año, contado a partir del momento en que tuviera conocimiento de los hechos objeto de la misma". Además, "[t]odas las actuaciones del Defensor del Pueblo son gratuitas para el interesado y no será preceptiva la asistencia de Letrado ni de Procurador (apartado 2).

Sin embargo, y a pesar de la literalidad legislativa, desde hace años es posible la presentación mediante correo electrónico, para lo cual, la web

institucional (www.defensordelpueblo.es) dispone de un formulario de queja que facilita el trámite a la ciudadanía.

Recibida la queja, el Defensor deberá comprobar que no concurren causas de inadmisión, que, de acuerdo con ley reguladora, serían: aquellas respecto de las cuales esté pendiente resolución judicial (artículo 17.2), así como "las anónimas ( ) aquellas en las que advierta mala fe, carencia de fundamento, inexistencia de pretensión, así como aquellas otras cuya tramitación irrogue perjuicio al legítimo derecho de tercera persona". No siendo sus decisiones sobre la admisión susceptibles de recurso (artículo 17.3).

Una vez admitida la queja a trámite, el Defensor del Pueblo promueve

> la oportuna investigación sumaria e informal para el esclarecimiento de los supuestos de la misma. En todo caso dará cuenta del contenido sustancial de la solicitud al Organismo o a la Dependencia administrativa procedente con el fin de que por su Jefe en el plazo máximo de quince días, se remita informe escrito.

Un plazo que podrá ser ampliado cuando concurran circunstancias que lo aconsejen a juicio del Defensor (artículo 18.1 de la LODP).

En este sentido, existe la obligación legal de todo poder público de prestarle, con carácter preferente y urgente, la colaboración que precise para sus investigaciones (artículo 19 de la LODP). Y en caso de que se produzca una

> negativa o negligencia del funcionario o de sus superiores responsables al envío del informe inicial solicitado podrá ser considerada por el Defensor del Pueblo como hostil y entorpecedora de sus funciones, haciéndola pública de inmediato y destacando tal calificación en su informe anual o especial, en su caso, a las Cortes Generales (artículo 18.2 de la LODP).

Previsiones a las que debe añadirse, por razones de sistematicidad lo dispuesto en el artículo 502.2 del Código Penal, que tipifica como delito la obstaculización de las investigaciones del Defensor del Pueblo.

Para terminar con la capacidad del Defensor en el acceso a documentación o información obrante en poder de la Administración, debe señalarse que esta institución es uno de los pocos sujetos que dentro del entramado institucional español está legalmente autorizado para recabar incluso aquellos documentos "clasificados con el carácter de secretos de acuerdo con la ley". Siempre, claro está, dentro de los términos y las cautelas fijadas en el artículo 22 de su ley reguladora.

Una vez se da por concluida la investigación del Defensor del Pueblo, la LODP en su artículo 31, apartados 1, 2, y 3 respectivamente, contempla las siguientes notificaciones:

- Respecto del peticionario: "informará al interesado del resultado de sus investigaciones y gestión así como de la respuesta que hubiese dado la Administración o funcionario implicados, salvo en el caso de que éstas, por su naturaleza, fuesen consideradas como de carácter reservado o declaradas secretas".
- Cuando la queja proceda de las Cortes Generales: "el Defensor del Pueblo informará al parlamentario o Comisión competente que lo hubiese solicitado y al término de sus investigaciones, de los resultados alcanzados. Igualmente, cuando decida no intervenir informará razonando su desestimación".
- Respecto de la Administración requerida: "comunicará el resultado positivo o negativo de sus investigaciones a la autoridad, funcionario o dependencia administrativa acerca de la cual se haya suscitado".

El Defensor puede formular a las autoridades y funcionarios de las Administraciones públicas advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas. Quedando aquellos obligados a responder por escrito en el plazo no superior a un mes. (artículo 30 de la LODP).

Se prevé además en el apartado 2 de este artículo 30, que:

> [s]i formuladas sus recomendaciones dentro de un plazo razonable no se produce una medida adecuada en tal sentido por la autoridad administrativa afectada o éste no informa al Defensor del Pueblo de las razones que estime para no adoptarlas, el Defensor del Pueblo podrá poner en conocimiento del Ministro del Departamento afectado, o sobre la máxima autoridad de la Administración afectada, los antecedentes del asunto y las recomendaciones presentadas. Si tampoco obtuviera una justificación adecuada, incluirá tal asunto en su informe anual o especial con mención de los nombres de las autoridades o funcionarios que hayan adoptado tal actitud entre los casos en que considerando el Defensor del Pueblo que era posible una solución positiva, ésta no se ha conseguido.

En cuanto a los tipos concretos de recomendaciones que el Defensor puede realizar, la LODP establece:

- sugerir la modificación de los criterios utilizados para la producción de los actos y resoluciones de la Administración pública (artículo 28.1).

- sugerir a los órganos legislativos o a la Administración la modificación de normas cuyo cumplimiento riguroso pueda provocar situaciones injustas o perjudiciales (artículo 28.2).
- si las actuaciones se hubiesen realizado con ocasión de servicios prestados por particulares en virtud de acto administrativo habilitante, el Defensor podrá instar a las autoridades administrativas competentes, mediante un recordatorio de sus deberes legales, el ejercicio de sus potestades de inspección y sanción (artículo 28.3).

Por lo que respecta a las responsabilidades por las conductas lesivas, el artículo 23 de la LODP se expresa en los siguientes términos:

> [c]uando las actuaciones practicadas revelen que la queja ha sido originada presumiblemente por el abuso, arbitrariedad, discriminación, error, negligencia u omisión de un funcionario, el Defensor del Pueblo podrá dirigirse al afectado haciéndole constar su criterio al respecto. Con la misma fecha dará traslado de dicho escrito al superior jerárquico, formulando las sugerencias que considere oportunas.

Visto con cierto detalle el procedimiento de tramitación y gestión de quejas ante el Defensor en su tarea de supervisión de las Administraciones, llega el momento de destacar los siguientes puntos acerca de su labor en la protección de los derechos dentro su configuración constitucional y legal:

El rol del Defensor del Pueblo resulta especialmente interesante en la medida en que la capacidad de supervisión de la Administración pública por este se extiende a todos los enunciados del Título I de la Constitución, es decir, incluyendo a los Principios Rectores de la Política Social y Económica del Capítulo III. Lo cual es relevante por lo siguiente: de un lado, por el régimen de garantías más débil que estos presentan en comparación con los derechos fundamentales del Capítulo II por voluntad del propio constituyente (artículo 53.3 de la Constitución española) —y a pesar de los elementos de "porosidad" o "permeabilidad" que existen en dicha frontera—; de otro, por las posibilidades que ello abre en relación con una interpretación amplia del mecanismo del artículo 10.2 en la importación de un canon interpretativo de los derechos en constante evolución a través de los estándares internacionales de tutela de los derechos humanos.

Los informes del Defensor ante las Cortes Generales y su capacidad de dar proyección pública a su actividad como contrapeso a la falta de poderes coactivos para imponer sus decisiones.

Respecto de su comparecencia anual ante las Cámaras, el artículo 32.1de la LODP: "El Defensor del Pueblo dará cuenta anualmente a las Cortes Generales

de la gestión realizada en un informe que presentará ante las mismas cuando se hallen reunidas en periodo ordinario de sesiones."

El Informe,

> dará cuenta del número y tipo de quejas presentadas; de aquellas que hubiesen sido rechazadas y sus causas, así como de las que fueron objeto de investigación y el resultado de las mismas, con especificación de las sugerencias o recomendaciones admitidas por las Administraciones Públicas (artículo 33.1 de la LODP).

Y que irá acompañado de "un anexo ( ) en el que se hará constar la liquidación del presupuesto de la institución en el periodo que corresponda" (artículo 33.3).

La exposición del informe se realiza en un primer debate en la Comisión Mixta y un segundo ya en el Pleno de cada una de las Cámaras donde se presenta una versión resumida del mismo (artículo 33.4 de la LODP).

A mayores del importante informe anual, el artículo 32.2 de la LODP prevé que el Defensor: "[c]uando la gravedad o urgencia de los hechos lo aconsejen podrá presentar un informe extraordinario que dirigirá a las Diputaciones Permanentes de las Cámaras si éstas no se encontraran reunidas".

Asimismo, ha sido una constante en el desempeño de la institución la presentación a las Cortes Generales y la publicación de estudios monográficos acerca de temas de particular interés social o que afectan al disfrute de los derechos fundamentales.

*2.5.5.2. Otras funciones*

Como señalábamos más arriba, es fundamental destacar que el Defensor del Pueblo también está legitimado[163] para plantear el recurso de amparo y el recurso de inconstitucionalidad (artículos 161.1 a) y b) CE, 29 LODP y 32.1 b) y 46 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) y que estas facultades se han interpretado de un modo amplio.

Interpretación que podemos calificar como amplia, en la medida en que la ley reguladora del Defensor no establece límites en su interposición y la lectura que hasta la fecha ha hecho de estas legitimaciones el Tribunal Constitucional

[163] Por razones de completitud, cabe señalar que el Defensor del Pueblo también ostenta legitimación para interponer el *habeas corpus* (artículo 3 c) Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «*Habeas Corpus*»).

también ha sido en ese sentido. Sirvan como ejemplo, las Sentencias del Tribunal Constitucional 5/1981, 150/1990, 274/2000, o ya más próxima en el tiempo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 137/2010 (a propósito del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor contra algunos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña) que incide en que "puesto que ni la norma constitucional ni los preceptos orgánicos establecen límite alguno al contenido de esa legitimación, no cabe su aplicación restrictiva".

Por otro lado, el Defensor del Pueblo se ha constituido como Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura e Institución Nacional de Derechos Humanos.

En el año 2006 España ratificó el Protocolo Facultativo a la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura. El cual pretendía la prevención de la tortura a través del establecimiento de un sistema de visitas periódicas a los lugares de privación de libertad bajo la responsabilidad de un órgano internacional, el Subcomité para la Prevención de la Tortura, así como la instauración de mecanismos nacionales de prevención en cada uno de los Estados parte del Protocolo.

España, para cumplir con las responsabilidades internacionales adquiridas con la suscripción del Protocolo, optó, en lugar de crear un nuevo órgano *ad hoc*, por designar al Defensor del Pueblo como Mecanismo Nacional de Prevención a través de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que modifica ligeramente la LODP introduciendo una Disposición final única con el siguiente tenor: "el Defensor del Pueblo ejercerá las funciones del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de conformidad con la Constitución, la presente Ley y el Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" (apartado primero).

De esta nueva atribución cabe destacar que ahora al Defensor del Pueblo corresponde también la elaboración de informes específicos sobre su actividad como Mecanismo Nacional de Prevención, que se rinden tanto ante las Cortes Generales como ante el Subcomité para la Prevención de la Tortura de Naciones Unidas.

Para finalizar con todas las misiones encomendadas al Defensor, y en este epígrafe particularmente, citaremos las referidas a su integración dentro del sistema de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas. Cabe recordar, que la institución adquirió la condición de Institución Nacional de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de acuerdo con lo previsto en los denominados Principios de París (Resolución 1992/54 de la Comisión de Derechos Humanos,

Principios relativos al Estatuto de las Instituciones Nacionales, aprobados posteriormente el 20 de diciembre de 1993 por la Asamblea General en su Resolución 48/134). Un encargo que ha conllevado la participación del Defensor en la preparación y presentación de los informes de España ante el Consejo de Derechos Humanos *(Examen Periódico Universal),* y también ante otros Comités creados como órganos de seguimiento de diversos tratados como los siguientes: Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Eliminación de la Discriminación Racial, Tortura, Derechos del Niño, Derechos de las Personas con Discapacidad, etc.

Por último, tal y como ya avanzábamos al describir el marco jurídico de referencia del Defensor como garantía de los derechos, algunas comunidades autónomas han creado instituciones semejantes en el ámbito territorial autonómico. Se trata de figuras análogas, pero circunscritas a los poderes públicos de la comunidad a la que pertenezcan y no excluyen en ningún caso la competencia del Defensor estatal. Creándose en su momento un régimen de cooperación entre ambas figuras a través de la Ley 36/1985, de 6 de noviembre y existiendo una nutrida jurisprudencia constitucional en relación con esta articulación de relaciones, destacando la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 (FJ 33) también relativa a la impugnación de numerosos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que declaró inconstitucional, amén de otras cuestiones, la pretensión de exclusividad del *Síndic de Greuges* de Cataluña en lo concerniente a la supervisión de la Administración autonómica:

> [a]sí como la garantía jurisdiccional no admite distingo en su proyección sobre el poder público autonómico, tanto legislativo como administrativo, así tampoco la garantía extrajurisdiccional propia del Defensor del Pueblo puede limitarse en su alcance a la supervisión de la Administración central del Estado, sino que ha de comprender a cualesquiera Administraciones públicas en aras de la perfecta cobertura de las garantías constitucionales de los derechos respecto de todas las variables del poder público. La "Administración" del artículo 54 de la Constitución española, como la "Administración" de los artículos 103 y 106, no es, por tanto, la concreta especie "Administración central", sino el género en el que se comprende todo poder público distinto de la legislación y la jurisdicción.

A título ejemplificativo podemos nombrar a algunas de ellas como el Defensor del Pueblo Andaluz, el *Síndic de Greuges* (Cataluña), el *Valedor do Pobo* (Galicia), el Procurador del Común (Castilla y León), el *Ararteko* (Euskadi) o el Justicia de Aragón, entre otros. Si bien en tiempos recientes se ha detectado un repliegue y algunas autonomías han decidido suprimirlos o al menos suspenderlos en sus funciones.

### 2.5.6. De nuevo sobre el arbitraje

Como hemos visto, el sistema de arbitraje puede servir para proteger la idea de accesibilidad que denominábamos como restringida. Sin embargo, su utilización como medio adecuado para resolver conflictos en el marco de la accesibilidad en sentido amplio, esto es, aquel que conecta con los derechos humanos, puede plantear dudas. Y ello a pesar de que el arbitraje se ha propuesto como mecanismo idóneo para abordar situaciones en las que los instrumentos jurídicos tradicionales de defensa de derechos se muestran insuficientes.

Señalábamos en su momento que el sistema propuesto para la discapacidad estaba relacionado con el diseñado para el consumo y, en definitiva, para el ámbito del comercio. Sin embargo, no está claro que el arbitraje utilizado en el campo del comercio sea trasladable al campo de los derechos humanos. En las disputas en materia de derechos no siempre se dan aquellos elementos presentes en este tipo de arbitrajes, tales como la escasa intensidad normativa reguladora de la materia, la referencia contractual o, incluso, la presunta igualdad entre las partes.

Como es sabido, la igualdad entre las partes tiene una importancia fundamental ya que garantiza un efectivo acceso a la justicia y a la tutela de los derechos. Esta igualdad se expresa en la ausencia de barreras, pero también en la inexistencia de situaciones de discriminación. Se pretende garantizar en el arbitraje a través de la prestación del consentimiento para someter la disputa a este mecanismo, la designación de los profesionales del arbitraje u otras disposiciones, pero queda la duda de si todo ello es suficiente en relación con personas y colectivos tradicionalmente discriminados.

Además, en el marco de la defensa de los derechos, surgen otras cuestiones que no están claras a la hora de emplear el arbitraje. Entre ellas está la legitimación para ser parte, ya que al tratarse de un asunto de derechos humanos puede plantearse que el Estado la tuviera; o también la necesidad de exigir conocimientos en derechos humanos a los profesionales del arbitraje.

Sobre esto último, un punto destacado del arbitraje sobre litigios derivados de la accesibilidad universal es el relativo a la conformación de los órganos de arbitraje ya que, según el indicado artículo 74 de la LGDPD: “3. Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y de las administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias”. Esta pertenencia sectorial de los árbitros a designar casa mal

con la independencia de las instituciones arbitrales que predica el artículo 14.3 de la Ley 60/2003, de Arbitraje, en relación con el arbitraje institucional. La nula implantación de la institución puede haberse debido a factores como el contenido de la prescripción indicada cuya composición de los órganos arbitrales obliga a una interrelación entre el sector de la discapacidad y el sector implicado bajo los auspicios de las administraciones públicas, lo que no se ha dado en la práctica.

Por otro lado, el arbitraje está diseñado para resolver disputas entre particulares lo que traslada la idea de la menor intensidad de los derechos en el ámbito de las relaciones privadas e, incluso, la idea de que en ese ámbito es posible negociar la satisfacción de los derechos. En relación con este tema, Fernando Pindado ha planteado la posibilidad de que el arbitraje se extienda a controversias derivadas de la actuación de las Administraciones públicas[164].

Otro de los puntos que choca con la posibilidad de utilizar el arbitraje desde un enfoque de la accesibilidad relacionado con los derechos, tiene que ver con el tipo de arbitraje diseñado. Como ya hemos señalado, se habla preferentemente de arbitraje en equidad. En este punto la pregunta que surge es: ¿pueden dejarse los derechos en manos de un arbitraje de este tipo? Ahora bien, también es cierto que la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, en su artículo 34,1 señala: "Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello".

En todo caso, con el objetivo de estudiar la viabilidad del arbitraje en el campo de los derechos humanos, dentro de las relaciones entre empresas y derechos humanos, en 2017 se encargó a un equipo de especialistas la elaboración de un código regulador para el arbitraje en materia de derechos humanos y

[164] A esta conclusión llega este autor desde el análisis del artículo 2.1 de la Ley 60/2003, de Arbitraje, según el cual: son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho. Y estas son las razones en las que se apoya:
1) cierto es que el principio de legalidad que se predica de la actuación administrativa y el ejercicio de las prerrogativas de las administraciones públicas que se reconoce a los entes públicos, parece que cierra al arbitraje, en principio, el conocimiento de situaciones administrativas; 2) existen ámbitos de su acción para los que expresamente se admite la intervención arbitral, tales como las prerrogativas en materia relativa a los bienes y derechos que integran la Hacienda Pública, el ámbito de la contratación administrativa y, finalmente, la utilización del arbitraje como elemento sustitutivo o de utilización subsidiaria en relación con los actos administrativos susceptibles de reposición o alzada, por no decir que existe la posibilidad de utilización del arbitraje en el ámbito administrativo tal como figura regulado en el artículo 50 y Disposición Adicional Primera 3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y en los artículos 35 y 112.2 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; 3) sobre la base del principio de legalidad, los entes públicos se encuentran sujetos al respeto de los derechos fundamentales, entre los que se encuentra la defensa de la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y la accesibilidad; 4) la accesibilidad no es una cuestión que no resulte indisponible para la Administraciones públicas, dado que lo que se pretende es suprimir las barreras que impidan o dificulten el ejercicio de un derecho, al que se encuentran obligados los poderes públicos (artículo 9.2 CE), no la renuncia al derecho mismo.

empresas, bajo el título: "Las Reglas de La Haya en Arbitraje que involucre a Empresas y Derechos Humanos". En diciembre de 2019, el grupo de expertos/as publicó la versión final de Las Reglas con una propuesta de reglamento arbitral para tramitar controversias relativas a empresas y derechos humanos. Aunque este documento se elabora en el marco de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de Naciones Unidas, y por tanto su proyección posee un alcance supraestatal, nos puede dar luz sobre la viabilidad del arbitraje en materia de derechos humanos.

Las Reglas de la Haya pretenden responder a las dificultades que se encuentran los tribunales de los Estados a la hora de abordar las controversias sobre empresas y derechos humanos y las barreras que implican los costes económicos que acompañan a los procesos.

Las Reglas toman postura en relación con algunos de los asuntos que apuntábamos como problemáticos en el arbitraje en materia de derechos. Así, por ejemplo, el artículo 5, en lo relativo a la posible desigualdad entre las partes dispone:

> Cuando una parte enfrente barreras al acceso a la justicia, incluidas la falta de conocimiento del mecanismo, la falta de representación adecuada, el lenguaje, los costos, la ubicación física o el temor a represalias, el tribunal arbitral debe, sin comprometer la independencia e imparcialidad, asegurar que dicha parte tenga una oportunidad efectiva de presentar su caso de manera justa y eficiente.

Sin embargo, quedan fuera otros problemas relevantes.

La protección de un asunto de derechos humanos a través de un sistema de arbitraje que, en definitiva, está empapado de negociación, puede plantear serios reparos. El arbitraje, como mecanismo de resolución de conflictos, ha sido tradicionalmente empleado para resolver disputas de naturaleza privada como alternativa a la vía judicial. En términos generales se trata de un mecanismo de resolución de conflictos de naturaleza privada, en el que prima la voluntad de las partes.

### 2.5.7. El Ministerio Fiscal

La Constitución española, en su Título VI, relativo al Poder Judicial, dedica al Ministerio Público el artículo 124, que, en sus cuatro apartados, reconoce y proclama, en primer lugar, la misión específica del Ministerio Fiscal; en segundo lugar, consagra sus peculiares principios de actuación; en su tercer apartado,

remite al legislador ordinario su desarrollo normativo[165]; y en el último, atiende expresamente al fiscal general del estado, máximo representante de la institución fiscal y titular de su jefatura suprema.

Promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de la ciudadanía y del interés público tutelado por la ley, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social es la misión constitucional del Ministerio Fiscal. Los fiscales/as, con un estatuto muy similar al de los jueces y juezas, cumplirán su cometido institucional, de oficio o a petición de las personas interesadas, desde la imparcialidad y la legalidad, que siempre habrá de presidir su actuación, integrados/as en una organización presidida por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica. Se trata de una organización integrada con autonomía funcional en el Poder Judicial, que colabora con la Administración de Justicia, a través de unos órganos, las fiscalías, que se predisponen junto a los órganos jurisdiccionales, pero que no se confunden con ellos. La noción de "autoridad judicial" en nuestro ordenamiento se limita a jueces, juezas y magistrados/as, a los/as que la Constitución española reserva (artículo 117) el ejercicio de la función jurisdiccional —juzgar y ejecutar lo juzgado— y aquellas otras que expresamente les atribuya la ley en garantía de cualquier derecho. No hay que perder de vista, sin embargo, que el fiscal es órgano de la Administración de Justicia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial (artículo 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

A diferencia de otros órganos a los que el ordenamiento jurídico también atribuye la defensa de la legalidad y, en particular, de los derechos fundamentales (así, por ejemplo, Defensor del Pueblo, pero también otros sujetos, como las nuevas instituciones en defensa de la igualdad de género o de trato y no discriminación frente a otros motivos de discriminación), el Ministerio Fiscal desempeña tales cometidos "junto y ante los Tribunales", en el marco del proceso, y a las puertas del mismo o en sus aledaños, porque también el fiscal desempeña cometidos extraprocesales, necesarios muchas veces para actuaciones procesales ulteriores.

[165] La norma básica es el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante, EOMF), que fue aprobado por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre. También hay que citar el Real Decreto 305/2022, de 3 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio Fiscal; la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento de la Unión Europea 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea; la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales; la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación; la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática.

Esta labor, en el terreno de la accesibilidad y los derechos de las personas con discapacidad, es singularmente relevante. En cualquier caso, el Ministerio Fiscal es la institución a la que expresamente la Constitución española encomienda la misión de promover la acción de la justicia, o, por decirlo de un modo conciso, el "ministerio público".

La dedicación de los fiscales más reconocida socialmente es la de acusador público en los procesos penales. Pero también concurre un interés público que defender en procesos civiles no patrimoniales, o no solo, como sucede con los de familia, matrimonio, capacidad, menores, etc., en los que tradicionalmente nuestro ordenamiento ha atribuido funciones a la fiscalía. Ese interés público por antonomasia existe en un Estado constitucional siempre que se diriman controversias en torno a derechos fundamentales.

Es, pues, misión del Ministerio Fiscal promover la justicia, que no puede ser sino una justicia social. Ante los tribunales habrá de procurar la satisfacción del interés social. En esta justicia social, al ministerio público se encomienda la fundamental tarea de garantizar la tutela judicial efectiva de todas las personas y, por tanto, la del disfrute de sus derechos e intereses legítimos en condiciones de igualdad. Esta exigencia de igualdad obliga a promover las condiciones para que la libertad de los individuos, de todas las personas, y de los grupos en que se integran sea real, a eliminar obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y a facilitar la participación de toda la ciudadanía, de todas las personas, en la vida política económica, cultural y social (artículo 9.2 de la Constitución española).

Recogiendo las propias palabras de la circular 2018 de la Fiscalía General del Estado, en materia de protección de derechos de personas consumidoras y usuarias,

> (l)a labor del Fiscal entronca con esta idea de posibilitar el acceso a la vía judicial de los individuos pertenecientes a tales colectivos cuando, en atención a sus circunstancias concretas, no sea posible utilizar otros medios que permitan reequilibrar la situación de inferioridad, indefensión o desprotección en que puedan encontrarse. Se engloba pues, en la estrategia general de los poderes públicos que, en este caso, permite proporcionar un mecanismo eficaz (artículo 51.1 CE) de acceso a los ciudadanos en condiciones de igualdad (artículo 9.2 CE) a la tutela judicial (artículo 24 de la Constitución española).

La atención a las situaciones de vulnerabilidad forma parte del interés social y compromete la actuación de la fiscalía. La valoración de la necesidad de una especial protección, y la determinación de hasta qué punto late en ella un

relevante interés social, es algo que debe interpretar y ponderar el fiscal en cada caso concreto, de donde derivará su actuación (o no). Para lo anterior, como veremos, cuenta con posibilidades de intervención dadas por su marco estatutario para promover la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de la ciudadanía y del interés público protegido por la ley, así como para procurar ante jueces independientes la satisfacción del interés social.

La encomienda al Ministerio Fiscal de la procura del interés social ha sido la tónica patria en la concepción de este. En esta perspectiva, el interés social se muestra como un interés plural, exponente de intereses colectivos y/o difusos, actuando el Ministerio Fiscal como valedor de esos intereses de la comunidad, que a él no pertenecen, sino a la sociedad, a sus individuos o a sus grupos. La doble naturaleza del Ministerio Fiscal, como órgano del Estado-aparato y como órgano del Estado-comunidad, queda evidenciada en estos casos. Es esta una naturaleza perfectamente acorde con la interacción sociedad-Estado, definitoria de la forma en que el Estado social se relaciona con la sociedad.

El fiscal filtra las "demandas" que particulares, asociaciones o entidades le hacen llegar. El papel que al fiscal corresponde como defensor del interés social puede contrapesar interpretaciones sesgadas de ese interés, asumiendo él la defensa de la sociedad, la acción pública.

En su labor de filtro de las demandas sociales el Ministerio Fiscal puede desempeñar una función de enorme importancia para encauzar el necesario diálogo civil. El Ministerio Fiscal puede ocupar, por decirlo gráficamente, una posición bisagra, o intersticial, si se quiere. Descendiendo a lo más concreto, en el plano global puede ser la fiscal de sala, o bien el Fiscal general del estado quien asuma el protagonismo, pero siempre sin perder de vista el día a día de la gestión cotidiana de los asuntos, en una fiscalía que debe ser accesible a la ciudadanía dentro de los palacios de justicia en que se ubica, e incluso saliendo a veces de ellos.

Cuando se trata de la defensa de los derechos de la ciudadanía, en particular en lo que hace al acceso a los derechos y a la tutela de los mismos por parte personas con discapacidad, la labor extraprocesal del fiscal cobra vital importancia.

Frente al carácter *reactivo* de la función del juez, la del Ministerio Fiscal es eminentemente *activa*. Su vocación es, como se ha manifestado ya, promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad. Por decirlo de manera concisa, *el fiscal pide y el juez decide*. Es precisamente en esa diferenciación de funciones —la decisoria, que compete al juez o jueza, y la requirente, que corresponde al o

la fiscal— donde se refuerza la garantía judicial en los procesos en los que el ordenamiento da entrada a la fiscalía.

Ciertamente, el artículo 124 de la Constitución española trasluce un encuentro complejo entre la tradición histórica del Ministerio Fiscal en nuestro país y las nuevas necesidades de un renovado Estado, definido como social y democrático de derecho. En particular, la referencia a la promoción de la justicia en defensa de los derechos de la ciudadanía es una novedad que sitúa constitucionalmente de manera expresa en la Constitución al Ministerio Fiscal entre las garantías institucionales de los derechos fundamentales[166]. La defensa de los derechos de la ciudadanía es una de las aportaciones más relevantes de la Constitución española al Estatuto funcional del Ministerio Fiscal[167], ya que con anterioridad tan solo en materia civil y allí donde el interés público estuviera presente estaba llamado a representar y defender en el proceso los derechos de personas desprotegidas por minoría de edad o incapacidad. Su cometido[168] no estaba en la protección directa y sustantiva de los derechos subjetivos, sino que se circunscribía a la defensa del bloque adjetivo de la legalidad, con el foco dirigido a los aspectos procesales.

Máxima expresión de este cometido es su legitimación en el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, legitimación que ostenta no solo en su condición de parte en defensa de la tutela judicial efectiva, sino como defensor del interés público que subyace en todo caso. Como proclamó el Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 86/1985, de 10 de julio, a que se acaba de hacer referencia, FJ 1º), en relación con la legitimación del fiscal en el recurso de amparo constitucional pero en lo que constituye una proposición extrapolable a toda actuación del fiscal en defensa de los derechos de la ciudadanía en todo tipo de procesos, el Ministerio Fiscal "defiende ciertamente derechos fundamentales, pero lo hace, y en esto reside la peculiar naturaleza de su acción, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos".

#### *2.5.7.1. La organización del Ministerio Fiscal: unidad de actuación y especialización*

El Ministerio Fiscal se presenta externamente como una institución unitaria, lo que da cuenta de las principales notas distintivas de su organización. Y precisamente por esa razón, rige dentro de él el principio de jerarquía, que tiene

[166] Herrero-Tejedor, F. (2022). "El Ministerio Fiscal y los derechos fundamentales". *Cuadernos de Derecho Público*, 223 - 273.
[167] Vid. la magnífica obra de Flores Prada, I. (1999). *El Ministerio Fiscal en España.* Tirant lo blanch.
[168] Granados Calero, F. (1989). *El Ministerio Fiscal (del presente al futuro).* Tecnos.

carácter instrumental en favor y al servicio de la consecución de esa pretendida unidad de actuación.

Ahora bien, dada la extensión y complejidad de las funciones que con el paso del tiempo ha ido asumiendo este ministerio, su organización ha tenido que adaptarse, de modo que ha terminado por implantarse el principio de especialización en respuesta a las necesidades de flexibilidad organizativa para atender esos asuntos extraordinariamente variados.

El modelo tradicional de organización del Ministerio Fiscal respondía a un esquema en el que las fiscalías ante las audiencias provinciales constituían la unidad orgánica básica de la institución. Estas fiscalías, encabezadas por un/a fiscal/a jefe, se nutrían por fiscales "generalistas", a los que correspondía llevar los asuntos que aquel les asignase en el correspondiente reparto, en su mayoría de índole penal.

Pero este modelo tradicional se ha visto alterado, sobre todo en lo que llevamos de siglo XXI, mediante la introducción y creciente relevancia del criterio de especialización, junto al de territorialidad. Cada uno de ellos cuenta con su sentido y cometido propios. Mientras que el criterio territorial permite acomodar el Ministerio Fiscal a la naturaleza difusa del Poder Judicial, acercando la Administración de Justicia a la ciudadanía, conforme al principio del juez/a natural, la especialización adecúa esta organización a la naturaleza de los asuntos que la institución tiene encomendados.

Esta senda de especialización de los fiscales, sin entidad orgánica propia, como fue el caso de las fiscalías especiales, inició su andadura en los años noventa del pasado siglo, a través del ejercicio de su potestad organizativa, merced a la cual, algunas fiscalías avanzaron experiencias organizativas en terrenos específicos, como medio ambiente, menores o personas con discapacidad.

La especialización tuvo así, en un primer momento, un alcance territorial, derivado de las necesidades organizativas de determinadas fiscalías, y de la capacidad innovadora de ciertas jefaturas, que participaron del compromiso de algunos fiscales, sensibles a la especial protección que requerían las personas menores de edad, las personas con discapacidad o las personas mayores, que, por lo demás, ha constituido siempre ocupación tradicional de la fiscalía en nuestro país.

En un momento ulterior fueron exigencias de la necesaria unidad de actuación, principio rector característico del Ministerio Fiscal, las que

generalizaron estas prácticas, lo que abrió camino a una especialización impulsada por la Fiscalía General del Estado a través de diversas instrucciones y circulares. Ello supuso la consagración de un principio de unidad especializada, que permitiría la dirección y coordinación unitaria del Ministerio Fiscal en determinados sectores de su actuación. Esta realidad alcanzó entidad legal primero en leyes sectoriales[169], y luego en el propio Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante, EOMF), a raíz de la reforma llevada a cabo en el año 2007, que dejaba (artículo 20 del EOMF) al Gobierno abierta la posibilidad de crear otros/as fiscales de sala especialistas, con similares atribuciones. Otros, como el o la fiscal de sala contra delitos de odio, ha sido incorporado al EOMF por la recién aprobada Ley de Igualdad de Trato. La reconducción unitaria del quehacer de las fiscalías en otros ámbitos específicos se encauza también por la vía del artículo 22.3 del EOMF, que reconoce al fiscal general del Estado la potestad de delegar determinadas funciones a los y las fiscales de sala, relacionadas con la materia de su competencia[170].

Los y las fiscales de sala coordinadores/as lo son de redes nacionales de fiscales especialistas que se integran en las secciones especializadas de las fiscalías territoriales. Estas secciones especializadas rompen la estructura horizontal y generalista de las fiscalías territoriales y constituyen unidades funcionales propias. Los y las fiscales especialistas en el nivel territorial son fiscales delegados/as responsables de secciones especializadas, que se constituyen dentro de una fiscalía territorial, aglutinando un conjunto de medios personales y materiales. Se organizan para dar respuesta territorial a la especialización en determinadas materias, conectando con más fiscales de la propia red coordinada por el o la fiscal de sala especialista. Algunas de las secciones especializadas son obligatorias en determinadas fiscalías. Así, recientemente, el artículo 32 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (en adelante, Ley 15/2022, o, simplemente, Ley de igualdad de trato), hace referencia específica al Ministerio Fiscal, al

[169] La vía de especialización de los y las fiscales de sala integrados/as en la Fiscalía General del Estado, a los que se refiere el artículo 20 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, fue abierta por una Ley que, sin embargo, no tenía como objeto principal la modificación del mismo. Se trata de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Esta ley, entre las medidas desplegadas para atajar esta lacra social, previó la figura de un/a fiscal (Delegado/a) contra la Violencia sobre la Mujer. Después se incorporó el o la fiscal de sala contra delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico, del medio ambiente e incendios forestales, y el o la fiscal especialista en materia de protección y reforma de menores. Conforme al artículo 20 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, se han venido a sumar más tarde el o la fiscal de sala de siniestralidad laboral, el o la fiscal de sala de seguridad vial, el o la fiscal de sala de extranjería, el o la fiscal de sala en materia de cooperación internacional, y el o la fiscal de sala en materia de criminalidad informática. Son fiscales de sala coordinadores/as.

[170] Siguiendo esta fórmula fueron creadas las figuras de el o la fiscal de sala delegado/a para la protección y tutela de las víctimas en el proceso penal, el o la fiscal de sala delegada en materia penitenciaria y el o la fiscal de sala delegado para la coordinación de los delitos económicos. También se suman los y las delegados/as en materia civil, en materia contencioso-administrativa y en materia social.

ocuparse de las garantías del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, con mención concreta de las secciones especializadas en los delitos de odio y discriminación de las fiscalías provinciales[171].

En el año 2016, a través de la Instrucción 4/2016, de la Fiscalía General del Estado, sobre las funciones del o la fiscal delegado/a de la especialidad civil y de protección jurídica de las personas con discapacidad de las comunidades autónomas, fueron creadas en el nivel autonómico las delegaciones autonómicas en materia de protección de personas con discapacidad. Por su parte, el hoy derogado Real Decreto 255/2019, de 12 de abril, por el que se ampliaba la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal para adecuarla a las necesidades existentes, anunció la creación de una plaza de Fiscal de Sala Coordinador de los servicios especializados en la protección de las personas con discapacidad y atención a los mayores, y en el BOE del día 11 de noviembre de 2020, salió a concurso la plaza de primer Fiscal de Sala de protección de Personas con Discapacidad y Mayores.

Por lo demás, la ya citada Ley 15/2022, de igualdad de trato, ha añadido (disposición final quinta, dos) un nuevo apartado 2 bis al artículo 20 del EOMF, relativo a la existencia en la Fiscalía General del Estado de un/a "Fiscal contra los delitos de odio y discriminación, con categoría de Fiscal de Sala", cuyas funciones incluyen, en lo que ahora interesa y entre otras, la lucha contra la discriminación de las personas con discapacidad, así como una sección especializada en delitos de odio y discriminación dentro de las fiscalías provinciales (disposición final quinta, uno, de la Ley 15/2022, que añade un nuevo párrafo al artículo 18.3 del EOMF)[172].

---

[171] En efecto, esta norma ha añadido un nuevo párrafo al artículo 18.3 del EOMF, en los siguientes términos:
En las Fiscalías Provinciales existirá una Sección contra los delitos de odio, que coordinará o en su caso asumirá directamente la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos penales relacionados con los delitos de odio y discriminación. En la Sección contra los delitos de odio deberá llevarse un registro de los procedimientos que se sigan relacionados con estos hechos, que permitirá la consulta de los Fiscales cuando conozcan de un procedimiento de los que tienen atribuida la competencia al efecto en cada caso procedente. Estas Secciones podrán constituirse en las Fiscalías de las comunidades autónomas cuando sus competencias, el volumen de trabajo o la mejor organización y prestación del servicio así lo aconsejen.
Ni que decir tiene que las secciones especializadas en discapacidad tienen que coordinarse intensamente con estas secciones.

[172] El nuevo apartado 2 bis añadido al artículo 20 del EOMF tiene la siguiente redacción:
En la Fiscalía General del Estado existirá un Fiscal contra los delitos de odio y discriminación, con categoría de Fiscal de Sala, que ejercerá las siguientes funciones: a) Practicar las diligencias a que se refiere el artículo cinco del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, e intervenir directamente en aquellos procesos penales de especial trascendencia apreciada por el Fiscal General del Estado, referentes a los delitos cometidos por la pertenencia de la víctima a un determinado grupo social, según su edad, raza, sexo, orientación sexual, expresión o identidad de género, religión, etnia, nacionalidad, ideología, afiliación política, discapacidad o situación socioeconómica. b) Supervisar y coordinar la actuación de las Secciones contra los delitos de odio, y recabar informes de las mismas, dando conocimiento al Fiscal Jefe de las Fiscalías en que se integren. c) Coordinar los criterios de actuación de las diversas Fiscalías en materia de delitos de odio y discriminación, para lo cual podrá proponer al Fiscal General del Estado la emisión de las correspondientes instrucciones. d) Elaborar

Pero, sobre todo, la especialización del fiscal ha propiciado la cercanía con la ciudadanía y ha impulsado y animado la vocación de los y las fiscales responsables de esos asuntos. Ha contribuido a alumbrar, pues, una fiscalía más abierta y, por tanto, más accesible a las demandas sociales individuales y, particularmente en este ámbito, organizadas.

Se abre camino, sin embargo, una nueva concepción de la especialización en este ámbito, en la que las notas dominantes son interseccionalidad y accesibilidad. La estrategia se aplicará utilizando la interseccionalidad —la combinación del género con otras identidades o características personales— y la forma en que estas intersecciones originan situaciones de discriminación singulares, como principio transversal[173]. Las situaciones de discriminación pueden afectar de manera simultánea a más de un derecho humano, lo que se conoce con el nombre de «discriminación múltiple». Los supuestos más frecuentes se refieren al sexo y al origen étnico, y/o a la condición de inmigrante de las personas afectadas, pero desde luego no cabe descartar otras combinaciones posibles. De estas situaciones precisamente advierte el preámbulo, apartado p), y el artículo 6.1 de la citada Convención de 2006, y, a nivel institucional, lo ha hecho también la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA, por sus siglas en inglés) en su informe de febrero de 2011, presentado al Parlamento Europeo (EU-MIDIS 05-2010: *«Enquête de l'union européenne sur les minorités et la discrimination»*), así como en el más reciente de 2017 («Informe sobre los derechos fundamentales», apartado segundo: «Igualdad y no discriminación», p. 7, Opinión 2.4).

*2.5.7.2. El papel del Ministerio Fiscal ante la falta de accesibilidad*

Como ya hemos dicho antes, entre las funciones del Ministerio Fiscal se encuentran la de garantizar el respeto de los derechos fundamentales en general y de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en particular. En este sentido, es posible defender que entre sus misiones esté la garantía de la accesibilidad.

Ello es así porque, como hemos demostrado, la falta de accesibilidad puede ser: (i) una discriminación y, por tanto, una violación del derecho a la igualdad; (ii) la violación de un derecho fundamental (cuando la ausencia de accesibilidad

semestralmente, y presentar al Fiscal General del Estado, para su remisión a la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, y al Consejo Fiscal, un informe sobre los procedimientos seguidos y actuaciones practicadas por el Ministerio Fiscal en materia de delitos de odio y discriminación.

[173] Vid. Barrere Unzueta, M.A. (2010). La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas. *Revista Vasca de Administración Pública*, (87), 225 y ss.; Pozzolo, S. (2019). Feminismo y Disability Studies. Una introducción. En VV.AA. *Inclusión socio-laboral de las mujeres con discapacidad* (pp. 14 y ss.). Universidad Complutense de Madrid.

imposibilita su ejercicio); (iii) la violación de los derechos de las personas consumidoras o usuarias (cuando la falta de accesibilidad se produce en relación con un bien o servicio).

De hecho, es posible citar algunos ejemplos de intervención del Ministerio Fiscal que se relacionan con toda nuestra argumentación anterior.

El primero de ellos parte de unas denuncias presentadas en la Fiscalía Provincial de Valencia por la Confederación de Personas con Discapacidad con discapacidad física y orgánica de la Comunidad de Valencia (COCEMFE CV) contra las entidades y sociedades que prestan el transporte ferroviario. La denuncia se basa en una presunta discriminación por parte de las entidades que prestan el servicio de transporte ferroviario a las personas con discapacidad y movilidad reducida, puesto que no hay accesibilidad para estas en la mayoría de las infraestructuras ferroviarias de la Comunidad Valenciana. COCEMFE CV exige la eliminación de barreras y obstáculos que impidan el acceso a las instalaciones y las infraestructuras, mediante plataformas, ascensores, etc. En la actualidad, la mayoría de las instalaciones de Renfe en la Comunidad Valenciana, no disponen de las condiciones mínimas y básicas de accesibilidad y no discriminación.

Y ante esas denuncias, la Fiscalía presentará dos demandas, en mayo de 2018, basadas en la falta de accesibilidad: una, por violación de derechos fundamentales y, otra, por violación de los derechos de las personas consumidoras o usuarias.

La primera de las demandas es una acción declarativa y de condena por violación de derechos fundamentales, siendo el principal de ellos el artículo 14 de la Constitución española. La legitimidad del Ministerio Fiscal deriva del artículo 3,3 del EOMF y del artículo 74 de la LGDPD. También se aduce legitimidad por protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias.

Y es que, en el ámbito de la defensa de las personas consumidoras o usuarias está encontrando la discapacidad un ámbito de protección por parte del Ministerio Fiscal. En este punto es significativa la relevancia que ha adquirido el concepto de consumidor/a vulnerable que se incrementará en el futuro a raíz del Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.

Así, en relación con las personas consumidoras vulnerables, como señala la Circular 2/2018 de la Fiscalía General sobre nuevas directrices en materia de protección jurídica de los derechos de los consumidores y usuarios:

> La labor del Fiscal entronca con esta idea de posibilitar el acceso a la vía judicial de los individuos pertenecientes a tales colectivos cuando, en atención a sus circunstancias concretas, no sea posible utilizar otros medios que permitan reequilibrar la situación de inferioridad, indefensión o desprotección en que puedan encontrarse. Se engloba pues, en la estrategia general de los poderes públicos que, en este caso, permite proporcionar un mecanismo eficaz (artículo 51.1 CE) de acceso a los ciudadanos en condiciones de igualdad (artículo 9.2 CE) a la tutela judicial (artículo 24 de la Constitución española).

En el caso que hemos visto relacionado con Renfe, la Fiscalía de Valencia interpone otra demanda. La actuación del Ministerio Fiscal en este caso se legitima en los artículos 124 de la Constitución española, 541 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 3.16 del EOMF y 54,3 b) de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU), y se presenta como una acción de cesación (el artículo 53 de la LGDCU dice:

> La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.

El Ministerio Fiscal fundamenta su acción en la falta de accesibilidad y en el perjuicio que ello provoca en las personas usuarias y consumidoras con discapacidad.

Otro ejemplo lo constituye la actuación de la Fiscalía Provincial de Córdoba que, al recibir una denuncia en octubre de 2010 por falta de accesibilidad de un polideportivo, acuerda iniciar una serie de actuaciones que culminan con un Decreto del fiscal D. Fernando Santos Orbaneja de 22 de septiembre de 2012. En él se dice que la Fiscalía considera:

> Primero: Que la investigación realizada ha puesto de manifiesto la existencia en el Centro Deportivo Poniente de deficiencias de accesibilidad que pueden dificultar o incluso impedir la utilización y disfrute de sus instalaciones por parte de las Personas con Discapacidad. Segundo: Tales deficiencias son contrarias a la letra y al espíritu de la Legislación vigente en la materia, inspirada en los principios de igualdad, no discriminación y accesibilidad universal contenidos en la Constitución Española y Convenciones Internacionales y desarrollados en las normas y ordenanzas ya señaladas.

Así, el Fiscal acuerda remitir el Decreto a las autoridades municipales ("a efectos de que se subsanen las deficiencias señaladas, en orden a facilitar la accesibilidad, en los términos legalmente previstos, de las Personas con alguna discapacidad, así como establecer o, en su caso, potenciar los mecanismos de control y seguimiento que eviten estas situaciones"), a la Oficina del Defensor del Pueblo Andaluz y a la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía.

Y un último ejemplo nos los proporciona la Fiscalía Provincial de Jaén, sección civil y de protección a las personas con discapacidad y apoyos, en su actuación ante un escrito de julio de 2015, en el que se denunciaba la falta generalizada de accesibilidad en los que hacía referencia al transporte interurbano. La Fiscalía decide iniciar unas diligencias preprocesales que culminan con un Decreto del fiscal Cristóbal Fábrega de 28 de marzo de 2016 que dispone:

> 1º. Declarar la necesidad de llevar a cabo las medidas necesarias para que el transporte interurbano en la provincia de Jaén sea accesible, interesando de la Delegación Territorial de Fomento y Vivienda de Jaén que comunique a esta Fiscalía todas las medidas que se vayan poniendo en marcha para garantizar dicha accesibilidad. 2º.- Instar a dicha Delegación para que realice una labor pro-activa en la inspección y control de los incumplimientos que puedan existir en la materia. 3º.- Que por la misma se tenga en cuenta en su labor las aportaciones de las entidades que representan a las personas con movilidad reducida y que son ciudadanía directa y primariamente afectadas por las medidas a tomar. 4º.- Comuníquese esta decisión a la Delegación de la Consejería de Fomento y Vivienda y a los solicitantes con envió de copia de esta resolución, archívese provisionalmente el presente expediente para la adopción de las medidas judiciales que sean pertinentes en el caso de que no se resuelva la situación y ello dé lugar a la conculcación de algún derecho fundamental.

Así, el Ministerio Fiscal es competente para denunciar el incumplimiento de las exigencias de accesibilidad al constituir estas tanto una violación del derecho fundamental a la no discriminación, cuanto una violación a los derechos de las personas consumidoras y usuarias, especialmente cuando estas son personas con discapacidad.

Por otro lado, las actuaciones empresariales, generalmente de carácter omisivo, que puedan impedir u obstaculizar la accesibilidad de las personas con discapacidad en cuanto consumidores y usuarios, podrán considerarse desleales por aplicación de la cláusula general de prohibición de deslealtad del artículo 4 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD), en la mayor parte de las ocasiones, en la medida en que quepa ver en ellas un

comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores" (artículo 4.1, párr. 2º de la LCD).

A este fin, la consideración de "grupo" podría extenderse a las personas con discapacidad.

Conviene recordar que, a estos efectos, el artículo 4.3 de la LCD dispone que

> (l)as prácticas comerciales que, dirigidas a los consumidores o usuarios en general, únicamente sean susceptibles de distorsionar de forma significativa, en un sentido que el empresario o profesional pueda prever razonablemente, el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran, por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad, se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo.

Esta previsión obliga a tomar en consideración, cuando sea el caso, la situación de discapacidad en que pueden encontrarse concretos grupos de personas consumidoras y usuarias. Por otra parte, con arreglo al artículo 19.2, *in fine*, de la LGDCU,

> se consideran prácticas comerciales de los empresarios con los consumidores y usuarios todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización, directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de bienes o servicios, incluidos los bienes inmuebles, así como los derechos y obligaciones, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial.

Se infiere de lo anterior que el incumplimiento de la normativa en materia de accesibilidad universal en el desarrollo de actividades empresariales puede considerarse una práctica desleal, frente a la cual el Ministerio Fiscal ostenta legitimación activa para demandar su cesación, solicitando al juez o jueza que la persona demandada sea condenada a adoptar las medidas necesarias para garantizar la libre accesibilidad por parte de las personas con discapacidad (por ejemplo, señalización de precios en alfabeto braille para personas ciegas, o

adaptación de accesos para posibilitar la entrada y circulación de personas con movilidad reducida).

Por último, no hay que pasar por alto que a los y las fiscales corresponde de manera particular velar por el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva, la cual implica, ciertamente, el respeto de las garantías que deben acompañar al proceso, pero también se proyecta, obviamente, sobre el propio acceso al proceso y está presente en la proscripción de indefensión. Estas dos últimas cuestiones adquieren singular relevancia cuando se trata de personas con discapacidad.

Así, el Ministerio Fiscal habrá de velar por que se cumpla con la obligación de llevar a cabo los pertinentes ajustes en los procesos, teniendo en cuenta el tipo de discapacidad que concurra en cada caso concreto, con especial celo en aquellos supuestos en que se trate de personas necesitadas de especial protección, con independencia de cuáles sean las razones que dan cuenta de esa situación de mayor vulnerabilidad (condición de mujer, de menor, de migrante, de persona privada de libertad, institucionalizada, etc.). De lo contrario, pese a la apariencia, la tutela judicial no será efectiva y el proceso no respetará las debidas garantías.

El artículo 4, primero del EOMF, con carácter instrumental respecto al ejercicio de sus funciones, otorga al Ministerio Fiscal la facultad de

> (i)nteresar la notificación de cualquier resolución judicial y la información sobre el estado de los procedimientos, pudiendo pedir que se le dé vista de éstos cualquiera que sea su estado, o que se le remita copia de cualquier actuación, para velar por el exacto cumplimiento de las leyes, plazos y términos, promoviendo, en su caso, las correcciones oportunas

Velar por que no tengan lugar dilaciones indebidas debiera ser una preocupación fundamental cuando intervienen personas con discapacidad necesitadas de una especial protección[174].

[174] Resulta de interés, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 125/2022, de 10 de octubre de 2022 (BOE núm. 277, de 18 de noviembre; ECLI:ES:TC:2022:125), que estimó producida una violación del derecho a la tutela judicial efectiva como consecuencia de la existencia de dilaciones excesivas e injustificadas —en lo que convino el Ministerio Fiscal: Antecedentes, 10, FJ 1, párr. 3º— sin que los motivos aducidos por el órgano judicial —sobrecarga de trabajo permanente o estructural a la que ha de hacer frente y la carencia de los medios personales y materiales necesarios para sacarla adelante en unos plazos razonables— excluyesen la violación de ese derecho fundamental, por cuanto tal "situación no altera su naturaleza injustificada, según reiterada jurisprudencia de este tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en tanto que el ciudadano es ajeno a esas circunstancias".

Como ya hemos señalado, el artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil se ocupa de los ajustes para personas con discapacidad, aplicables a todo tipo de procesos (penales, civiles, sociales, contenciosos, ordinarios o especiales, etc.), habida cuenta el carácter supletorio de la misma. Y lo mismo puede sostenerse con relación a las diligencias preprocesales que puede desarrollar el Ministerio Fiscal (véase la Circular 2/2022, de 20 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal).

Sabemos que, en virtud de este precepto, en los procesos en los que participen personas con discapacidad, deben realizarse las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad. Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio, por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Esas adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno.

Por su parte, el artículo 8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la integración de la capacidad procesal de las personas con discapacidad, respecto de las que prevé el nombramiento de un defensor judicial, y, en tanto se produce su designación, llama a estos efectos al propio Ministerio Fiscal, prescribiendo la suspensión del procedimiento en tanto no conste la intervención de este. También estos ajustes integran el derecho fundamental a no ser discriminado/a en su tutela judicial efectiva y el derecho a un juicio justo.

# Conclusiones

Suele ser una constante afirmar que, con la Convención de 2006, la discapacidad tiene su entrada definitiva en el discurso de los derechos humanos. Tanto es así que incluso hay quien habla de la aparición, a partir de este momento, de un nuevo modelo de tratamiento de la discapacidad, el modelo de derechos humanos, que va más allá del modelo social, caracterizado por la adopción de un enfoque de derechos humanos.

Mas allá de las disputas teóricas sobre si existe o no un modelo de derechos humanos distinto del modelo social, lo que está claro es que, en todo caso, es necesario analizar y regular la discapacidad y en lo que atañe a este estudio, la accesibilidad, desde un enfoque de derechos humanos que requiere, entre otras cosas, satisfacer estas quince exigencias:

a) Situar a las personas en el centro y reconocer que todas las personas tienen su propia voz.

b) Reconocer que todas las personas tienen el derecho al libre desarrollo de su personalidad y a la libre elección de cómo vivir.

c) Asumir que la identidad de las personas es la suma de condición y situación.

d) Partir de un análisis veraz, riguroso y preciso, que tenga como punto de partida la defensa de la persona que se encuentra en situación de vulnerabilidad, y que esté orientado a la acción.

e) Adoptar una perspectiva de género (las mujeres se encuentran en una situación diferenciada en el disfrute de los derechos humanos consecuencia de las relaciones de poder históricamente desiguales).

f) Contemplar la interseccionalidad (ejes de discriminación que, de forma entrelazada y diferenciada, impactan en las personas en función de diversos factores).

g) Abandonar el enfoque asistencial condicionado por el desarrollo de políticas públicas voluntaristas.

h) Considerar que los derechos son instrumentos especialmente resistentes, en el sentido de constituirse tanto en guía y límite de la actuación del legislador, cuanto en herramientas especialmente protegidas y exigibles en sede judicial nacional e internacional.

i) Defender que la vigencia de los derechos está tanto en el espacio público como en el privado.

j) Afirmar la existencia de una obligación de respeto y protección de los derechos que, en el caso de los poderes públicos (y de algunos agentes privados) es también de promoción, de reparación y de rendición de cuentas.

k) Atender al derecho internacional de los derechos humanos (compuesto por los tratados y sus órganos de garantía y por los tribunales internacionales), en la interpretación y concreción de su alcance.

l) Comprender que la igual satisfacción de los derechos y su universalidad, no está reñida con el trato diferente ni con la atención a la diversidad.

m) Rechazar la segregación y promover la inclusión que, más allá de la integración, supone cambiar el contexto antes que cambiar a la persona y promover la participación de todas las personas.

n) Aceptar que los derechos pueden ser limitados, pero solo por otros derechos o bienes de igual valor, y luego de un ejercicio de ponderación y proporcionalidad. Eso implica, por ejemplo, que toda limitación de un derecho que pretenda justificarse en el coste de una medida, tenga que apoyarse en la satisfacción de otro derecho.

o) Entender que los bienes que protegen los derechos están conectados y son interdependientes (el avance en la protección de un derecho favorece a todas las personas y el retroceso las perjudica a todas).

Si observamos estas exigencias y las contrastamos con la realidad, veremos como muchas de las exigencias del enfoque de derechos humanos no están presentes en el tratamiento normativo de la discapacidad en España.

Este tratamiento normativo, desde 2006 hasta ahora, se ha caracterizado, por un lado, por el reconocimiento de derechos que las personas con discapacidad no tenían (lo que ha supuesto un importante avance), y por otro y sobre todo, por el desarrollo de una estrategia de no discriminación, a través de políticas públicas tanto en el plano estatal como en el autonómico.

Pero esta estrategia de no discriminación se ha realizado sin conexión con el discurso de los derechos. Probablemente, han contribuido a ello dos circunstancias distintas; una de índole social y otra propiamente jurídica.

La de índole social tiene que ver con la presencia en la sociedad de una visión de la discapacidad que es la del llamado modelo médico-rehabilitador, para la cual la discapacidad es sobre todo una condición especial de ciertas personas que hay que normalizar e integrar en la sociedad a través, principalmente de políticas asistenciales. El de la asistencia social es un marco fundamental para la satisfacción de los derechos de las personas con discapacidad, pero tiene que ser desarrollado dentro del enfoque de derechos.

La de índole normativo es consecuencia seguramente de nuestro diseño constitucional, aunque también de la circunstancia anterior. Y es que, en nuestro diseño constitucional la discapacidad aparece en el artículo 49 de la Constitución, dentro de los "Principios Rectores de la Política Social y Económica" que, como se sabe, es un espacio en el que se encuentran muchos de los derechos económicos, sociales y culturales; derechos menos protegidos y cuyo carácter de derechos fundamentales es discutido. Esto ha provocado además que muchas personas consideren que los derechos de las personas con discapacidad son derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, los derechos de las personas con discapacidad son todos los derechos, y también, cómo no, los derechos económicos, sociales y culturales.

Además, en nuestro diseño constitucional, la exigencia de no discriminación se construye a partir del artículo 14 de la Constitución española, un artículo que, gracias a una interpretación literal del texto constitucional no está sujeto a la reserva de Ley orgánica, siendo esta reserva uno de los elementos propios del enfoque de derechos.

Por último, el reparto competencial de la Constitución y la inclusión de los mecanismos de satisfacción de las demandas y los intereses de las personas con discapacidad en el marco del título competencial "servicios sociales", atribuido a las comunidades autónomas, contribuye también a esa visión alejada del discurso de los derechos.

Estas razones anteriores, explican los límites actitudinales en relación con la accesibilidad, son causa de la discriminación estructural, y están en el origen de la deficitaria protección de los derechos de las personas con discapacidad y de la necesidad de elaborar en este campo discursos especiales y de diferenciación positiva. La manera de acabar con ellos no es fácil porque requiere de políticas de concienciación, de políticas educativas y de reformas normativas (empezando por la Constitución).

La entrada de la discapacidad en el discurso de los derechos no ha sido una entrada completa. A pesar de que sobre el papel las personas con discapacidad poseen los mismos derechos que el resto de las personas, la realidad es que muchos de estos no se satisfacen. Las personas con discapacidad siguen teniéndose que enfrentar a barreras en el disfrute de los derechos. Se trata de barreras que dificultan el acceso a los derechos y que ponen de manifiesto cómo, una de las grandes exigencias del modelo social y del modelo de derechos humanos, la accesibilidad, no se satisface íntegramente.

Esta insatisfacción de la accesibilidad es también consecuencia de las dos circunstancias, social y normativa, que antes aludíamos, que han provocado en este punto una construcción de esta exigencia alejada del discurso de los derechos humanos.

El discurso de los derechos humanos demanda un cambio de mentalidad, un cambio conceptual y cambios normativos en materia de accesibilidad.

Los cambios normativos, que sin duda incluirán en los otros, deben comenzar por la propia Constitución. Y es que nuestro texto constitucional sigue anclado en el modelo médico y hace difícil avanzar hacia el modelo de derechos humanos.

## 1. El marco jurídico conceptual de la accesibilidad

Resulta, absolutamente necesario, aclarar el marco jurídico conceptual de la accesibilidad y ajustar el ordenamiento jurídico a dicho marco. Esto implica tener claros los sentidos, las dimensiones, la naturaleza jurídica y la protección jurídica.

### 1.1. Los sentidos de la accesibilidad

La accesibilidad universal puede ser entendida de tres maneras: en un sentido restringido o débil, en un sentido intermedio, y en un sentido amplio o fuerte.

Así, el sentido restringido o débil de la accesibilidad, que se proyecta sobre "productos, 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.

Desde esta perspectiva la accesibilidad se circunscribe a una serie de ámbitos y se expresa a través de unas condiciones que deben cumplirse en esos ámbitos.

El sentido intermedio es el resultado de proyectar la accesibilidad al marco del uso y consumo de bienes, productos y servicios y, de esta forma, se conecta con los derechos de las personas consumidoras y usuarias.

Por su parte, el sentido amplio o fuerte de la accesibilidad supone el acceso a todos los bienes y derechos. Se fundamenta así 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 derechos.

El tratamiento de la accesibilidad más extendido es aquel que maneja un sentido restringido o débil. Sin embargo, un tratamiento normativo de la accesibilidad desde el enfoque de derechos humanos requiere del manejo de un sentido amplio o fuerte de la accesibilidad.

## 1.2. Las dimensiones de la accesibilidad

La accesibilidad es una exigencia compleja, ya que está compuesta por varias dimensiones.

Así, la accesibilidad es una exigencia dinámica que requiere tener en cuenta los procesos que conlleva el uso de los productos, servicios y derechos; esto es, las cadenas de accesibilidad. Por otro lado, la accesibilidad debe tener presente la diversidad humana y, por tanto, los distintos tipos de discapacidad. De igual manera se trata de una exigencia universal (para todas las personas, con independencia de condiciones y situaciones), conectada a la no discriminación (por lo que su regulación debe prestar especial atención a las situaciones de vulnerabilidad) y que se desenvuelve tanto en el ámbito público como en el privado.

Un correcto tratamiento de la accesibilidad debe tener presente las diferentes dimensiones que la componen.

## 1.3. La naturaleza jurídica poliédrica de la accesibilidad

La construcción jurídica de la accesibilidad depende del sentido que se maneje de esta. Así, normalmente, una utilización del sentido restringido o débil conlleva una construcción de la accesibilidad como principio o como obligación. Por su parte, el sentido intermedio de la accesibilidad incorpora una construcción como derecho, vinculada a los derechos de las personas consumidoras y usuarias. La accesibilidad en sentido amplio o fuerte, incorpora una construcción como derecho humano o como parte del contenido esencial de los derechos humanos.

En todos esos casos, la accesibilidad aparece como exigencia de no discriminación, si bien con una fuerza acorde con el sentido que se maneja.

El enfoque de derechos aplicado a la accesibilidad exige ser conscientes de esta naturaleza poliédrica de la accesibilidad. Así, al igual que el contenido de la accesibilidad se expande a través de diferentes figuras (diseño, medidas, ajustes), su construcción jurídica es poliédrica. La accesibilidad puede aparecer como obligación o como derecho (ya sea derecho singular o parte esencial de un derecho), pero también, como exigencia de no discriminación.

## 1.4. La protección jurídica de la accesibilidad

Los instrumentos de garantía de la accesibilidad son distintos dependiendo de la construcción jurídica que se maneje. En este sentido, la protección de la exigencia de accesibilidad de las personas con discapacidad, puede hacerse a través de tres vías.

La primera de ellas se corresponde con la visión restringida y débil y, por tanto, con una construcción de la accesibilidad como obligación. Se trata de la vía más utilizada, pero como demuestra la experiencia, con poca eficacia para la resolución de situaciones de falta de accesibilidad. Los mecanismos para su garantía, más allá de aquellos que tienen que ver con el control previo de condiciones o el fomento, es la vía administrativa de la LGDPD que implica la posibilidad de denunciar ante el órgano administrativo competente, incluyendo los del ámbito social, y ante la OADIS, la vía de protección de las personas consumidoras, el arbitraje o la denuncia ante la Fiscalía y el Defensor del Pueblo.

La segunda es una vía menos explorada. Se trata de la continuación de los mecanismos anteriores cuando la accesibilidad o la no discriminación no han sido bien protegidas, pero también podría convertirse en el primer paso si nos tomásemos en serio la accesibilidad y la no discriminación, y manejásemos una visión más próxima a lo que hemos denominado como visión amplia. En ella, la protección se lleva a cabo a través de su garantía judicial ordinaria, dando entrada también a la Fiscalía y al Defensor del Pueblo. En esta vía, la posibilidad de considerar la accesibilidad como un derecho de las personas consumidoras y usuarias abre la posibilidad de utilizar los instrumentos presentes en este marco.

La tercera de las vías, posible una vez se agota la anterior, implica utilizar la protección especial en materia de derechos que supone los procedimientos especiales de tutela de los derechos, el amparo ante el Tribunal Constitucional, la protección internacional regional y la protección internacional universal, con especial mención a la que podría proporcionar el Comité.

## 2. La necesidad de reformar la Constitución

Varios son los preceptos constitucionales cuya revisión favorecería una mejor entrada del enfoque de derechos humanos en el tratamiento de la accesibilidad (y con ello, de los derechos de las personas con discapacidad en general).

### 2.1. El artículo 49: los derechos de las personas con discapacidad y la accesibilidad

Como es sabido, desde el año 2018 se encuentra en el Congreso de los Diputados un proyecto de Ley por el que se reforma el artículo 49 de la Constitución española. El texto de la reforma es el siguiente:

> Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación. 2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad en los términos que establezcan las leyes. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad. 3. Se regulará la especial protección de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes. 4. Las personas con discapacidad gozan de la

protección prevista en los tratados internacionales ratificados por España que velan por sus derechos.

Se trata de una reforma necesaria, pero el texto en cuestión parece insuficiente por varios motivos. En primer lugar, porque no se hace mención explícita a la accesibilidad. En segundo lugar, porque las menciones a la autonomía personal y a la inclusión social, deberían ir acompañadas de la vida independiente y, con ella de una referencia a los apoyos y la asistencia. Y, en tercer lugar, porque el nuevo texto debería también referirse al derecho a la atención integral y a la atención temprana. En este sentido, consideramos mejor una redacción como la siguiente:

"1. Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título y deben poder ejercerlos y disfrutarlos en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación.

2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal, la vida independiente y la participación e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas se orientarán a la eliminación de barreras de entorno y actitudinales asegurando los derechos a la accesibilidad universal y a la prestación de apoyos y asistencia; respetarán la libertad de elección y preferencias de las personas con discapacidad garantizando su libre desarrollo y la atención integral, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad en los términos que establezcan las leyes. Se atenderán particularmente las necesidades de las mujeres y niñas con discapacidad y la atención temprana.

3. Se regulará la protección reforzada de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes.

4. Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los tratados internacionales ratificados por España que velan por sus derechos."

Una reforma de este tipo, permitiría argumentar a favor del reconocimiento del sentido amplio y fuerte de accesibilidad, y construirla ya definitivamente como derecho. Ahora bien, esta reforma puede ser insuficiente si se quiere definitivamente incorporar la discapacidad al discurso de los derechos.

Así, parece necesario, en primer lugar, trasladar este precepto constitucional a la sección 2ª del Capítulo segundo del Título Primero, haciéndolo salir del Capítulo dedicado a los minusvalorados "Principios Rectores de la política social y económica". Con ello se reforzaría su contenido y sus garantías.

## 2.2. El artículo 14: igualdad y no discriminación

En segundo lugar, sería preciso introducir expresamente el término discapacidad entre las prohibiciones de discriminación. Y ello con independencia de que la entrada de la discapacidad, en el artículo 14 de la Constitución española tiene cabida en la referencia final del precepto al hablar de "cualquier otra condición o circunstancia personal o social", y así lo reconoció nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 269/94 de 3 de octubre. Además, la prohibición de discriminación por razón de discapacidad forma parte de nuestro ordenamiento en virtud de diversas normas de la Unión Europea, entre las que destacan el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam, la Directiva 2000/78/CE y el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales. Así, el artículo14 de la Constitución española sería: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, **discapacidad** o cualquier otra condición o circunstancia personal o social" (en negrita el añadido).

## 2.3. El artículo 81: leyes orgánicas

Y ya puestos, con el objetivo de favorecer la lucha contra la discriminación y dejar a un lado la visión que parece alejarla del discurso de los derechos, sería necesario una reforma del artículo 81 de la Constitución española que permitiera extender a su ámbito el contenido del artículo 14: "Son leyes orgánicas las relativas **a la lucha contra la discriminación,** al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución" (el añadido en negrita). Obviamente una Ley sobre derechos de las personas con discapacidad, de carácter orgánico, serviría para dar cuenta de la entrada de esta situación en el ámbito de los derechos humanos.

Lo anterior tendría sin duda una repercusión importante en la legislación autonómica en materia de discapacidad y serviría para dar más fuerza a lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución española: "1.ª La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales".

Las competencias exclusivas estatales en materia de igualdad se circunscriben a las condiciones básicas que sirvan para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos de cada individuo, ostentando en todo caso la correspondiente preponderancia frente a la normativa autonómica en caso de conflicto.

En todo caso, si mantenemos un sentido amplio de la accesibilidad, sería posible una utilización más fuerte del artículo 149,1 y a través de esta garantizar la igualdad de todas las personas españolas en el ejercicio del derecho a la accesibilidad o de sus exigencias como factores determinantes para satisfacer otros derechos. Eso sí, siendo conscientes de que este título competencial es, de acuerdo con reiterada jurisprudencia constitucional, autónomo, positivo y habilitante, pero no legitima al Estado para realizar un diseño completo y acabado del régimen jurídico, que prohíba toda divergencia autonómica.

## 2.4. El artículo 153: la sanción a la Administración

Dos modificaciones más podrían ser oportunas. Las dos en principio alejadas de la accesibilidad e incluso de los derechos de las personas con discapacidad, pero que en realidad tendrían una importante trascendencia en su tratamiento y efectividad.

La primera tiene que ver con las dificultades ya señaladas que existen a la hora de sancionar a la Administración. Uno de los argumentos que se utilizan para cuestionar esta posibilidad en el campo de las relaciones entre Estado y comunidades autónomas. Y es que se afirma que este tipo de actuación (la sanción a la Administración autonómica por parte de la estatal) supone introducir un nuevo mecanismo de control de legalidad por parte del Estado. Si esto se entiende así, nos toparíamos con lo dispuesto en el artículo 153 de la Constitución, que afirma:

> El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá: a) Por el Tribunal Constitucional, el relativo a la constitucionalidad de sus disposiciones normativas con fuerza de ley. b) Por el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, el del ejercicio de funciones delegadas a que se refiere el apartado 2 del artículo 150. c) Por la jurisdicción contencioso-administrativa, el de la Administración autónoma y sus normas reglamentarias. d) Por el Tribunal de Cuentas, el económico y presupuestario.

Pues bien, a pesar de que el Tribunal Constitucional en su sentencia 111/1996 señaló que la lista del 153 era incompleta y ha permitido ampliarla en algunos casos (por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2011, de 13 de diciembre), tal vez sería oportuno introducir este supuesto en el texto del artículo 153.

### 2.5. El artículo 53: los derechos en las relaciones privadas

La segunda consiste en llevar al texto constitucional de manera explícita que los derechos están vigentes tanto en el plano público como en el plano privado. En este sentido será oportuno añadir una referencia a los poderes privados en el artículo 53 de la Constitución española: "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos y **privados**" (la negrita sería el añadido)

Unos cambios constitucionales como los que acabamos de señalar, servirían para afianzar la entrada de la discapacidad en el discurso de los derechos y, con ello, para que la accesibilidad en un sentido amplio o fuerte fuera una realidad.

## 3. Algunos cambios legales necesarios

Junto a los cambios constitucionales, difíciles de lograr debido a la necesidad de alcanzar consensos en el ámbito político, pero absolutamente necesarios para tomarnos en serio los derechos de las personas con discapacidad, también parecen necesarios cambios legales, ya sea a nivel estatal como autonómico. Algunos de estos es posible que tuvieran más fuerza si tuvieran un apoyo en la Constitución.

### 3.1. El derecho a la accesibilidad

El primero de los cambios afecta a la LGDPD. Como ya hemos señalado, en coherencia con los cambios del anterior punto, debería convertirse en una ley orgánica y, a partir de ahí, modificar su contenido con esa nueva consideración.

Parece necesario incorporar una mención expresa a la accesibilidad universal como derecho y, con ella, abordar una construcción en el mismo sentido tanto del diseño universal como del ajuste. Así, debería diferenciarse el derecho a la accesibilidad del derecho a la vida independiente; incorporar un capítulo sobre la accesibilidad que dejara claro su carácter poliédrico y que integrara el eje de la accesibilidad; y establecer unos mecanismos de garantía más allá del régimen de infracciones y sanciones.

La incorporación de la accesibilidad como derecho sería necesaria en la normativa, estatal y autonómica, en materia de discapacidad, pero también en aquella que se refiere al consumo. Se hace patente la necesidad de que las comunidades autónomas acometan la reforma de su legislación en la materia. Y también es esencial introducir el sentido amplio de accesibilidad en la normativa local.

## 3.2. Cadena de accesibilidad

Parece oportuno modificar la definición de accesibilidad universal para incorporar ese carácter dinámico y complejo que posee. Así, si tomamos como referencia la definición actual de la LGDPD, sería necesario añadir aquello que está en negrita:

> es la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, 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. **La accesibilidad es un concepto dinámico y complejo que abarca todas las dimensiones de los procesos, servicios y derechos.** En la accesibilidad universal está incluida la accesibilidad cognitiva para permitir la fácil comprensión, la comunicación e interacción a todas las personas. La accesibilidad cognitiva se despliega y hace efectiva a través de la lectura fácil, sistemas alternativos y aumentativos de comunicación, pictogramas y otros medios humanos y tecnológicos disponibles para tal fin. Presupone la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse.

## 3.3. Los plazos de la accesibilidad

La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU), establecía unos plazos que rondaban los 5 y 7 años, pero que podían llegar hasta los 17 (2020). La LGDPD extendió los primeros hasta 2017 y el reciente Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público, plantea 2030.

Pues bien, estos plazos normativos deben ser acortados o, en su defecto, no ser incumplidos. Y mientras se alcanza la accesibilidad parece oportuno establecer ajustes, acciones positivas o medidas de reparación.

## 3.4. Los límites de la accesibilidad

La accesibilidad entendida en sentido amplio, al incorporar el enfoque de derechos, repercute de manera directa sobre la cuestión de los límites y,

claramente sobre el juicio de proporcionalidad y el papel del argumento de los costes. Esta repercusión no puede quedarse en el plano teórico, sino que debe ser trasladada al ámbito normativo jurídico.

Así por ejemplo, si nos apoyamos en la definición más reciente de proporcionalidad en este campo, que es la del Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, una formulación en sintonía con el enfoque de derechos humanos de la definición que se contempla sería:

> Proporcionalidad: calidad de una medida de mejora de la accesibilidad según la cual las cargas que implica están justificad**a**s, teniendo en cuenta los siguientes criterios:
>
> 1.º Los derechos implicados.
>
> 2.º Los efectos discriminatorios que comportaría para las personas con discapacidad que la medida no se llevara a cabo.
>
> 3.º Las características de la persona, la entidad o la organización responsable de adoptar la medida, así como la carga que a esta le suponga su implantación.
>
> 4.º La posibilidad de obtener financiación pública u otras ayudas.
>
> En ningún caso, la referencia a los costes puede ser tenida en cuenta para decidir sobre la proporcionalidad o no de una medida, salvo que vaya asociada a la satisfacción o insatisfacción de un derecho de igual valor".

## 3.5. Accesibilidad y derechos: especial referencia al derecho a la educación

La accesibilidad puede construirse como parte del contenido esencial de los derechos. En este sentido, para subrayar esta proyección sería importante introducir referencias a esta exigencia en las formulaciones de los derechos. Estas referencias pueden hacerse directamente utilizando el término acceso o, también, el de inclusión. Un ejemplo de esto último está constituido por el derecho a la educación.

La normativa española en materia de educación maneja una idea de accesibilidad en un sentido restringido o débil y plantea un modelo educación integrador, manteniendo dos tipos de redes educativas, la ordinaria y la especial, en lo referente al alumnado con discapacidad.

Y ello a pesar de que las normas estatales y autonómicas aludan a la inclusión educativa, la igualdad y la no discriminación, la adaptación de la educación a las necesidades de todo el alumnado y a la exigencia de accesibilidad y se refieran también a los ajustes razonables, incorporando además la importancia de los apoyos para el correcto funcionamiento de todo ello.

Mantener un modelo de educación integrador y un sentido de accesibilidad restringido o débil no es adecuado ni conforme al discurso de los derechos humanos. Por eso es necesario actualizar las normativas adaptándolas a todos los estándares internacionales de derechos humanos, tanto en lo relativo al reconocimiento de derechos, perspectivas de análisis y valoraciones, políticas públicas y diversas consecuencias en el acceso, calidad y accesibilidad de la educación, garantizando el genuino reconocimiento a la igualdad y el respeto de los derechos humanos a todas las personas.

La educación a la que se refiere el derecho a la educación como derecho fundamental de todas las personas es la educación inclusiva. Los titulares del derecho a la educación inclusiva son todos y cada uno de los niños y niñas, quienes deben poder ejercerlo en igualdad de condiciones con los demás, garantizándose la adaptación del sistema educativo a las diversas necesidades, preferencias e intereses educativos de cada uno/a.

El modelo integrador presente en la normativa en materia de educación tanto en el ámbito del Estado como en el de las comunidades autónomas, implica no hacer accesible el derecho a la educación y, por tanto, supone a la larga, una violación de su contenido esencial y de la exigencia de no discriminación. Dicho de otro modo, mientras el sistema educativo no sea plenamente inclusivo se estará produciendo una violación del derecho a la educación de todos los niños y niñas. La satisfacción del derecho a la educación inclusiva es una obligación para los padres y las madres, y para todos los poderes públicos y privados. Los poderes públicos tienen la obligación de garantizar un sistema educativo inclusivo, en el que los padres y las madres puedan ejercer su derecho a elegir la educación de sus hijos e hijas dando cumplimiento a su obligación de que estos puedan satisfacer eficazmente su derecho a la educación inclusiva.

Nuestra normativa permite una educación segregada en la que se excluye a determinados niños y niñas por sus condiciones especiales y se impide además con ello que el resto pueda enriquecerse con la experiencia educativa de convivir. Exige que sean el alumnado quien se adapte al sistema educativo, y no el sistema a las situaciones y necesidades de los y las estudiantes.

Es cierto, que buena parte de la normativa se refiere a la inclusión y se marca como objetivo satisfacer la accesibilidad en este ámbito. Sin embargo, ello se hace compatible, como también hemos visto, con la existencia de un modelo de educación especial que se distancia enormemente del modelo inclusivo.

Se trata de una barrera a la accesibilidad que hay que combatir si bien, es una barrera preferentemente actitudinal, con lo que su superación requiere de medidas no solo jurídicas sino también formativas y de concienciación.

Desde esta perspectiva, el primer cambio normativo que habrá que realizar afecta a nuestra propia norma constitucional, y es que si el derecho a la educación es el derecho a la educación inclusiva —y esta idea, según también apunta el Comité, no termina de ser tomada serio— parece necesario introducir el término "inclusiva" en el artículo 27 de la Constitución española. Por ejemplo, en el apartado primero del artículo 27: "Todos tienen derecho a la educación **inclusiva**" o, si se prefiere, para no matizar la sobria contundencia de la redacción actual de ese enunciado, en el segundo, con una redacción como esta o similar: "La educación, **que habrá de ser inclusiva**, tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales".

A partir de ahí, el enfoque de derechos debe estar presente en toda la normativa en materia de educación. Desde este, el diseño universal debe proyectarse en todos los elementos de la educación, los ajustes y los apoyos se convierten en un derecho de niñas y niños, lo que implica la necesidad de llevar a cabo adaptaciones curriculares, métodos de aprendizaje, planes de estudio, aulas, espacios, materiales, actividades extraescolares, ayudas en el aula y fuera del aula, etc. Debería fortalecerse que los procesos de evaluaciones varios por los que atraviesan las personas en el ámbito educativo a lo largo de toda la vida se adecúen a los principios generales de la educación inclusiva. La falta de accesibilidad, cuando el diseño universal y los ajustes y apoyos son posibles y razonables sin que la mera apelación al coste suponga su irrazonabilidad si no se afecta a otros derechos, no puede ser nunca más una excusa para expulsar al alumnado con discapacidad del sistema general de educación.

Para hacer efectivo el derecho a la educación es necesario realizar un profundo cambio en todo el sistema educativo, de modo que cada niño y niña pueda desarrollar su personalidad, aptitudes y capacidades hasta el máximo de sus posibilidades y se forme en el respeto por la dignidad intrínseca de todo ser humano y los derechos humanos. Un sistema educativo inclusivo necesita recursos materiales y humanos, formados "para" y "en" la inclusión. Por tanto, necesita de políticas públicas, de fondos económicos y, además, de una sociedad abierta a la inclusión.

La satisfacción del derecho a la educación, que es a la educación inclusiva, requiere de una transformación cultural que no puede lograrse solo a través del derecho. Así, es absolutamente necesario que la normativa recoja la exigencia de formación del profesorado en educación inclusiva desde el enfoque de derechos humanos.

## 3.6. El acceso a la justicia: apoyos, ajustes y asistencia gratuita

El acceso a la justicia es un derecho concreción de la exigencia de accesibilidad cuya satisfacción es imprescindible para la correcta protección de los derechos de las personas con discapacidad y de la propia accesibilidad.

Un aspecto importante del acceso a la justicia, como hemos visto, está constituido por los ajustes de procedimiento. Pues bien, parece oportuno construir esta figura desde el sentido fuerte de accesibilidad y presentarlos como un derecho que debe ser satisfecho desde la Administración de Justicia. Un derecho derivado de un diseño universal que hace real el acceso a la justicia y que no descarta la posibilidad de medidas concretas individuales en forma de ajustes.

Desde esta construcción sería importante potenciar la figura de los agentes facilitadores. Se trata de una figura que aparece en cierta manera reflejada en la Recomendación de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 2013 y en el Estatuto de la Víctima del Delito, siendo su precedente más conocido el de los intermediarios en los tribunales en el Reino Unido, funcionarios de la Corte, con lo que su consideración como estrategia de diseño universal se torna mucho más nítida. Recientemente, como ya se indicó, esta figura se ha contemplado de manera expresa en apartado 2 c) del artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil que indica que en los procedimientos regulados en esa ley en los que participen personas con discapacidad que lo precisen "c) Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida".

El Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público, en su artículo 2, se refiere a la persona facilitadora, como:

> Persona que trabaja, según sea necesario, con el personal del sistema de justicia y las personas con discapacidad para asegurar una comunicación eficaz durante todas las

> fases de los procedimientos judiciales. La persona facilitadora apoya a la persona con discapacidad para que comprenda y tome decisiones informadas, asegurándose de que todo el proceso se explique adecuadamente a través de un lenguaje comprensible y fácil, y de que se proporcionen los ajustes y el apoyo adecuados. La persona facilitadora es neutral y no habla en nombre de las personas con discapacidad ni del sistema de justicia, ni dirige o influye en las decisiones o resultados.

Y en su artículo 27 señala:

> En lo relativo a la Administración de Justicia se garantizará la accesibilidad universal y la prestación de apoyos que sean necesarios en las oficinas públicas, los dispositivos, los servicios de atención y participación del ciudadano. Se promoverá la incorporación de la figura de la persona facilitadora para aquellas personas con discapacidad incursas en procedimientos judiciales.

En todo caso, resulta esencial manejar una visión de las personas facilitadoras desde el eje de la accesibilidad, subrayando la dimensión de servicio vinculada a la satisfacción del diseño universal.

La efectividad del derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad exige proyectar en este ámbito las medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad, en este caso al ejercicio de la capacidad procesal, para asegurar que puedan participar y tomar sus propias decisiones en los procesos judiciales en los que se ven inmersas.

Además, la garantía del acceso a la justicia solo puede ser efectiva cuando se eliminan las barreras derivadas del coste. En este sentido, el beneficio de justicia gratuita debería extenderse para cubrir las reclamaciones en relación con la accesibilidad con independencia de la situación económica de la persona que reclama —como ya está contemplado en el ámbito penal cuando las personas con discapacidad son víctimas de delitos de homicidio y de lesiones de los artículos 149 y 150—, en la medida en que se trata de acciones de un indudable interés público y los costes pueden resultar un elemento que disuada de iniciarlas

Finalmente, el apoyo en al acceso a la justicia debería entender el derecho en un sentido amplio y no limitado al proceso judicial, de manera que se garantizase que las personas con discapacidad tienen acceso a asistencia jurídica gratuita o a un precio asequible en relación con cuestiones derivadas de la discapacidad, incluyendo expresamente entre ellas las que tienen que ver con el incumplimiento de las obligaciones de accesibilidad, en coherencia con el modelo social.

## 3.7. La asistencia personal

Como ya hemos visto, la asistencia personal constituye una de las dimensiones de la accesibilidad universal, máxime si esta se construye desde el discurso de los derechos. Pero se trata de una dimensión que no ha sido desarrollada por nuestra normativa y que se ha asociado a actividades relativas a la educación, trabajo y hogar, pero no, por ejemplo, para la participación en actividades sociales o de ocio. Además, la manera en que se articula la prestación económica para la contratación de la asistencia personal genera cierta heterogeneidad en la gestión, creando desigualdades entre las personas beneficiarias.

La asistencia debe configurarse como un derecho dentro del marco que proporciona el eje de la accesibilidad. La satisfacción de ese derecho exige la existencia de un programa o sistema desde el que organizar la prestación y que esté establecido a través de una norma. Este sistema debe estructurarse según el tipo de discapacidad y las barreras, pero no estar limitado a grados severos de discapacidad; debe garantizar una prestación correcta; debe fomentar la autonomía de la persona, etc. Pero, además, el sistema debe dibujar las líneas básicas que permitan reconocer y regular la relación entre la persona con discapacidad y los/as asistentes.

A veces, el apoyo o la asistencia es tan importante para la persona que, en cierto modo, se convierte en una prolongación de esta ("las manos del asistente sustituyen a las manos del asistido"). Y cuando esto ocurre, la importancia de la labor necesariamente repercute en la relación entre ambos y en la ponderación de sus derechos. No obstante, este carácter especial de la relación no puede justificar una desatención a los derechos de quien apoya o asiste. Es decir, a pesar de que la asistencia es, en ocasiones, la manera de satisfacer un derecho o de realizar una actividad querida por la persona que se relaciona con su vida independiente, no hay que olvidar que se presta por una persona que no puede quedar sometida sin límite alguno a la voluntad de la persona con discapacidad.

En la actualidad, en España, la relación entre la persona con discapacidad y su asistente se establece a través de una contratación directa, o mediante las Oficinas de Vida Independiente y otras organizaciones, o apoyándose en el régimen de empleadas del hogar. Sin embargo, es importante singularizar y unificar aspectos básicos de esa relación que permita diferenciarla de otras.

Esos aspectos básicos deben configurarse teniendo en cuenta el significado del apoyo y, por tanto, dirigirse siempre hacia la potenciación de la autonomía y la vida independiente. Así, parece preciso establecer un catálogo de actividades

sobre el que proyectar la asistencia. Este catálogo no debe estar cerrado y, por tanto, puede ser ampliado por acuerdo entre ambas partes. Ahora bien, deben señalarse límites o, tal vez, actividades que necesariamente queden fuera.

Igualmente, se deben establecer las condiciones básicas laborales y, de esta forma, el reconocimiento de derechos y obligaciones de ambas partes. Parece oportuno subrayar la importancia de derechos como el de la intimidad, u obligaciones como la confidencialidad o figuras que son una cosa y la otra, como el secreto profesional. Pero también jornada de trabajo, salarios, descansos y vacaciones, y otros derechos que le corresponden a la persona asistente.

En todo ello habrá que tener en cuenta el carácter singular que tiene la asistencia personal, siendo conscientes de que la regulación no podrá resolver todas las posibles situaciones, sobre todo aquellas en las que se produzca un conflicto entre derechos de la persona con discapacidad y el/la asistente. En estos casos, habrá que ponderar y utilizar el principio de razonabilidad.

Un asunto que debe estar también presente a la hora de llevar a cabo una regulación de la asistencia personal es la formación. El sistema que garantiza la prestación de la asistencia debe velar por la calidad de esta y por la profesionalidad de quien la desempeña. Y ello a pesar de que buena parte del éxito de la asistencia personal radique en factores muy personales[175]. Así, la formación para la asistencia personal es algo necesario tanto para garantizar la satisfacción de este derecho a la persona con discapacidad como para proteger la figura del asistente.

Por último, es importante advertir que esta formación debe proyectarse también en las propias personas con discapacidad, al objeto de mejorar el servicio y de que puedan beneficiarse en el mayor grado posible de él.

## 3.8. El empleo con apoyo

Consideramos oportuno realizar un cambio en la concepción general del empleo con apoyo y considerarlo como una obligación de los poderes públicos cuyo objetivo es facilitar el acceso al empleo y el ejercicio del derecho al trabajo.

[175] "Tal como indica la propia palabra, la asistencia es personal, es decir que se adapta a las necesidades de una persona y, por lo tanto, las relaciones humanas entre el asistente personal y la persona con diversidad funcional son la clave. Dado que la persona con diversidad funcional y su asistente pasan muchas horas juntas al día, la relación entre ellas marcará de forma positiva o negativa el buen desarrollo de la asistencia". Rodríguez Picavea, A. (2007). Reflexiones en torno a la figura del asistente personal para la vida independiente y la promoción de la autonomía de las personas con diversidad funcional (discapacidad). *Zerbitzuan, (41)*, p. 120.

Esto supone dejar a un lado su construcción como acción positiva y vincularla al diseño universal, constituyéndolo como un servicio.

La propuesta se proyecta sobre toda la regulación e implica un nuevo diseño de este programa que pasaría a considerarse como un servicio público estable. Es obligación de los poderes públicos velar por el buen funcionamiento de este servicio para lo que deberá contar con las propias personas con discapacidad y las organizaciones que las representan.

El empleo con apoyo debe encuadrarse dentro del eje de la accesibilidad, vinculándolo al apoyo en el acceso y ejercicio de los derechos. Esta construcción del empleo con apoyo se presenta, como acabamos de señalar, como una obligación de los poderes públicos y de las empresas, pero también como un derecho de las personas con discapacidad.

La configuración del empleo con apoyo como un servicio público debería ir acompañada de una revisión de la normativa al respecto en el ámbito de las comunidades autónomas para igualar su satisfacción. Y es que la actual configuración del empleo con apoyo en el ámbito nacional se caracteriza por la multiplicidad de regulaciones existentes dependiendo de la comunidad autónoma que lo trate, debido a que el Real Decreto únicamente actúa de manera general, dejando más bien el ámbito "práctico" y específico a las comunidades autónomas.

## 3.9. La normativa autonómica

Es posible diferenciar en materia de accesibilidad entre dos grupos de comunidades autónomas.

Por un lado, aquellas que han elaborado su propia legislación en cumplimiento de la LGDPD. Este es el caso de Andalucía —con la ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía (LDAPD)—, Aragón —con la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derecho y Garantías de las Personas con Discapacidad en Aragón—, Baleares —con la Ley de Accesibilidad 8/2017, de 3 de agosto, de Accesibilidad Universidad de las Illes Balears—, Cantabria —con la Ley 9/2018, de 21 de diciembre, de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad—, Castilla-La Mancha —con la Ley 7/2014, de 13 de noviembre, de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad en Castilla-La Mancha—, Castilla y León —con la Ley 2/2013, de 15 de mayo, de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad—, Cataluña —con la ley 13/2014, de 30 de octubre, de accesibilidad—, Extremadura

—con la Ley 11/2014, de 9 de diciembre, de Accesibilidad Universal de Extremadura—, Galicia —con la Ley 10/2014, de 3 de diciembre, de Accesibilidad—, La Rioja —con la Ley 1/2023, de 31 de enero, de accesibilidad universal—, Murcia —con la ley 4/2017, de 27 de junio, de Accesibilidad Universal de la Región de Murcia—, y Navarra —con la Ley Foral 12/2018, de 14 de junio, de Accesibilidad Universal—. Estamos, en este caso, ante comunidades que operan un régimen sancionador igual o, al menos, similar al establecido en la LGDPD, especialmente en cuanto a las infracciones —y su clasificación— así como a las sanciones y sus cuantías.

Por otro lado, tenemos a las comunidades de Asturias —con la Ley 5/1995, de 6 de abril, de Promoción de la Accesibilidad y Supresión de Barreras—, Canarias —con la Ley 8/1995, de 6 de abril, de Accesibilidad y Supresión de Barreras Físicas y de la Comunicación—, Madrid —con la Ley 8/1993, de 22 de junio, de Promoción de la Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónica—, País Vasco —con la Ley 20/1997, de 4 de diciembre, para la Promoción de la Accesibilidad—, y Valencia —con la Ley 11/2003, de 10 de abril, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad (aunque modificada en determinados aspectos por la ley 9/2018, de 24 de abril) y la ley 1/1998, de 5 de mayo, de Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas, Urbanísticas y de la Comunicación—.

Estamos, en este caso, ante comunidades cuya legislación es anterior a la Convención y a la LGDPD (e incluso a la ley 49/2007, de 26 de diciembre, que es objeto de refundición en la LGDPD), y que establecen un régimen sancionador mucho más limitado no solamente respecto a las infracciones tipificadas (muchas menos) y las sanciones (de cuantía muy inferior y en muchos casos calculadas todavía en pesetas), sino también respecto a los ámbitos de aplicación de la normativa.

En este sentido, se hace patente la necesidad de que estas comunidades autónomas acometan la reforma de su legislación en la materia para adaptarse tanto a la Convención como a la LGDPD. Se hace necesario que, en dichas comunidades autónomas, las reformas legislativas, en primer lugar, realicen una tipificación de las infracciones más amplia y que recoja, al menos, las infracciones mencionadas en la LGDPD. En segundo lugar, que dichas reformas legislativas procedan a equiparar sus sanciones con las de la normativa estatal, pasando a euros —en lugar de pesetas— e igualando o al menos acercando las cuantías a las de la LGDPD. Mientras no sea así, en estos territorios la protección otorgada por la LGDPD queda muy limitada, al no ser aplicable la misma sin legislación de desarrollo autonómica, salvo que la infracción tenga proyección sobre más de una comunidad autónoma. En este sentido, somos partidarios de

que estas comunidades, al menos, modifiquen su normativa para incluir una disposición adicional que establezca que el régimen de infracciones y sanciones aplicable por la Administración General del Estado conforme a la LGDPD sea aplicable en su territorio hasta que las mismas no elaboren dicha normativa específica.

## 3.10. La normativa local

Hemos subrayado cómo una parte importante de la satisfacción de la accesibilidad se produce en el ámbito local. Sin embargo, la conexión de su normativa con los derechos no se produce.

Por otro lado, la imposibilidad de cumplimiento de todo lo que manda el legislador estatal por parte de los entes locales se ha constatado desde hace tiempo. No tiene sentido que todos los municipios tengan las mismas competencias y que estén obligados a prestar a partir de una determinada población los mismos servicios. Debería existir una clarificación de los distintos tipos de competencias en el marco de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local. Sería importante poder dibujar un mapa completo del ámbito local: pequeños municipios, pero también grandes ciudades, con la diferenciación para poder tener entidades locales más autónomas y, por tanto, más eficientes y sostenibles. Los intereses de las ciudades van más allá de lo meramente local y pareciera oportuno reconocer a las ciudades un papel relevante en la formulación de las políticas estratégicas como elaboración de normas y procesos de planificación. La reserva de ley no puede cumplir las mismas funciones en todos los municipios. Estos deben tener capacidad de desarrollo de políticas públicas propias y la capacidad de financiación a través de tributos propios.

En este sentido, es preciso llevar a cabo una profunda transformación del entramado normativo que regula la Administración local en clave de accesibilidad.

## 3.11. El sistema de arbitraje

La protección de un asunto de derechos humanos a través de un sistema de arbitraje que, en definitiva, está empapado de negociación, puede plantear serios reparos. El arbitraje, como mecanismo de resolución de conflictos, ha sido tradicionalmente empleado para resolver disputas de naturaleza privada como alternativa a la vía judicial. En términos generales se trata de un mecanismo de

resolución de conflictos de naturaleza privada, en el que prima la voluntad de las partes.

Ahora bien, en abril de 2022 se inició la tramitación legislativa del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia (Boletín Oficial del Congreso de los Diputados nº 97-1, de 22 de abril), en cuyo artículo 20, Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se propone la modificación del artículo 1 del artículo 19 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con la redacción siguiente:

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

La propia naturaleza poliédrica de la accesibilidad puede hacer que esta, en determinados supuestos, pueda someterse a la institución arbitral y ser una respuesta fácil y rápida, para preservar la libertad e igualdad de la persona afectada. En este sentido, se requiere una actuación normativa en este ámbito.

## 3.12. El Ministerio Fiscal

Como hemos subrayado, el Ministerio Fiscal puede desempeñar un importante papel en la garantía de la accesibilidad. Y ello puede verse facilitado si se llevan a cabo algunos ajustes normativos.

Las previsiones del artículo 29 y de las disposiciones finales segunda y tercera de la Ley 15/2022 revisten una importancia crucial en el ámbito que nos ocupa, puestas en relación con el artículo 2.1 de la propia Ley 15/2022, en cuanto se refiere a la discapacidad como posible causa de la discriminación.

Siguiendo la senda del régimen de atribución de legitimación en defensa de la igualdad de género, dichas normas disponen que para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, además de las personas afectadas y siempre con su autorización, estará también legitimada la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, así como, en relación con las personas afiliadas o asociadas a los mismos, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores y trabajadoras autónomas, las organizaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus

fines la defensa y promoción de los derechos humanos, de acuerdo con lo establecido en la Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación.

Cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para instar acciones judiciales en defensa de derechos o intereses difusos corresponderá a la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, a los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones profesionales de trabajadores/as autónomos/as más representativas, así como a las organizaciones de personas consumidoras y usuarias de ámbito estatal, y a las organizaciones, de ámbito estatal o del ámbito territorial en el que se produce la situación de discriminación, que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, de acuerdo con lo establecido en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, sin perjuicio en todo caso de la legitimación individual de aquellas personas afectadas que estuviesen determinadas. Sin embargo, la persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso discriminatorio. No se entiende bien la razón de la privatización de la acción en los casos de acoso que, precisamente, se caracterizan en vía de principio por su especial gravedad, en cuanto actos discriminatorios que no pueden ser tolerados.

La ley hace lo propio respecto a estas entidades, legitimándolas también (artículo 31.2) a efectos de los correspondientes procedimientos administrativos (artículo 4.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Aun no existiendo precedentes, y dada la relevancia de la cuestión, no habría parecido descabellado extender esta legitimación, a estos efectos, al propio Ministerio Fiscal en cuanto instancia especialmente cualificada en la materia.

Por otra parte, la disposición final segunda, dos, de la Ley 15/2022 incorpora una interesante previsión, al introducir un nuevo artículo 15 ter en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual prevé que, en los procedimientos iniciados por la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y No Discriminación o por alguna de las entidades a las que el artículo 11 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil atribuye legitimación activa colectiva, se llamará al proceso a las personas afectadas por haber sufrido la situación de discriminación, para que hagan valer su derecho individual (ap. 1) —lo que puede incluir a las personas con discapacidad, pero también a aquellas que ejerciten su apoyo como guardadoras de hecho o curadoras en su caso (normalmente, familiares, pero pueden ser allegados/as o directores/as de centros residenciales o asistenciales)— y, añade en el segundo apartado algo que nos interesa particularmente, ya que, conforme a él, “el órgano judicial que conozca de alguno de estos procesos comunicará su

iniciación al Ministerio Fiscal para que este, de conformidad con las funciones que le son propias, valore la posibilidad de su personación". Este precepto abre posibilidades interesantes de actuación del Ministerio Fiscal en el ámbito de la defensa de los derechos de las personas con discapacidad.

En este aspecto la Ley 15/2022 ha sido poco ambiciosa. Dada la enorme incidencia práctica de esta problemática, podría haber ampliado el mandato de esa comunicación al Ministerio Fiscal por parte del juez a todos los litigios en cualquier orden jurisdiccional en que sea objeto de controversia el principio de accesibilidad universal, e incluso para haber sopesado la posibilidad de otorgar legitimación activa al Ministerio Fiscal con el fin de, más allá de la intervención provocada, permitirle iniciar procedimientos destinados a garantizar el respeto del principio de accesibilidad universal, por ejemplo, en el seno de comunidades de propietarios/as en régimen de propiedad horizontal (así, impugnación de acuerdos de juntas de propietarios/as denegando instalación de ascensor solicitada por personas afectadas por discapacidad).

La Ley 15/2022 ha perdido la ocasión de atribuir al Ministerio Fiscal legitimación para actuar ante cualquier discriminación, mediante el ejercicio de todo tipo de acciones, tanto particulares como colectivas, según el modelo que, en materia de protección de los intereses generales de las personas consumidoras y usuarias, introdujo el artículo 11.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde 2014. Si en este último ámbito el Ministerio Fiscal puede actuar cuando lo considere necesario, al igual que ocurre con otras instituciones públicas y asociaciones de personas consumidoras y usuarias, en defensa de los derechos e intereses de estas, sería conveniente extender ese esquema al ámbito de la discapacidad, y, en concreto, en conexión con la accesibilidad universal y su garantía. De este modo, quedaría robustecido el papel del fiscal en la defensa de los derechos e intereses de las personas con discapacidad y, con ello, de su disfrute efectivo en condiciones de igualdad, posibilitándole la adopción de las medidas convenientes o necesarias, incluyendo el ejercicio de las acciones en cada caso pertinentes.

No sería descabellado, siguiendo la estela de lo acontecido en materia de consumo desde el año 2014, dotar al Ministerio Fiscal del arsenal jurídico preciso para garantizar el derecho a no ser discriminado por motivo de discapacidad, garantizado por nuestra Constitución, tal y como ha sido interpretado de conformidad con los textos internacionales de derechos humanos en la materia y la jurisprudencia de los propios órganos de garantía creados con tal fin.

Procede señalar la conveniencia de otorgar legitimación activa al Ministerio Fiscal con vistas a la solicitud a las Administraciones públicas competentes de la adopción de las medidas en cada caso necesarias para hacer realidad la exigencia

de accesibilidad universal, así como al ejercicio de acciones judiciales contra los actos administrativos contrarios a ella (incluyendo la previa vía administrativa). No en vano, el artículo 3.14 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal encomienda al fiscal, entre otras cosas, la defensa de la legalidad en los procesos contencioso-administrativos que prevén su intervención, y no son pocas las razones que justifican el establecimiento legal de esta última en materia de realización del principio de accesibilidad universal en el ámbito de la Administración pública.

El Ministerio Fiscal debe considerarse legitimado para recurrir ante la inactividad material de la Administración, cuando tal inactividad obstaculiza la accesibilidad universal que aquella debe garantizar. Imaginemos que no se cumplen las medidas de acción positiva previstas por la Ley (por ejemplo, que un ayuntamiento no facilite el estacionamiento de vehículos de personas con discapacidad, o que las personas con dificultad para el acceso a medios de transporte colectivos no tengan derecho a un subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte —lo que tiene que estar previsto en los Presupuestos General del Estado—, que no se reserven las viviendas protegidas, incluyendo ascensores accesibles, o dejen de ser adoptadas las medidas de apoyo también a viviendas de titularidad privada, para satisfacer las especiales necesidades de las personas con discapacidad). Además, por su especial importancia en el ámbito que nos ocupa, conviene recordar que las Administraciones competentes en materia de urbanismo deberán considerar, y en su caso incluir, la necesidad de las adaptaciones anticipadas en los planes municipales de ordenación urbana que formulen o aprueben.

El Ministerio Fiscal, en cuanto defensor de la legalidad y de los derechos de la ciudadanía, debería contar con la posibilidad —y la necesaria legitimación— de recurrir ante los tribunales la falta de ejercicio o el ejercicio incorrecto de la potestad reglamentaria en el ámbito de la accesibilidad universal, así como recurrir en vía administrativa y jurisdiccional frente a la omisión de la adopción de las medidas exigibles o la adopción de medidas administrativas que obstaculizaran el acceso a sus derechos por parte las personas con discapacidad.

En efecto, ciertamente, el Ministerio Fiscal no está legitimado para plantear recurso de inconstitucionalidad (aunque quizás convendría que lo estuviese), pero sí debiera estarlo en todo caso para impugnar normas reglamentarias discriminatorias, haciendo valer el propio principio de jerarquía normativa. Conviene reforzar su intervención en el marco del artículo 106 de la Constitución española, lo que podría constituir un elemento fundamental para asegurar, en el ámbito que nos ocupa, que la Administración actúe conforme a derecho. Y las mismas consideraciones abonan la conveniencia de extender la legitimación del

Ministerio Fiscal a los supuestos de inactividad de la potestad reglamentaria. El incumplimiento de los mandatos de especial densidad normativa en el ámbito de la accesibilidad debiera poder ser combatido por la fiscalía, en defensa de los derechos de las personas con discapacidad, ante la inactividad material de la Administración concernida.

# Anexos

## Accesibilidad en la normativa autonómica

Por Antonio Domínguez Vila

Podemos apreciar una distinción entre, por un lado, las comunidades autónomas cuya regulación ha quedado anquilosada en disposiciones normativas emanadas durante la década de 1990 y primeros años de este siglo y, por otro lado, aquellas regiones que han realizado una labor de actualización de su ordenamiento jurídico, trasponiendo los conceptos modernos de la Convención y de la reciente regulación estatal.

En el primer bloque de comunidades autónomas cuya regulación es anterior a este cambio de interpretación, nos encontramos cinco comunidades:

Asturias:

- Ley 5/1995, de 6 de abril, de promoción de la accesibilidad y supresión de barreras.
- Decreto 37/2003, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Principado de Asturias 5/1995, de 6 de abril, de promoción de la accesibilidad y supresión de barreras, en los ámbitos urbanístico y arquitectónico.

Canarias:

- Ley 8/1995, de 6 de abril, de accesibilidad y supresión de barreras físicas y de la comunicación de la Comunidad Autónoma de Canarias.
- Decreto 227/1997, de 18 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la.- Ley 8/1995, de 6 de abril, de accesibilidad y supresión de barreras físicas y de la comunicación.
- Decreto 148/2001, de 9 de julio, por el que se modifica el Decreto 227/1997, de 18 de septiembre; que aprueba el reglamento de la Ley

8/1995, de 6 de abril, de accesibilidad y supresión de barreras físicas y de la comunicación.

Castilla-La Mancha:

- Ley 7/2014, de 13 de noviembre, de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad en Castilla-La Mancha.
- Ley 1/1994, de 24 de mayo, de accesibilidad y eliminación de barreras en Castilla-La Mancha.
- Decreto 158/1997 de 2 de diciembre, del Código de Accesibilidad de Castilla-La Mancha.

Castilla y León:

- Ley 2/2013, de 15 de mayo, de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad Castilla y León.
- Ley 3/1998, de 24 junio por la que se regula la accesibilidad y supresión de barreras.
- Decreto 217/2001, de agosto por el que se aprueba Reglamento accesibilidad y supresión de barreras.

País Vasco:

- Ley 20/1997, de 4 de Diciembre, para la promoción de la Accesibilidad.
- Decreto 68/2000, de 11 de Abril, por el que se aprueben las Normas Técnicas sobre condiciones de accesibilidad de los entornos urbanos, espacios públicos, edificaciones y sistemas de información y comunicación.
- Decreto 126/2001, de 10 de Julio, por el que se aprueban las normas técnicas sobre condiciones de accesibilidad en el transporte.

Este primer bloque arroja el primer elemento común identificable en materia de accesibilidad entre estas comunidades autónomas, esto es, disponen de normativa promulgada años antes que la Ley 51/2003 y, cuanto menos, una década antes de la Convención.

Estas normas promulgadas antes de la Convención deberían, por tanto, ser objeto de revisión para determinar si realmente cuentan con la actualización derivada de esta nueva interpretación de la discapacidad, prestando atención a los puntos de énfasis que señala la propia Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El preámbulo señala los siguientes aspectos:

a. Superación de la perspectiva asistencial de la discapacidad orientando las políticas hacia una concepción basada en los derechos humanos.

La interpretación de la posición de la Administración pública ante cualquier persona con discapacidad tenía una connotación eminentemente de asistencia a un individuo imperfecto, con problemas y que, por tanto, se encuentra en riesgo de exclusión social como efecto colateral de una visión de la discapacidad únicamente como un ser enfermo y no como una persona íntegra, con todos sus derechos intactos y sufre una "característica" en su cuerpo que no debe suponer una causa de discriminación.

Las normas básicas en materia de accesibilidad tienden a disponer de una visión técnica orientada a la eliminación de obstáculos en los espacios y medios en los que interactúan las personas para lograr que puedan ser calificados como accesibles, evitando limitar la acción de las administraciones a una postura meramente asistencial de compensación de las discapacidades a través de sistemas de subvención o de puesta a disposición de medios técnicos o humanos que compensen las dificultades en accesibilidad de las que puedan ser objetos los individuos que sufran algún tipo de discapacidad.

Con carácter general, se configura el establecimiento de ayudas técnicas que permitan eliminar las barreras arquitectónicas o de cualquier índole en aquellos edificios, instalaciones o servicios cuando existan coyunturas que impidan suprimir en su integridad los obstáculos para habilitar la accesibilidad integral de los mismos. Es decir, se contempla como una falla en el proceso generar entornos plenamente accesibles que puede ser enmendada con estos recursos técnicos que son concebidos con un carácter subsidiario.

b. Consideración del concepto "personas con discapacidad".

Quizá se trate de la diferencia más fácilmente identificable en algunos de los textos normativos que siguen sin actualizarse tras la celebración de la Convención y que nos permite delimitar de un modo más certero el grado de actualización de la norma que se trate.

En el propio preámbulo de la Ley 5/1995, de promoción de la accesibilidad y supresión de barreras, de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, se hace alusión a "minusvalías" o a la

necesidad de "integrar" a los "disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos", así como en otros puntos del texto como el artículo 44 en el que se mencionan los colectivos de "disminuidos y discapacitados".

Sucede lo propio en el preámbulo de la Ley 8/1995, de 6 de abril, de Accesibilidad y Supresión de Barreras Físicas y de la Comunicación, de Canarias, en la que también aprecia un mandato a los poderes públicos para que realicen una política de "integración" de los "disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos". También se contempla que "la presente Ley persigue la supresión de cuantas barreras impidan el acceso a la vida normal de las personas discapacitadas", algo que integra muchos conceptos que parten de personas discapacitadas, como elemento identificador del tipo de persona y no como característica o el "acceso a la vida normal" partiendo de una concepción anormal de las personas que sufren algún tipo de discapacidad.

En el caso de Castilla La Mancha, no solo incorpora el concepto "minusválidos" en el preámbulo de la Ley 1/1994, de mayo de accesibilidad y eliminación de barreras, sino que incluso planifica en su artículo 22, conceder tarjetas de accesibilidad a los "minusválidos" para utilizar los aparcamientos que se reservarán para estas personas, algo que viene a equivaler a conceder un identificativo como "minusválido" a las personas con discapacidad, ahondando en los conceptos basados en un valor inferior de estas personas, concibiendo estas políticas como una labor asistencial. En todo caso, Castilla La Mancha cuenta con la Ley 7/2014, de 13 de noviembre, de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad en Castilla-La Mancha, con una definición de persona con discapacidad ya ajustada a la Convención y con una disposición final quinta en la que se establecía un plazo de 18 meses para la revisión de la normativa en materia de accesibilidad y eliminación de barreras.

En Castilla y León, la Ley 3/1998 de 24 de junio, de accesibilidad y supresión de barreras, encontramos un uso de los conceptos acertado y que mantiene una línea moderna y que se acopla de manera bastante efectiva a las novedades incorporadas una década después en la Convención, manejando de manera efectiva el concepto "personas con discapacidad" a lo largo de todo el texto desterrando los términos "disminuido" y "minusválido". Es de

reseñar que, a pesar de tratarse de un documento moderno para la época, necesitaría la corrección del artículo 3 c), en el que se alude a "personas con minusvalía", que si bien no es tan peyorativo como identificar a una persona como "minusválido" sigue manteniendo una connotación poco ortodoxa al concebir la discapacidad como "minusvalía" y no como una característica personal. Al igual que Castilla La Mancha, Castilla y León, cuenta con la Ley 2/2013, de 15 de mayo, de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad Castilla y León.

El País Vasco dispone quizá el documento normativo básico que más adolece de una actualización y modernización de los conceptos básicos referidos a la discapacidad, con la Ley 20/1997, de 4 de diciembre, para la promoción de la accesibilidad, cuyo texto gira en torno a los conceptos de "minusválido", "deficiente" o "disminución", en lugar de emplear la "discapacidad" para identificar características personales que afectan a la accesibilidad universal. Es probable que se trate del documento de estas características que requiere una revisión terminológica más profunda para desarrollar una actualización adecuada a las modernas concepciones de la discapacidad.

c. Consideración como sujetos titulares de derechos y no como meros objetos de tratamiento y protección social.

La propia ley reconoce que la concepción desde la que se partía cuando se redacta el artículo 49 de la Constitución española se centra en un modelo médico y rehabilitador, concibiendo a las personas con discapacidad como personas "con problemas".

Este nuevo paradigma genera un giro radical restituyendo al individuo como objeto de derechos y libertades que le son inherentes por su propia condición humana, vinculando a los entes públicos a adoptar una postura activa de autocrítica y eliminación de barreras que provoquen discriminación por razón de una discapacidad y no solo la actitud reactiva por la que se apostaba hasta la fecha en la que se limitaban a curar, reducir los efectos de las discapacidades o deficiencias en la persona o, incluso, dotar de tratamientos paliativos a las personas afectadas.

d. La discapacidad como manifestación de la diversidad humana y con autonomía individual.

Interpreta la discapacidad como una característica del ser humano y no como una identificación de un tipo de individuo concreto que pierde autonomía o autodeterminación por causa de la misma.

e. Concepción de discapacidad como una "circunstancia personal" y comenzar a concebir la existencia de entornos "excluyentes".

Con este concepto, se desplaza la responsabilidad de la falta de accesibilidad o la causa de la discriminación, optando por realizar la autocrítica necesaria que permita identificar las deficiencias en los espacios públicos y privados y no en las personas, es decir, removiendo en dichos lugares o procedimientos los obstáculos que provoquen dificultades a las personas que vayan a acceder a los mismos, reduciendo las causas excluyentes intrínsecas en dichos espacios para que estos los que se encuentren adaptados, independientemente de las características de cada individuo y que no se gestione de manera inversa como se venía concibiendo hasta entonces.

Se puede identificar de manera clara esta concepción tradicional que orientaba a la interpretación de las personas con discapacidad como limitaciones propias de los humanos, en la Ley 1/1994, de accesibilidad en Castilla La Mancha, que realiza una definición conceptual partiendo de que dicha norma se orienta a las personas que "tienen limitada su capacidad de relacionarse con el entorno", una postura conformista en la que se sigue desplazando la responsabilidad de las dificultades en el acceso a edificios, medios de transporte, trabajo o administraciones públicas, centrando el objeto de la ley en compensar los "defectos" y no en generar espacios que, *per se*, sean accesibles y sin obstáculos para su uso normal.

La situación castellanomanchega contrasta con la ley canaria que identifica la accesibilidad como "la cualidad de un medio que hace factible su utilización de modo autónomo por cualquier persona, con independencia de que tenga limitadas determinadas capacidades". En este caso, se establece, de manera acertada, el foco en los medios y los entornos exigiendo un esfuerzo tanto normativo como de ejecución para habilitarlos de tal modo que sean accesibles como característica propia, independientemente de las condiciones o características propias de los individuos.

Sin embargo, apreciamos una dicotomía de complejo entendimiento en la Ley 3/1998, de Castilla y León, donde conviven dos conceptos contrapuestos en el artículo 3 de dicho texto, en el que se define la accesibilidad de un modo homólogo al de la normativa canaria, de manera simultánea a mantener un concepto sobre las personas con discapacidad que sigue la línea establecida en la norma manchega al señalar que son estos quienes sufren "una restricción o ausencia de capacidad de realizar una actividad de manera normal para el ser humano".

f. Garantizar la "no discriminación" de la persona en su relación con las administraciones públicas sanitarias y el acceso a la información en formatos accesibles.

En este aspecto, se abordan diversos mandatos directos hacia varios sectores de la Administración pública con objeto de que, de manera inmediata, desarrollen políticas que generen entornos accesibles, libres de obstáculos y que garanticen la ausencia de elementos discriminatorios.

En este ámbito podemos identificar que la normativa de referencia de las comunidades autónomas con normativa anterior a la Convención, adolece de referencias expresas al acceso a la información sanitaria en formato accesible o incluso a expedientes administrativos, lo cual, se antoja como un espectro normativo sin colmatar que requiere un abordaje expreso cuando se proceda a la reforma o reformulación de dichos textos normativos, dada su especial relevancia en la seguridad jurídica así como la garantía de los derechos fundamentales.

En el ámbito de la comunicación en administraciones públicas y el acceso a los expedientes, son las comunidades de Castilla y León y País Vasco quienes toman una vía más inclusiva, contemplando expresamente la obligación de los entes públicos de disponer de medios como intérpretes de signos que permitan a la ciudadanía obtener la información que le conviene para el ejercicio de sus derechos fundamentales.

La información en formato accesible, bien sea de escritura, visual, táctil o sonora, se centra de manera general en diversos aspectos:

- Transporte público: Tanto la información de trayectos como la identificación de espacios reservados a personas con movilidad reducida.
- Edificios tanto públicos como privados: Se prevé e incluso se regulan requisitos en la construcción o rehabilitación de estos espacios con elementos que favorezcan el acceso a la información.
- Mobiliario urbano y señalización: Orientado al cumplimiento de los objetivos que persiguen, sin que una discapacidad genere distinciones en el modo de interpretar los signos o mensajes en los ambientes públicos.
- Cultura y ocio (Asturias, Canarias, Castilla y León y Castilla La Mancha)
- Espacios de trabajo (Asturias y Canarias)
- Educación, con intérpretes, material accesible para diferentes discapacidades que faciliten el acceso al aprendizaje.

En materia de acceso a la información y formatos accesibles para las cuestiones reseñadas en el anterior listado, se puede afirmar que, con ciertas divergencias según cada comunidad, existe un cierto consenso entre las diferentes leyes autonómicas para contemplar la accesibilidad en el ámbito de la comunicación como uno de los objetivos y mandatos a los entes públicos y, también en algunos casos, privados, en las materias identificadas.

g. Ampliar el concepto de personas con discapacidad hacia quienes no la tienen específicamente reconocida.

En el objeto de la ley, contemplado en el artículo 2 de dicho texto, desde la Ley 51/2003 se especificaba que las personas con discapacidad eran aquellas que tuvieran reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, algo que se erigía como un concepto claramente restrictivo al no incluir a quienes no hubiesen sido sometidos al examen de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad o deficiencia, así como tampoco a los que no alcanzasen tal porcentaje, algo que provocaba una inevitable laguna jurídica provocando un limbo indeterminado de aquellos que no cumplían tales requisitos.

Estas nuevas formas de abordar la accesibilidad y la eliminación de barreras son las que permiten la evolución que se ha venido manifestando en los últimos años en los que las personas con

discapacidad han dejado de ser señaladas como objeto del problema para recuperar su status de individuo objeto de derechos, entre los que se encuentra la igualdad y la no discriminación por características personales.

Las normativas que datan de años previos a esta Convención no pudieron conocer el resultado de la misma en el momento de desarrollar tales textos normativos, pero sí que podremos reseñar que, en algunos casos, la falta de actualización parece justificada en que se trataba de normas innovadoras en la época de su promulgación. Pese a ello, requieren realizar pequeñas adaptaciones que generen una imagen más fidedigna del proceso que se pretende impulsar desde la Convención.

Algo similar acontece con las Comunidades de Madrid y Valencia, con la excepción de que, en ambos casos, han optado por incorporar normas de rango inferior a la ley, a través de diversos reglamentos, para tratar de realizar adaptaciones sin que estas afecten a las leyes autonómicas de los años 1993 y 1998, respectivamente.

En el ámbito de la Comunidad de Madrid, la Ley 8/1993, de 22 de junio, de promoción de la accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas, puede ser interpretada como un hito reseñable dado que se erige, probablemente, como una norma revolucionaria para el momento en el que entra en vigor, ya que contempla algunas innovaciones que no serían incorporadas siquiera a las normas nacionales hasta una década después:

- Ausencia de conceptos como “deficiente” o “discapacitado”, disponiendo de algunas referencias a “personas con discapacidad”, aunque con algunas referencias a “minusvalías”.
- Centra su misión en erradicar las barreras arquitectónicas, a través de normas y criterios básicos, aunque este objetivo convive con la primitiva “concepción” de promover “ayudas técnicas” para las personas como otra vía equiparable.
- Avanza en la determinación de accesibilidad como característica de los entornos que permiten su uso a “cualquier persona con independencia de su condición física, psíquica o sensorial”. Esto supone que incluya a personas que no tengan una discapacidad reconocida.
- Contempla el derecho al acceso a la información a través de la remoción de barreras en la comunicación sensorial, adaptando

el acceso a las Administraciones públicas, cultura, enseñanza, ocio y trabajo a tales fines.

En definitiva, la Ley 8/1993 es un documento que destaca en el momento en el que se promulga ya que contempla muchas de las ambiciones y avances que se concretaron en la Convención y con un nivel de modernización destacable en comparación con las normas del resto de comunidades autónomas que se suceden en la siguiente década, lo cual viene a justificar que no se haya producido una adaptación en los últimos años.

La Generalitat Valenciana, por su parte, mantiene vigente la Ley 1/1998, de 5 de mayo, de la Generalitat Valenciana, de Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas, Urbanísticas y de la Comunicación, que se encuentra en la misma situación que la meritada Ley 8/1993 de la Comunidad de Madrid, al tratarse de otro texto moderno que goza de las mismas virtudes reseñadas, sirviendo por tanto, como razonamiento para la comprensión de ausencia de reformulaciones o refundiciones en normas de nueva creación ya que en su origen ya eran documentos legales integrales y modernos. Por otro lado, esta Comunidad cuenta con la Ley 11/2003, de 10 de abril, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad, que fue reformada en 2018.

Valencia:

- Ley 11/2003, de 10 de abril, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad, reformada en 2018.
- Ley 1/1998, de 5 de mayo, de la Generalitat Valenciana, de Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas, Urbanísticas y de la Comunicación.
- Ley 3/2004, de 30 de Junio, de la Generalitat, de Ordenación y Fomento de la Calidad de la Edificación.
- Decreto 65/2019, de 26 de abril, del Consell, de regulación de la accesibilidad en la edificación y en los espacios públicos.

Madrid:

- Ley 8/1993, de 22 de junio, de promoción de la accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas.
- Ley 2/1999, de 17 de marzo, de medidas para la calidad de la edificación.

- Decreto 13/2007, de 15 de marzo, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento Técnico de Desarrollo en Materia de Promoción de la accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas.

Las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla también disponen de regulación en materia de accesibilidad, que se materializa entre los años 2003 y 2004 respectivamente, encontrándose, por tanto, en una situación asimilable a la de estas comunidades autónomas, al tratarse de textos normativos que no han podido tomar como referencia los acuerdos de la Convención.

A pesar de ello, nos encontramos en disposición de afirmar que la *Ordenanza para la accesibilidad y la eliminación de barreras arquitectónicas, urbanísticas, del transporte y de la comunicación de Ceuta* es un documento con un grado de actualización avanzado que contempla algunas de las evoluciones planteadas con la normativa reciente:

- Elimina el concepto "deficiente", "discapacitado" o "disminuido" apostando por la moderna terminología de "persona con discapacidad".
- Apuesta por crear entornos accesibles para el uso y disfrute de toda persona.
- Se aleja del concepto asistencial y terapéutico para ordenar los esfuerzos en materia urbanística, transportes, vivienda o edificios públicos y privados.
- Aborda el acceso a la información pública para personas con dificultades auditivas o visuales.
- Incluye a personas con cualquier tipo de discapacidad sea temporal o permanente, alejándose de ese concepto de discapacidad reconocida.

En definitiva, se trata de un documento que ya nos permite atisbar que en el marco de la Ley 51/2003, ya se comenzaban a vislumbrar otros modos de interpretar la discapacidad y los esfuerzos a realizar en materia de accesibilidad para lograr espacios inclusivos para cualquier persona.

En el caso de la Ordenanza de Accesibilidad y Eliminación de barreras Arquitectónicas en la Ciudad de Melilla vemos una dinámica prácticamente equivalente a la de Ceuta, con la salvedad de que, en este caso, se sigue manteniendo el concepto "minusválido" en el ámbito de la identificación de los aparcamientos reservados para personas "con discapacidad", siendo quizá consecuencia esto de una trasposición de una norma anterior o de otro emplazamiento, ya que el uso de ese concepto parece no entroncar de manera adecuada con el resto de la norma que, sin duda, podemos calificar como más acoplada a las disposiciones de la Convención.

Las conclusiones que se deben obtener de ambas ordenanzas es que tienen una relevancia manifiesta al realizar este análisis ya que, por el ámbito temporal en el que se promueven, sirven para comenzar a destacar la evolución que se produce en la primera década de este siglo en materia de accesibilidad.

En otro orden, en un segundo bloque se encuentran todas aquellas comunidades autónomas que han optado por la reforma de las leyes de referencia en su ámbito territorial como consecuencia de la entrada en vigor de la trasposición de los acuerdos adoptados en la Convención que se materializa con la Ley 26/2011 y que, más tarde, culminan con la LGDPD, siendo ambas fechas muy clarificadoras sobre el esfuerzo que realizan los legisladores/as autonómicos por reformular estas leyes ya que van incorporándose al ordenamiento jurídico, de manera paulatina, en el período comprendido entre el año 2014 y 2019.

Resulta significativo identificar que pese a este proceso de adaptación que se ha ido materializando en estas comunidades, los reglamentos en su mayoría siguen datando de momentos contemporáneos a las leyes antes mencionadas, razón por la cual se debe identificar la necesaria adaptación de estos reglamentos como el principal objetivo que deben marcarse las comunidades autónomas que ya han promulgado estas leyes que se caracterizan en su mayoría por un grado de modernización claramente superior a las leyes mencionadas anteriormente.

Andalucía:

- Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía.
- Decreto 293/2009, de 7 de julio, por el que se aprueba el reglamento que regula las normas para la accesibilidad en las infraestructuras, el urbanismo, la edificación y el transporte en Andalucía.

Aragón:

- Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón.
- Decreto 19/1999, de 9 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la Promoción de la Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas, Urbanísticas, de Transportes y de la Comunicación.

Baleares:

- Ley 8/2017, de 3 de agosto, de accesibilidad universal de las Illes Balears.

- Decreto 110/2010, de 15 de octubre, por el cual se aprueba el Reglamento para la mejora de la accesibilidad y la supresión de barreras arquitectónicas.

Cantabria:

- Ley de Cantabria 9/2018, de 21 de diciembre, de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Cataluña:

- Ley 13/2014, de 30 de octubre, de accesibilidad.
- Ley 9/2003, de 13 de junio, de la movilidad.
- Decreto 204/1999, de promoción de la accesibilidad y de supresión de barreras arquitectónicas, y de aprobación del Código de accesibilidad.

Extremadura:

- Ley 11/2014, de 9 de diciembre, de accesibilidad universal de Extremadura.
- Decreto 135/2018, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento que regula las normas de accesibilidad universal en la edificación, espacios públicos urbanizados, espacios públicos naturales y el transporte en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Galicia:

- Ley 10/2014, de 3 de diciembre, de accesibilidad.
- Decreto 74/2013, de 18 de abril, por el que se modifica el Decreto 35/2000, de 28 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo y ejecución de la Ley de accesibilidad y supresión de barreras en la Comunidad Autónoma de Galicia, para su adaptación a la Directiva 95/16/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a ascensores.

La Rioja:

- Ley 1/2023, de 31 de enero, de accesibilidad universal de La Rioja.

Murcia:

- Ley 4/2017, de 27 de junio, de accesibilidad universal de la Región de Murcia.

Navarra:

- Ley Foral 31/2022, de 28 de noviembre, de atención a las personas con discapacidad en Navarra y garantía de sus derechos.
- Ley Foral 12/2018, de 14 de Junio, de Accesibilidad Universal.

En primer lugar, se deben destacar dos elementos comunes que determinan las razones de esta categorización en el bloque propuesto en la lista anterior.

Por un lado, la fecha de su aprobación y entrada en vigor es posterior al año 2014, algo que encuentra su fundamento en la promulgación de la LGDPD, pudiendo ser identificada como la génesis del proceso de adaptación a la normativa internacional que se ha desencadenado en la última década.

Asimismo, otro elemento característico de estas normas es que, de manera unánime contemplan en su preámbulo referencias a la Convención y la correspondiente trasposición a la normativa española de los postulados determinados en dicho texto, algo que denota la incuestionable influencia de estos acuerdos internacionales sobre la voluntad del legislador autonómico tanto en la reformulación de la normativa básica como en su contenido.

El influjo de las nuevas formas de abordar la accesibilidad se puede apreciar en algunos ejemplos como la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, en la cual la palabra "discapacidad" aparece en 384 ocasiones, sin tener referencia alguna a "discapacitado" o "disminuido", pudiendo apreciar el claro esfuerzo por no alejar el texto normativo de los acuerdos asumidos en la Convención.

El propio artículo 1 de la mencionada ley, también refleja un cambio de paradigma destacado por un cambio en el objeto de este tipo de normas al expresar la voluntad de "Promover y garantizar los derechos, incidiendo en la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, fomentando la capacitación y el empoderamiento personal y social de las personas con discapacidad".

Además, asumiendo la tesis de la LGDPD en su artículo 4, se establece expresamente un marco de reconocimiento de las personas con discapacidad amplio que no exige el reconocimiento por parte de los poderes públicos de un grado concreto de discapacidad, pudiendo ser objeto de políticas de promoción y garantía de sus derechos, cualquier persona independientemente de su grado de discapacidad.

Del mismo modo, se abandona el antiguo convencimiento de que las Administraciones públicas debían desarrollar eminentemente una perspectiva prestacional y asistencial, ahondado en acciones tendentes a la inclusión

mediante el respeto a los derechos inherentes a cada persona, así como la eliminación de barreras y la creación de entornos accesibles.

Esta nueva dinámica también asume las tesis en torno al ámbito sanitario, al incluir medidas específicas tendentes a garantizar el correcto acceso a la información y consentimientos, programas adaptados en materia de salud mental dada la especial transcendencia y la especificidad de las coyunturas en la que se encuentran las personas con discapacidad y un conjunto de acciones adicionales que muestran un efectivo esfuerzo por seguir las recomendaciones de la Convención.

Además, incluso se aprecia la incorporación de un aspecto que dispone de una relevancia notable, la atención temprana, cuya utilidad es incuestionable al dotar a los padres y madres de menores de seis años con discapacidad de los medios necesarios para la detección, diagnóstico, tratamiento o incluso orientación y apoyo familiar, de cuestiones relacionadas con la discapacidad, revolucionando, con ello, los recursos disponibles por ley para menores que sufran estas circunstancias. Sin duda, esta innovación asumida en la ley andaluza debe ser uno de los aspectos que resalten como aspectos vanguardistas para la evolución normativa en esta materia.

Este somero análisis de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía no solo acredita que dispone de un criterio legislador acertado y moderno que incluye las características más loables de las normas de finales del siglo XX, sino que es un ejemplo de modernización de las normas autonómicas tras la Convención y útil para determinar la senda a recorrer por aquellas autonomías que tomen la determinación de renovar su normativa de referencia al incorporar aspectos reformistas y novedosos que permiten aspirar realmente a un nuevo arquetipo de la accesibilidad.

Las palabras enunciadas en el análisis de la ley andaluza deben ser reproducidas y reiteradas con respecto a su homóloga aragonesa, ya que comparten estructura, así como un articulado y contenido genuinamente coincidente.

La Ley 8/2017, de 3 de agosto, de accesibilidad universal de las Illes Balears, la Ley 4/2017, de 27 de junio, de accesibilidad universal de la Región de Murcia, la Ley 13/2014, de 30 de octubre, de accesibilidad de Cataluña, la Ley 11/2014, de 9 de diciembre, de accesibilidad universal de Extremadura, así como la Ley 10/2014, de 3 de diciembre, de accesibilidad de Galicia, también reflejan la evolución derivada de la entrada en vigor de los acuerdos de la Convención, así

como los diversos textos de trasposición al ordenamiento jurídico español. Aun así, quizá son las normas de reciente creación con mayor similitud a la de las comunidades autónomas que no han actualizado su normativa, al no contemplar la accesibilidad en algunas materias que se habían considerado determinantes para el futuro, como el acceso a la información en el ámbito sanitario, manteniendo una orientación centrada en aspectos urbanísticos de edificios públicos y privados, así como al transporte.

Este bloque de leyes incardinadas en el grupo de normas post Convención contemplan y asumen el acceso a la información con carácter general en la relación con las Administraciones públicas, pero no abordan lo propio de manera específica en el sector sanitario, ni tampoco reconocen otra suerte de derechos en beneficio de las personas con discapacidad, como sí sucede con otras normas contemporáneas. Quizá esta situación sea más comprensible en los casos de Cataluña, Extremadura y Galicia que, al ser normas del año 2014, desarrollaron la tramitación de las mismas en el marco de una LGDPD que se encontraba en los primeros meses desde su entrada en vigor. Parece, por el contrario, menos asumible la idéntica situación de las Islas Baleares o Murcia que, tratándose de normas del año 2017, adolecen del abordaje de cuestiones de nueva interpretación que comentaremos.

Caso específico es la Comunidad Foral de Navarra cuya ley de referencia es la Ley Foral 12/2018, de 14 de junio, de Accesibilidad Universal, ya que, si bien se debería incluir en el mismo grupo de comunidades autónomas que reseñábamos anteriormente por centrarse excesivamente en materia urbanística y de transporte, contiene una propuesta jurídica interesante en sus artículos 38 a 40 al regular no solo la incorporación de los diversos medios tecnológicos a los recursos de la Administración pública, sino que realiza una específica referencia al diseño y configuración de las páginas web, aplicaciones móviles, y recursos de identificación en las mismas en los que invierta recursos económicos, centrándose en la Administración pública en el ámbito navarro conminándola, en cualquiera de sus entes, a crear entornos accesibles y libres de obstáculos, exigiendo además, que se desarrollen periódicamente controles que determinen si se está cumpliendo con los parámetros procedentes en materia de accesibilidad. Esta comunidad ha aprobado recientemente la Ley Foral 31/2022, de 28 de noviembre, de atención a las personas con discapacidad en Navarra y garantía de sus derechos.

Quizá en el ámbito de este grupo de normas autonómicas mencionado en los dos párrafos anteriores, pueda ser aconsejable iniciar un proceso de renovación de estas propias normas sin que tal modificación requiera un

esfuerzo complejo, al tratarse tan solo de incorporar nuevos derechos y garantías de indiscutible valor que sí se han venido reconociendo en otras comunidades autónomas.

Una de las últimas normas autonómicas de esta temática y rango, Ley 9/2018, de 21 de diciembre, de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la comunidad autónoma de Cantabria, debe ser destacada no solo por incluir la mayoría de los aspectos recogidos en sus equivalentes andaluza y aragonesa, sino por haber avanzado en el reconocimiento de otros derechos que abren paso a un nuevo bloque innovador con aspectos como el acceso a letrados/as y procuradores/As del turno de oficio que se encuentren incardinados/as en un servicio especializado y adaptado a personas con discapacidad; beneficios fiscales que compensen los gastos inherentes al tratamiento o sobrecostes ocasionados por el padecimiento de una discapacidad; participación política a través del desarrollo de medidas que garanticen el acceso a reuniones plenarias de carácter público así como en cualesquiera otras de interés general; o el derecho a la intervención social, mediante la participación de las personas con discapacidad en la planificación, ejecución, seguimiento y evaluación de todas las políticas que les afecten a través de entidades y asociaciones que les representen.

Por último, hay que citar la Ley 1/2023, de 31 de enero, de accesibilidad universal de La Rioja, que tiene por objeto:

> garantizar a todas las personas en la Comunidad Autónoma de La Rioja, y de manera específica a cualquier persona con discapacidad que presente movilidad reducida, dificultades de comunicación o con cualquier limitación sensorial o psíquica de carácter temporal, recurrente o permanente, la igualdad de oportunidades en relación con la accesibilidad universal, favoreciendo la autonomía de las mismas y su participación plena y efectiva en la sociedad, así como la eliminación de aquellas barreras que dificulten el acceso a los bienes y servicios.

Se trata de una norma en sintonía con la LGDPD y con la Convención.

Tras esta reflexión, pese a la crítica ejercida hacia algunas comunidades autónomas que deberían replantearse sus normas de referencia en materia de accesibilidad, no se puede obviar y dejar de reconocer el esfuerzo desarrollado y la evolución patente que se ha venido materializando en la última década bajo la influencia de las novedades consolidadas en el plano internacional.

# Derechos personales y vida privada y familiar

Por Cristina Guilarte Martín-Calero

## I. ALGUNAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES: MECANISMOS CIVILES DE ACCESIBILIDAD

Si atendemos al sentido amplio o fuerte de la accesibilidad como acceso a todos los bienes y derechos, conectado con la idea de capacidad, en su dimensión de posibilidad, puede observarse cómo, tradicionalmente, el ámbito de los derechos personales y familiares ha sido sustraído a la posibilidad de su ejercicio por parte de las personas con discapacidad por razones variadas, pero sobre todo por el carácter personalísimo de algunos de ellos. Se aprecia, no obstante, una marcada evolución positiva hacia la práctica accesibilidad de estos derechos, merced a reformas legales e interpretaciones judiciales que han llegado de la mano de la interiorización de la nueva filosofía y de los principios rectores de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 y, muy en particular, el derecho a ser titular y ejercer todos los derechos reconocidos en el citado instrumento internacional (artículo 12 de la Convención).

Quiero plantear algunas consideraciones preliminares que nos permitirán apreciar la importante evolución que se ha producido en la materia, al tiempo que nos permite comprender el origen de las distintas restricciones legales impuestas a las personas con discapacidad. No va a hacerse alusión en este momento a quién corresponde la toma de decisión, aspecto relacionado con el artículo 12 de la Convención, que está en íntima conexión con el artículo 23 de la Convención, al que me referiré luego, sino a los mecanismos que permiten la intervención de la persona en la toma de decisión, por sí misma o a través de terceros y, por tanto, garantizan, en principio, la accesibilidad del derecho en cuestión.

### a) La incapacidad patrimonial y su propagación a todas las esferas de la vida

Sin ánimo de exhaustividad debe recordarse aquí cómo, históricamente, la cuestión del ejercicio de los derechos o legitimación para actuar, se regulaba en los originarios códigos civiles continentales en sede contractual, por tanto, como cuestión de capacidad para contratar e intervenir en el tráfico patrimonial. Así, al regularse los requisitos esenciales para la validez del contrato, se aludía, en primer lugar, al consentimiento de las personas contratantes, disponiéndose, a continuación, que menores de edad y personas "incapaces" no tenían capacidad para contratar, y su actuación en el tráfico se articulaba a través de la representación legal; el propio legislador/a los excluía y a la vez les otorga un mecanismo legal que les permitía actuar en el tráfico. Ya se ha señalado en muchas ocasiones que al legislador de 1889 le importan los bienes y derechos patrimoniales y, por tanto, se ocupa de las relaciones patrimoniales de las personas menores y las consideradas incapaces y no se ocupa de sus relaciones personales y familiares, que no merecen la atención del legislador, lo que ilustra con nitidez su falta de reconocimiento legal, aquella prescindencia de la que habla Agustina Palacios.

Sin entrar a discutir su cuestionado encaje actual en el artículo 12 de la Convención, a nadie se le escapa que la sustitución operada a través de la representación legal en la esfera patrimonial es susceptible de controles y garantías; de salvaguardas que permitan controlar los beneficios de la conclusión del acto para el patrimonio de la persona sustituida y, por tanto, puede considerarse, *a priori*, como un mecanismo adecuado para permitir el acceso de las personas al tráfico patrimonial, que tiene unos requisitos legales cuya ausencia determina la exclusión de quienes no los cumplen; si la ley los excluye y no admitiera la representación legal, la persona no tendría acceso al tráfico jurídico patrimonial. Cuestión distinta sería plantearse, como así ha hecho la reforma de 2021, si tales requisitos excluyentes eran coherentes con la Convención.

Este automatismo, incapacidad total y privación de derechos, regulado en el Código Civil de 1889, vulnera el derecho a la vida privada de las personas ex artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que tienen derecho a una regulación que admita graduaciones y adaptaciones a su situación personal, patrimonial, familiar y comunitaria[176]. Por ello, con el paso del tiempo, los

[176] Vid. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Chtoukatourov c/ Rusia, 27 de marzo de 2008 o más recientemente, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos M.K. c/ Luxemburgo, 18 de mayo de 2021.

distintos ordenamientos jurídicos continentales han incorporado nuevos mecanismos de acompañamiento de las personas en la conclusión de sus actos y negocios jurídicos, como la llamada asistencia, que permite a la persona celebrar el acto o contrato por sí misma pero acompañada por una persona designada voluntariamente o judicialmente al efecto y que con su autorización valida el acto o negocio. Una vez más comprobamos cómo el mecanismo funciona eficazmente en el tráfico jurídico patrimonial, garantizando el protagonismo de la persona en la toma de decisión y la seguridad de los terceros[177].

Ahora bien, este esquema patrimonial, que exige la representación legal o la asistencia para la validez del acto o negocio está basado en una apreciación *in abstracto* de las personas incapaces/incapacitadas como personas que no tienen la suficiente capacidad de entender y querer (capacidad natural), elemento considerado imprescindible para que el consentimiento manifestado sea libre y consciente y, por tanto, las vincule contractualmente. Pues bien, esta configuración legal patrimonial se fue propagando a todas las esferas de la vida de la persona, a regulaciones ajenas a la contratación en sentido estricto, a las llamadas incumbencias personalísimas, donde la asistencia o la representación no se revelan tan adecuadas e incluso, en algunos casos, determinan la inaccesibilidad del acto o negocio personal a la persona con discapacidad.

Reténgase que aquí lo que interesa, o lo que siempre interesó, es cómo la representación legal y la asistencia otorgaban validez al acto que no podía impugnarse por falta de consentimiento del contratante; por tanto, una perspectiva contractualista, que perseguía la seguridad del tráfico y la protección de los terceros. Ello, además, aunque fuera secundariamente, garantizaba el acceso al tráfico jurídico-administrativo y patrimonial a la persona con discapacidad.

### b) Existencia de actos excluidos de la representación legal y la asistencia y, por tanto, inaccesibles a quienes se les aplica el estado civil de persona "incapaz" o incapacitada

Cuando esta concepción de las personas incapaces como sujetos carentes de capacidad, sometidos a un régimen legal que no distingue actos personales y patrimoniales y que se ha identificado con el tríptico incapacidad total o parcial —ineficacia jurídica de la propia voluntad por si sola— sustitución o acompañamiento por otra persona, se propaga desde la esfera contractual a

[177] La última tendencia en los derechos de nuestro entorno es buscar la adhesión de la persona al acto o negocio celebrado por otro, de acuerdo con su voluntad y preferencias.

todos los aspectos de la vida de una persona (esfera médica, personal y familiar), se impide, en la práctica, el acceso a la realización de determinados actos y toma de determinadas decisiones que, por su naturaleza personalísima, solo pueden ser concluidos por su titular, al que el ordenamiento jurídico solo permite actuar acompañado o a través de su representante.

En otros casos, la toma de decisión se deriva al representante o a la persona acompañada por el tercero designado, lo que también supone una injerencia en la esfera privada y familiar, si se realiza al margen de su voluntad y sus preferencias. Y en este sentido ya alertaba el Comité de los Derechos de las Personas con discapacidad cuando afirmaba que mantener la titularidad del derecho en la persona concernida y derivar su ejercicio al representante legal implicaba en muchos casos que el derecho no pudiera ser efectivamente ejercido atendida su naturaleza personal o personalísima[178].

Se aprecia cómo aquí no está en cuestión el igual reconocimiento de la persona con discapacidad ante la ley, sino dilucidar qué sucede en aquellos casos en los que, por su naturaleza intrínsecamente personal e intransferible, corresponde la decisión únicamente a la persona titular del derecho y esta se encuentra en una situación de discapacidad que afecta directamente al proceso de toma de decisión. Pensemos en el testamento, la donación, tener descendencia, interrumpir un embarazo, el derecho de sufragio, una operación de cirugía estética, dar un hijo o hija en adopción, etc. En estos casos, la accesibilidad del derecho estará en función de los niveles de exigencia de la regulación legal que, para garantizar el ejercicio del derecho, debería partir, a mi juicio, de la mera capacidad de entender el acto a realizar y querer las consecuencias que le son propias y, desde luego, ser apreciada aquella en el momento mismo de su conclusión. Esta ha sido la opción del legislador español en algunos de los actos de naturaleza personalísima que tendremos la ocasión de tratar en este informe (matrimonio, testamento ), también se ha derivado la toma de decisión a la persona representante, por ejemplo, en la esfera médica (artículo 9 de la Ley 14/2002) o a la autorización del juez (antiguo artículo 156 del Código Penal).

[178] En su Observación general núm. 1 el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11º Periodo de sesiones, 30 de marzo a 11 de abril de 2014, se apunta que, en la práctica, las personas con discapacidad se han visto privadas, en numerosas ocasiones, de sus derechos fundamentales, en particular, el derecho de sufragio activo, el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, los derechos reproductivos, los derechos parentales, el derecho a consentir las relaciones íntimas y los tratamientos médicos y el derecho a la libertad (punto nº 8); derechos que, en su mayoría, y como veremos, se adscriben a la esfera personal y familiar de las personas con discapacidad y que, al no admitir la sustitución o representación legal y, por tanto, la disociación titularidad y ejercicio, implican, en la práctica, una auténtica privación de la titularidad de aquéllos.

## c) Actos personales y actos personalísimos

En este punto conviene puntualizar qué se entiende por actos personales (aquellos de trascendencia personal y susceptibles de acompañamiento y representación legal), y por actos personalísimos (actos que solo pueden ser concluidos por su titular, excluyéndose legalmente el apoyo o la representación legal). Si es un acto personal, debe ser decidido por la persona acompañada, en su caso, por su apoyo informal, voluntario o legal y, solo si no puede expresar su voluntad, será concluido por un tercero (en nuestro derecho común, un/a curador/a con facultades de representación) y, en su caso, autorizado por el juez. En cambio, los actos personalísimos precisan que se conforme una voluntad interna, insustituible, intransferible, desencadenante del acto de que se trate. Ese desencadenante solo puede producirse en el titular, pues si se originara en el tercero las consecuencias deberían recaer en él. Hablamos de un sentir, un querer, un pensar que no es susceptible de acompañamiento —ya no sería libre, estaría sometido a influencia indebida— y no es posible que una tercera persona sienta, quiera o piense por nosotros y nosotras en tales aspectos. Pensemos en el deseo de contraer matrimonio, querer donar un bien, hacer testamento, donar un órgano, ejercer el derecho al voto o consentir la eutanasia.

Estos actos personalísimos requieren previsiones legales expresas que garanticen la accesibilidad, estableciendo cautelas y salvaguardas, judiciales o notariales, valorando la capacidad natural en el momento de la conclusión. Tales previsiones permitirían cumplir con el estándar de accesibilidad fuerte. En el siguiente apartado segundo, me referiré a tales actos.

## d) Salvaguardas: autorización judicial o aprobación judicial

En los sistemas continentales, la actuación de la autoridad judicial puede consistir en suplir la falta de consentimiento del titular (artículo 1320 del Código Civil; antiguos artículos 121 del Código Civil, reconocimiento de hijo extramatrimonial y artículo 156 del Código Penal, que regulaba la esterilización forzosa; artículo 9.6 de la Ley 41/2002 sobre si la decisión adoptada por los terceros no se adopta atendiendo al mayor beneficio para la vida o la salud del paciente) o en controlar la actuación llevada a cabo por terceras personas; este control puede ejercerse *ab initio*, hablamos de autorización, o puede ejercerse *in fine*, hablamos entonces de aprobación judicial.

La autorización judicial es una medida precautoria que se aplica en la esfera patrimonial para controlar los actos de la persona administradora o representante reputados como más arriesgados. Básicamente actos de

disposición en sentido amplio. En cuanto a su aplicación en la esfera personal, se aplica para controlar la legalidad de las actuaciones de terceras personas que vulneren o puedan vulnerar los derechos fundamentales y las libertades públicas de las personas (representantes legales, fuerzas del orden público, personal sanitario ).

En cuanto a la aprobación judicial, es instrumento indicado para aquellos actos cuya celebración es obligada para la persona representante (por ejemplo, partición de herencia) pero se impone su control para verificar su adecuada conclusión (o al menos no dañosa para los intereses de la persona con discapacidad).

Hago referencia a estas salvaguardas porque, en el nuevo sistema, al que me referiré a continuación, se imponen en la conclusión de actos personales llevados a cabo por las terceras personas (curador/a con facultades de representación) y no solo como forma de control del acto propuesto por la tercera persona (accesibilidad), sino como forma de garantizar que en su conclusión se respetaron la voluntad, los deseos y las preferencias (accesibilidad plena).

### e) La intervención de profesionales independientes

En otros casos, la accesibilidad al acto o negocio personalísimo queda sometida a la valoración de la capacidad natural de la persona por parte de una autoridad independiente y competente que garantiza que la manifestación del consentimiento es libre e informada; en nuestro derecho, esta función se confía a notarios y notarias (pensemos en el testamento o en el otorgamiento de un acuerdo notarial de apoyos), y a profesionales de la salud[179].

Junto a estas consideraciones generales extraídas de la regulación legal, cabe hacer una brevísima alusión a la aplicación judicial del sistema de incapacitación que ha regido los destinos de las personas con discapacidad intelectual o mental hasta tiempos recientes y que, a pesar de una reforma moderna y sensata del Código Civil en 1983 y de la regulación procesal en el año 2000, ha sido, en general, una aplicación judicial homogénea y automática, caracterizada por la existencia de pronunciamientos que declaraban “la incapacidad total y absoluta de la persona para gobernar su esfera personal y patrimonial”, seguida de un listado de actos que quedaban sujetos a la

[179] Compárese con el artículo 9.3.a) de la Ley 41/2002, que confía al criterio del médico o médica responsable de la asistencia determinar si el o la paciente es capaz de tomar decisiones.

representación del tutor o tutora y, en menor medida, a la asistencia del curador o curadora. Entre estos actos, como una suerte de formulario, se incluían actividades de la vida diaria, actos de naturaleza personalísima a los que el legislador otorga un régimen propio y que, como ya se ha visto, no deberían someterse a la asistencia ni a la representación legal: casarse, vivir en pareja, hacer testamento, portar armas o conducir vehículos a motor, a los que se añadían los actos recogidos en el antiguo artículo 271 del Código Civil (hoy, artículo 287). Pronunciamientos que abocaban, al decir de nuestro Tribunal Supremo, a la "muerte civil de las personas" que quedaban legalmente al margen de todas las decisiones que les afectaban, aunque el ejercicio de algunos de sus derechos estuviera garantizado por la asistencia o la representación legal, pero hablaríamos de una accesibilidad fuerte pero no plena.

Por tanto, a las exigencias legales propias del tráfico patrimonial que, en algunos casos dificultaban la accesibilidad fuerte, se añadían las previsiones incluidas en la sentencia de incapacitación y a las que debían sumarse todas aquellas previsiones legales referidas a los incapacitados[180] y que conformaban el llamado estado civil de incapacitación y que, en su conjunto, impedían la accesibilidad en su acepción fuerte y plena.

## II. EL PANORAMA ESPAÑOL TRAS LA ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL A LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK: DERECHOS PERSONALES Y DERECHOS PERSONALÍSIMOS

La reforma de la legislación civil en materia de discapacidad ha tenido por finalidad primera adaptar nuestras instituciones al artículo 12 de la Convención y a su interpretación por parte del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Observación general número 1).Se ha articulado un sistema de apoyos general, basado en la autodeterminación como manifestación de libertad y autonomía y que, en coherencia con los principios de necesidad y proporcionalidad, integra una pluralidad de apoyos formales e informales. Apoyos informales (guarda de hecho) y apoyos formales que, a su vez, pueden

[180] Piénsese que cuando se regulaba la capacidad para realizar determinado acto o negocio (plena capacidad, capacidad para disponer, capacidad para disponer y administrar, capacidad suficiente ), normalmente se acompañaba una previsión para las personas menores o incapacitadas que se derivaba al representante legal. Como muestra, el antiguo artículo 443 del Código Civil que establecía que las personas menores y las personas incapacitadas pueden adquirir la posesión de las cosas; pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor y hoy distingue, por una parte, la previsión para las personas menores de edad que es la misma que la regulación originaria, y, de otra, una previsión para las personas con discapacidad a cuyo favor se hayan establecido medidas de apoyo, que pueden usar de los derechos derivados de la posesión conforme a lo que resulte de estas. Se observa perfectamente cómo el legislador pasa de confiar el uso al representante legítimo en primer y único término, a reconocer su uso directo a la persona con discapacidad.

ser voluntarios (auto-curatela, acuerdos de apoyos y poderes preventivos), judiciales (curatela y defensor judicial) y legales (guarda legal de la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la función de apoyo en caso de urgencia y en defecto de medidas formales o informales que se estén aplicando eficazmente). De la nueva regulación resulta de interés remarcar algunas novedades que inciden de manera decisiva, a mi juicio, en la accesibilidad:

1. Un primer aspecto a resaltar es que hoy, además de un nuevo sistema de apoyos, muda la naturaleza de los mecanismos civiles (acompañamiento, asistencia o, excepcionalmente, representación legal) que ya no persiguen como finalidad principal la seguridad del tráfico y la protección de las terceras personas y, secundariamente, la accesibilidad al acto o negocio en cuestión. No se hace referencia expresa a las personas con discapacidad en el nuevo artículo 1263 del Código Civil (capacidad contractual que se destina solo a menores) y a las que solo se alude en los artículos 1301.4 y 1302.3 del mismo en materia de invalidez contractual. Hoy, la finalidad de los apoyos regulados en el Código Civil persigue garantizar la accesibilidad plena, cuando se establece, en su artículo 249, que la finalidad de todas las medidas de apoyo es permitir el libre desarrollo de la personalidad y el desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Si se invierten los términos resulta más clara aquella finalidad: si la medida de apoyo permite a la persona con discapacidad el desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad con las demás personas, por tanto, permite su actuación válida en derecho, incide directamente en el desarrollo de la personalidad (artículo 10) y, sin duda, es manifestación de su libertad. Ya se ha visto cómo, históricamente, la privación de la capacidad de decidir en determinados ámbitos, por ejemplo, en la esfera patrimonial, se propagaba a todos los espacios de decisión de la persona (personales, familiares, esfera de la salud...).

2. Un segundo aspecto importante es que el nuevo sistema impide que, en la práctica, se produzca esta situación, de una parte, porque, en el artículo 269 del Código Civil se prohíbe incluir en la resolución judicial la mera privación de derechos y, de otra, porque el acompañamiento se convierte en la fórmula principal y preferente que permite a la persona con discapacidad ser la protagonista de su propio proceso de decisión (artículo 250, párrafo 2 del Código Civil). Y, sobre todo, porque ya no existe el estado civil de incapacitado; ya no pueden imponerse limitaciones o privaciones de derechos en previsiones legales específicas; la persona solo queda sujeta a lo dispuesto en la resolución judicial.

3. Un tercer aspecto que quiero reseñar es que, en la nueva regulación, la perspectiva adoptada no es contractual, sino de derechos humanos. Al legislador le interesa el desenvolvimiento jurídico de la persona en condiciones de igualdad: su acceso al acto o negocio en condiciones de igualdad y por ello, para conseguir esta accesibilidad plena, el legislador impone unos deberes a quienes prestan los apoyos que recaen sobre el proceso para la toma de decisión en sus distintas fases. Para cumplir adecuadamente la función de acompañamiento la persona titular de la medida de apoyo debe procurar que la persona pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones. Para ello es imprescindible llevar a cabo una tarea de información, de explicación y razonamiento que permita a la persona expresar sus preferencias y conformar su voluntad. Según la antigua Relatora de los derechos de las personas con discapacidad, Catalina Devandas, la persona a través de este proceso debe: a) obtener y comprender la información; b) evaluar las posibilidades y consecuencias de la decisión; c) expresar y comunicar la decisión d) aplicar esta decisión. Expresamente se establece que las personas que presten el apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que acompañan. Esta vinculación a la voluntad y las preferencias se predica tanto de la función de acompañamiento o asistencia como en los casos excepcionales de representación. Por tanto, es obligación de la persona titular del apoyo determinar tal voluntad y preferencias y desplegar la función de apoyo o representación de acuerdo con ella. En aquellos casos en los que la situación de la persona impida determinar la voluntad, los deseos y las preferencias, se atenderá a la trayectoria vital de la persona, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiere tomado en consideración para la toma de tal decisión. Este aspecto es importante porque permitirá adoptar decisiones que, en principio, solo podría tomar la propia persona, como se ha visto en el apartado anterior.

4. También me interesa destacar que la reforma asume el mandato convencional recogido en el artículo 12, de suerte que, frente a la regulación anterior que verificaba que la persona no podía actuar o debía hacerlo acompañada, ahora se verifica la necesidad de ser apoyada en aquellos ámbitos en los que la toma de decisión aparece comprometida y, por tanto, las personas con discapacidad podrán concluir cualesquiera actos o negocios acompañadas por sus apoyos, sea cual sea su función de acompañamiento, asistencia o representación. Por tanto, la nueva filosofía que impregna la regulación del Código Civil

garantiza la accesibilidad fuerte, y el canon de la trayectoria vital garantiza la accesibilidad plena.

5. También es importante recordar que el legislador, en coherencia con el principio de autonomía, da preferencia a las medidas voluntarias como reflejo del derecho a la autodeterminación de las personas y estas medidas constituyen una vía para la accesibilidad de los derechos, toda vez que la actuación de la tercera persona tiene su origen en la voluntad de la persona otorgante, bajo sus indicaciones e instrucciones y respetando siempre su voluntad, sus deseos y sus preferencias.

6. En último término, debe recordarse también aquí que el artículo 287 del Código Civil, en su número primero, somete a la autorización judicial la realización por parte de la persona curadora con funciones de representación de actos de trascendencia personal y familiar. Recuérdese que el antiguo artículo 271 del Código Civil se limitaba al internamiento de la persona tutelada en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. En primer lugar, debe valorarse positivamente el reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad por sí misma y por sí sola en el ámbito personal y familiar; excepcionalmente, se abre la posibilidad de una función de representación que queda sometida al control judicial. También resulta muy adecuada la inclusión de un cauce general que permita efectuar un control de la actividad de la persona que ejerce la representación legal cuando actúa en la esfera personal y familiar de la persona representada. Hechas estas valoraciones positivas, debe recordarse que se trata de un ámbito en el que ha de propugnarse la mayor autonomía y autodeterminación de la persona, de suerte que el juez o jueza, debe verificar en primer término que esta no puede decidir por sí misma y que se trata de un acto personal pero no personalísimo.

De estas consideraciones cabe inferir, con carácter general, que todos los actos personales y patrimoniales están garantizados por una accesibilidad fuerte y plena en los casos de intervención de la persona acompañada por sus apoyos informales o formales, e incluso en caso de intervención de tercera persona de acuerdo con el canon de la trayectoria vital. Habrá accesibilidad pero no será plena, en aquellos casos en los que no pueda determinarse la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona, al desconocerse su trayectoria vital o si aquella ha estado siempre sometida a un régimen de representación legal, como sucede en casos de discapacidades graves tempranamente adquiridas. Esta

afirmación general debe ser matizada por la existencia, como ya se ha indicado en el apartado anterior, de actos de naturaleza personalísima que solo pueden ser concluidos por su titular y a los que me referiré a continuación.

## 1. La incidencia de la Convención de Nueva York en la configuración de los actos personalísimos: la posición del Tribunal Supremo

El legislador español siempre ha dispensado un trato diferenciado a aquellos actos que, dado su carácter personalísimo, solo pueden ser concluidos por su titular. En este sentido prescinde de la concurrencia de la "plena capacidad de obrar" en la conclusión de los denominados actos personalísimos y atiende, en estos casos, a la capacidad natural. Esto permite su conclusión a menores de edad y, en algunos casos como se verá, a personas con discapacidad mental o intelectual. El Código Civil establece para estos actos un expediente particular y concreto que permite su conclusión si se respetan los apoyos previstos para su eficacia jurídica. Se establece un procedimiento que permite constatar que la persona con discapacidad comprende el alcance del acto que realiza: acto concreto y momento concreto (expediente matrimonial, intervención judicial, juicio de capacidad notarial, apreciación del médico o médica que presta la asistencia).

Estos actos quedaban, en principio, sometidos a tal régimen especial y no debían ser incluidos en el listado de actos que la sentencia de incapacitación sometía a la representación del tutor/a o a la asistencia del curador/a. Si se hiciera, se prohibiría la realización de un acto que el ordenamiento jurídico permite si se acredita la capacidad suficiente y, en consecuencia, debería preservarse la capacidad y no negar a priori su realización. A pesar de ello, eran numerosas las sentencias (aun hoy tras la reforma alguna resolución judicial los incluye) que así lo hacían, cometiendo una doble vulneración: a) excluir el régimen legal preferente y principal previsto al efecto y b) imponer la asistencia o la representación a actos que por definición no la admiten. Así, las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013 y de 14 de octubre de 2015 imponen la asistencia del curador o curadora para la disposición *mortis causa* de los bienes. O la de 4 de noviembre de 2015, que la exige para testar, para el matrimonio, para conducir vehículos o manejar armas. Si se aplica la función del curador/a —asistir o impedir la conclusión del acto de que se trate— a aquellos actos, pronto se advierte que no puede efectivamente superponerse la asistencia del curador/a al otorgamiento del testamento ni al consentimiento matrimonial. Tampoco la autorización del acto por parte del curador/a, ni su oposición al mismo impiden, por ejemplo, la aplicación de los artículos del Código Civil

previstos para el testamento (artículo 665 del Código Civil) y para el matrimonio de persona con discapacidad (artículo 56.2).

Pues bien, el Tribunal Supremo en su labor de reinterpretación de las normas del Código Civil a la luz de la Convención de Nueva York, cambia de criterio y dicta importantes sentencias, antes de la reforma, que prohíben la inclusión de actos tales como el matrimonio o el testamento en la sentencia de modificación de la capacidad de obrar. En este sentido, la sentencia de 16 de mayo de 2017, ante la exclusión de la capacidad de testar determinada en la instancia, afirman, por primera vez, que "por tratarse de un acto personalísimo, para el otorgamiento de testamento habrá que estar a lo dispuesto en el artículo665, conforme al cual el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad"[181]. En el mismo sentido respecto del matrimonio, en la sentencia de 8 de noviembre de 2017 (nº 516) estima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (4ª) de 7 de diciembre de 2016 que incluye entre los actos prohibidos el matrimonio y el testamento; a este respecto concluye que estas limitaciones no pueden ser mantenidas, pues

> no sólo no se motiva qué circunstancias concurren en Dª Elsa para adoptarlas sino que, adoptadas genéricamente, son contrarias a los principios que rigen la protección de las personas con discapacidad  En ausencia de norma expresa que permita privar "in genere" de la capacidad para contraer matrimonio, debe considerarse que las personas con enfermedades mentales o deficiencias sí pueden contraerlo cuando puedan prestar válido consentimiento matrimonial, cuando posean la capacidad natural de entender y querer la unión matrimonial, lo que es posible tanto si la persona está incapacitada (lo confirma el artículo171.4ª Cc) como cuando, sin estarlo, adolezca de alguna deficiencia psíquica. Así resulta del tenor del artículo 56 CC vigente que exige que quienes deseen contraer matrimonio acrediten previamente que reúnen los requisitos de capacidad exigidos y, si alguno de los contrayentes está afectado por anomalías psíquicas, se exige dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.

En Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2018, el Alto Tribunal excluye el matrimonio de la esfera de intervención del curador que sí, en cambio, incluía, respecto del tutor, la sentencia recurrida.

Y, además, es importante destacar aquí que en otros importantes fallos se ha inclinado por declarar la validez del acto celebrado por la persona con

[181] Doctrina que se reitera en la Sentencia de 8 de noviembre de 2017 (nº 596), de 7 de marzo de 2018 y de 15 de junio de 2018.

discapacidad, matrimonio de persona con alzhéimer (Sentencia del Tribunal Supremo 15 marzo 2018[182]) y testamento de persona con oligofrenia leve a la que la sentencia de incapacitación le prohibía testar (Sentencia del Tribunal Supremo 15 marzo de 2018[183]) a los que se ha exigido la concurrencia de la mera capacidad natural.

## 2. Los actos personalísimos tras la reforma del Código Civil operada por la Ley 8/2021

En este punto no me voy a referir a actos de trascendencia familiar que serán tratados en el apartado cuarto de este informe y que han sido objeto de modificaciones importantes en 2021 y también en 2017. Voy a limitarme a dar cuenta, a grandes rasgos, de la nueva regulación del ejercicio de varios actos personalísimos, que es, a mi juicio, garante de una accesibilidad fuerte. En concreto voy a plantear las grandes líneas de la nueva regulación de la capacidad para testar, para otorgar el acuerdo de apoyos y para realizar una donación por tercero con el fin de ilustrar un cambio de paradigma, un propósito del legislador de hacer aún más accesibles también estos actos y negocios a las personas con discapacidad.

### a) El testamento otorgado por persona con discapacidad

Distingamos dos momentos para apreciar mejor el cambio de paradigma:

1º- Hasta la reforma de la Ley 8/2021, el artículo 665 del Código Civil tenía la redacción que le había dado la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos:

> Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará

[182] En esta sentencia, cuestionada la validez del matrimonio celebrado por una persona con discapacidad mental, el Alto Tribunal estima el recurso de casación al entender que no ha quedado suficientemente desvirtuada la presunción de capacidad para la prestación de consentimiento matrimonial y que la consideración del matrimonio como derecho humano derivado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la personalidad, también cuando se alcanza una edad avanzada, deben inclinar a reforzar el principio del favor matrimonii  Ni el estar incapacitado ni el padecer discapacidad intelectual son hechos que excluyan por sí mismos la aptitud para celebrar el matrimonio, (por ello) la sentencia recurrida restringe injustificadamente el derecho a contraer matrimonio, derecho reconocido a las personas con discapacidad por los tratados internacionales sobre derechos humanos y por la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad.

[183] Se reconoce en el artículo 665 del Código Civil un cauce adecuado para que la persona con la capacidad modificada judicialmente pueda ejercer la facultad de testar, sin condicionarlo a la inexistencia de pronunciamiento judicial al respecto.

dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad.

Esta redacción, que pretendía adaptarse al sistema de capacidad graduable instaurado por la reforma de 1983, resultaba, a mi juicio, criticable, toda vez que autorizaba la inclusión de un pronunciamiento sobre la capacidad de testar en la sentencia de incapacitación. Esto constituía una auténtica prohibición fundada en una valoración ex ante de la capacidad para testar, alejándose de nuestra tradición histórica recogida en la redacción originaria del artículo 665 Código Civil. Este admitía el otorgamiento de testamento en intervalo lúcido (con asistencia de dos facultativos que respondan de su capacidad). De forma parecida a cómo el artículo 3 Ley Orgánica del Régimen Electoral General obligaba a incluir un pronunciamiento sobre la capacidad para el sufragio activo.

El Tribunal Supremo en la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo (1ª) 146/2018, de 15 de marzo destaca claramente los siguientes aspectos:

1) El principio de presunción de capacidad, que ya resultaba de nuestro ordenamiento ha quedado reforzado por la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

2) De manera específica para el testamento, el artículo 662 del Código Civil establece que pueden testar todas aquellas personas a quienes la ley no lo prohíbe «expresamente». De esta manera se consagra legalmente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad, la excepción. En consecuencia, no cabe basar la falta de capacidad para testar ni en la analogía ni en la interpretación extensiva de otra incapacidad.

3) Conforme a las reglas sobre la capacidad para otorgar testamento, debe atenderse al estado en el que quien testa se halle al tiempo de otorgar el testamento (artículo 666 del Código Civil). Por eso, el testamento hecho antes de la «enajenación mental» es válido (artículo 664). Por eso también el notario o notaria debe asegurarse de que, a su juicio, tiene quien testa la capacidad necesaria para testar (artículo 685 Código Civil).

4) Con el fin de garantizar la suficiencia mental del testador/a, para el otorgamiento de testamento por la persona con la capacidad modificada judicialmente, el artículo 665 del Código Civil impone una garantía especial adicional que consiste en el juicio favorable a la capacidad para testar que deben emitir dos facultativos. El

testamento será válido si se otorga conforme a las formalidades exigidas por el artículo 665 y no se desvirtúa el juicio de capacidad del notario/a favorable a la capacidad de testar mediante otras pruebas cumplidas y convincentes.

Esta era, como ya se vio, la interpretación de nuestro Tribunal Supremo: **con independencia del pronunciamiento contenido en la sentencia de incapacitación o modificación de la capacidad, podía otorgarse testamento, observando las garantías contenidas en el artículo 665 del Código Civil**. Fortalecimiento, pues, de la accesibilidad.

2º- La reforma de 2021, tras afirmar con carácter general el artículo 662 del Código Civil (que no ha sido modificado) que pueden testar "todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente", según el nuevo artículo 663 del Código Civil, no puede testar, además de las personas menores de catorce años, "la persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello". Se suprime, pues, toda referencia a quien habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio, a pesar de lo cual el artículo 664 continúa diciendo inopinadamente que "el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido". La redacción del artículo 663.2º resulta enrevesada y parece referirse a quien no tiene capacidad natural.

Más respetuoso con la Convención de Nueva York resultaba el texto de reforma que proponía la Comisión de Codificación que, con una fórmula abierta, amparaba a todas las personas: "Si el que pretende hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundadamente al Notario de su aptitud para otorgarlo, antes de autorizarlo, este designará dos facultativos que previamente le reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud".

A lo largo de la tramitación parlamentaria, se modifica el texto en el sentido siguiente:

- desaparece la exigencia del dictamen médico: como es sabido, desde el modelo social de la discapacidad se perciben con disfavor todas las reminiscencias del modelo médico-rehabilitador y, por ello, al igual que se intentó en la reforma del artículo 56.2 del Código Civil, se suprime este dictamen. A mi juicio, hubiera sido deseable, desde este modelo social de la discapacidad propugnado por la Convención de Nueva York, que este dictamen se acompañara de un informe social y de la audiencia de las personas próximas al testador para que el notario o notaria pueda hacerse una idea más precisa de la capacidad conservada. En todo caso entiendo que no hay inconveniente alguno

en que el notario/a pueda recabar tal información para fortalecer su valoración y conjurar una ulterior responsabilidad.

- en el nuevo artículo 665 se alude a la comprensión (capacidad de entender qué es el testamento y querer las consecuencias que le son propias) y a la manifestación o expresión.

En relación con la comprensión resulta de interés la Sentencia del Audiencia Provincial de Badajoz (Secc. 2ª) 632/2020, de 14 de septiembre, que introduce un nuevo argumento que considero importante: aunque existen testamentos muy complejos y de difícil comprensión, también podemos encontrarnos con testamentos de contenido muy sencillo. Por ello, el artículo 663 del Código Civil permite hacer testamento a partir de los catorce años. En este sentido, la Audiencia provincial considera como un contenido sencillo de entender para ese testador concreto que los bienes pasen a su muerte a las hermanas que han cuidado de él, y que no quiere que los bienes pasen a aquellos hermanos que han dejado de tener relación con él. Con ello se evita el juego de las reglas de la sucesión intestada que, en este caso, provocarían el reparto de los bienes entre todos los hermanos del causante incapacitado[184].

En este punto se origina una controversia en torno a la posibilidad de conformar tal voluntad con los correspondientes apoyos. En este sentido, hay quienes defienden que es posible que la persona otorgante lo haga asistida por sus apoyos formales o informales (Amunátegui, Domínguez Luelmo, Valls Xufré ) y quienes sostenemos que no es posible, atendida la naturaleza personalísima del testamento y sus particularidades, admitir una asistencia a la conclusión del acto que, en poco, se diferenciaría de una sustitución, manipulación, influencia indebida y, muy probablemente, conflicto de intereses. Es a la expresión de la voluntad a la que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley del Notariado y el posible apoyo —más bien ajuste— y que da respuesta al artículo 13 de la Convención.

Y es aquí donde para mí (aunque sin duda ya se llevaba a efecto por los notarios y notarias conforme a la regulación anterior y en todo caso de otorgamiento de testamento, no solo el otorgado por la persona con discapacidad), tiene justificación la siguiente novedad del precepto:

Lo más novedoso del artículo 665 del Código Civil es su inciso final, conforme al cual el notario/a debe procurar que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y

[184] En una magnífica intervención, el notario Isidoro Lora-Tamayo defendió la capacidad para testar de las personas con discapacidad porque en su práctica mayoría conocen los fundamentos de la sucesión: saben que van a morir y saben a quién quieren dejar sus bienes.

razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias. Función que también se le impone en la Disposición transitoria tercera de la Ley 8/2021 para el caso de que la persona quiera modificar o completar los poderes y mandatos preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley. También en este caso, si fuera necesario, el notario/a, en el cumplimiento de sus funciones, debe procurar que la persona desarrolle su propio proceso de toma de decisiones ayudándole en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias.

Y es por ello que consideramos que el notario/A es un apoyo *ex lege* o institucional como prefiere denominarlo el notariado, porque la función que se le encomienda es la misma que el artículo 249 del Código Civil impone a las personas titulares de las medidas de apoyo y ello no supone, como se ha sostenido, una posible confusión entre la función notarial y las medidas de apoyo voluntarias o judiciales.

Sigue resultando aplicable la jurisprudencia del Tribunal Superior en el sentido de que "el juicio notarial de la capacidad de testar, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dados el prestigio y la confianza social que merecen en general los Notarios, no conforma presunción *iuris de iure*, sino *iuris tantum*, que cabe destruir mediante prueba en contrario". Tras la Ley 8/2021, se pronuncia expresamente el Auto del Tribunal Supremo de 6 octubre 2021. Se trata del caso de una impugnación del testamento otorgado ante notario, por falta de capacidad. El Tribunal Supremo ratifica la doctrina según la cual la prueba de la falta de capacidad del testador se debe estimar en términos de probabilidad cualificada.

En último término, se discute si la persona con discapacidad tiene acceso a todas las formas de testar o solo podría otorgar testamento notarial abierto, entendiendo que es exigencia el juicio notarial de capacidad. Quienes se inclinan por la primera opción entienden que solo así se respeta la Convención pues prohibir el testamento ológrafo o el testamento cerrado se estaría ante una discriminación por razón de discapacidad prohibida en el artículo 5 de la Convención y que resultaría de aplicación al testamento ológrafo y al cerrado otorgado por la persona con discapacidad el mismo trato que al otorgado por cualquier persona. A mi juicio, al entender el juicio de capacidad y la función desempeñada por el notario/a como un apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas, se estaría dando cumplimiento al artículo 12 de la Convención y no se trataría de una discriminación. Se previene la captación de voluntad, la influencia indebida o el abuso. Pero lo

cierto es que el legislador nada ha establecido al respecto. Se recomienda, en todo caso, el testamento notarial abierto y así debe concienciarse a las personas con discapacidad pues es garantía de que su voluntad surtirá los efectos que le son propios.

### b) El otorgamiento del acuerdo de apoyos

En esta medida se aprecia con claridad el cambio de paradigma que trae consigo la Convención. La persona con discapacidad que necesita apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica, y que conforme al viejo sistema estaría excluida de la toma de decisión en este ámbito, es protagonista del acto jurídico destinado a formalizar los apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica y podrá adoptar su decisión acompañada o asistida por sus apoyos formales o informales (guardador/a de hecho, curador/a o tutor/a si estamos en un procedimiento de revisión conforme a la Disposición Transitoria 5ª). Sin esta medida de apoyo, el nuevo sistema habría resultado incompleto e insuficiente, al dejar fuera de las medidas voluntarias a todas las personas que tienen una necesidad de apoyo actual, ya que el resto de las medidas previstas se conectan a la planificación anticipada de los apoyos (mandato preventivo y autocuratela).

Considero un acierto la exigencia de escritura pública para la constitución del acuerdo, pues la presencia del notario o notaria, avalada por su prestigio, independencia y experiencia, se erige en una salvaguarda legal que garantiza la ausencia de abusos, conflictos de intereses e influencia indebida. En este punto, considero imprescindible que el notario/a se entreviste separadamente con la persona con discapacidad para asegurarse de que la voluntad, los deseos y las preferencias manifestadas en el diseño del acuerdo de apoyos no obedece a influencia indebida, ni a un exceso de paternalismo. Y, sin duda, deberá informar, asesorar sobre las opciones existentes, ayudar en la comprensión y razonamiento e indagar sobre la voluntad, deseos y preferencias a fin de consignar las salvaguardas que conjuren los abusos, la influencia indebida y sobre todo que garanticen el respeto de la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona.

El notario o notaria son, pues, apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica y salvaguarda legal, lo que no obsta para que la persona acuda acompañada de su apoyo, formal o informal.

Es importante destacar que el legislador omite cualquier referencia a la capacidad, o a una situación que le impida prestar consentimiento en coherencia con la interpretación del Comité, en la Observación general número 1, donde se mantiene que la capacidad legal y la legitimación para actuar son dos facetas

que no pueden separarse, de suerte las previsiones que fijen un estándar de capacidad requerido para la conclusión de un acto serían contrarias a la Convención. En este sentido, se incluyen normas *disability neutral* y que, por tanto, se aplican a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad. ¿Significa esto que todas las personas pueden otorgar un mandato preventivo, acordar apoyos en escritura pública o adoptar medidas personales o patrimoniales en previsión de una futura curatela? Entiendo que no. Ello no será posible en aquellas situaciones en las que la persona con discapacidad, a pesar de haberse desplegado todos los esfuerzos necesarios, a pesar de culminarse todos los pasos que integran el proceso de toma de decisión, este no culmina en la conformación de una voluntad libre e informada, a pesar del acompañamiento de sus apoyos formales o informales en el proceso de toma de decisión.

No establecer un estándar de capacidad *in abstracto* para la conclusión de determinados actos exige atender a la situación de cada persona en concreto, con el objetivo de favorecer su participación en el proceso con los correspondientes apoyos. Ello es coherente con los postulados de la Convención. Ahora bien, en sede de medidas voluntarias, y en particular en los acuerdos de apoyos, es forzoso reconocer que se impone una gran responsabilidad a los notarios/as que deberán encontrar el difícil equilibrio entre favorecer la autonomía de las personas y evitar situaciones que respondan a abuso de debilidad, influencia indebida y captación de voluntad. Todo ello sin contar con informes de profesionales sociales y sanitarios que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso; o con informes de la entidad pública que, en el territorio, tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia de las personas con discapacidad; o de una entidad del tercer sector de acción social que informe sobre las eventuales alternativas de apoyo y sobre las posibilidades de prestarlo sin requerir la adopción de medida alguna por parte del notario/a. Pensemos que no existe en el Código una previsión de esta naturaleza que hubiera estado muy indicada; aunque entiendo que nada impide al notario/a recabar aquellos informes que contribuirán decisivamente a diseñar un régimen de apoyos más adaptado a la situación de la persona (informes de las asistentes sociales, trabajadores/as sociales, entidades colaboradoras del tercer sector, el facilitador del artículo 7 De La Ley de Enjuiciamiento Civil...).

En este punto conviene recordar aquí la conveniencia de valorar la extensión de un acta previa en la que quede reflejado el proceso previo a la constitución efectiva del acuerdo de apoyos. La razón es doble: a) según la circular 2/2021, el juicio de capacidad en la escritura ha de ser sintético, no descriptivo, expresando la apreciación del notario/a sin acompañarse de razones o justificaciones); b) ello respeta la intimidad y privacidad de la persona con

discapacidad. Por ello el acta previa tiene la virtualidad de recoger el proceso para la valoración de la aptitud del requirente para conocer el alcance de su acuerdo de apoyo. Así se recomienda en la circular 2/2021 pero naturalmente deberá el notario/a, en función del proceso y el contenido del acuerdo de apoyo, extender acta previa o no.

### c) La donación realizada por curador/a con facultades de representación

En la normativa originaria del Código Civil se prohibía a los tutores y tutoras donar o renunciar a cosas o derechos pertenecientes a la persona menor o "incapacitada" (artículo 275 Código Civil). En el artículo 166 del mismo no se incluye este tipo de disposición entre los actos que pueden realizar las personas titulares de la patria potestad por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa autorización judicial. Se trata, a mi juicio, de una medida coherente con la especial naturaleza del acto en cuestión y con la dificultad de disociar el *animus donandi* y la titularidad del bien donado, Así lo expresa gráficamente Lacruz, es preciso que sea "en cada caso el titular del patrimonio quien estime los merecimientos o necesidades del donatario o el afecto que le profesa, y la propia capacidad de sacrificio en relación con su situación familiar y patrimonial"[185].

Por esta razón, pudiera en principio parecer una facultad de representación excesiva concedida, en su día, al tutor/a y hoy al curador/a con facultad de representación. Se prohíbe, por ejemplo, al tutor o tutora en el derecho francés con alguna excepción (artículo 509 del Código Civil) y, sin embargo, una reciente decisión de la *Cour de Cassation* ha admitido su conclusión en nombre de persona protegida, como forma de garantizar el ejercicio del derecho y de respeto a la voluntad pretérita[186].

En este sentido, considero que solo debería admitirse si se hace una interpretación conforme a los principios rectores del nuevo sistema de apoyos. En este contexto de necesidad de apoyos, distingamos:

Por un lado, la constitución de curatela como medida formal: es altamente probable que la disposición a título gratuito sea un acto incluido en la resolución judicial, atendido su carácter siempre perjudicial (aunque benéfico para el espíritu) y la conveniencia de un acompañamiento para su válida conclusión. Al igual que para el resto de los actos, el curador/a asistencial deberá acompañar a la persona en la toma de decisión, proporcionando información, explicando las

[185] Lacruz Berdejo, J.L., *et al*. (2009). Derecho de Obligaciones. Contratos y Cuasicontratos. Delito y Cuasidelito. (5ª ed., Vol. 2). En J.L. Lacruz (Dir.), *Elementos de Derecho Civil* (Tomo II, p. 91). Dykinson.
[186] Cour de Cassation Civile 15 de diciembre de 2021, nº21-70022.

consecuencias del acto y sus implicaciones patrimoniales y, finalmente, asintiendo la conclusión de la donación si hay expresión de una voluntad que obedece a los deseos de la persona donante y si no hay influencia indebida ni abuso por parte de terceras personas.

Por otro lado, para el caso de que se atribuyan a la persona curadora facultades para realizar actos de disposición a título gratuito, considero importante tener presentes las siguientes consideraciones que fortalecen la accesibilidad con importantes salvaguardas:

En principio, se considera cuestionable el sistema implantado en el Código Civil tras la Reforma de 1983 en el artículo 271.9.º y que hoy es asumido por el legislador de 2021 en el artículo 287.3º y que tuvo su origen en los avatares de la tramitación parlamentaria del precepto. Ahora bien, debe reconocerse que, a la luz de la Convención de Nueva York y de los principios rectores del nuevo sistema de apoyos, pueden derivarse algunas bondades de esta regulación. Hay un argumento que justificaría su admisión en esta sede y que no es trasladable, en cambio, a las personas titulares de la patria potestad. Me refiero a la actuación del curador/a con facultades de representación en aquellos casos en los que la situación de la persona no le permite expresar su voluntad, sus deseos y sus preferencias, pero aplicando el canon de la trayectoria vital, la prospectiva de su voluntad y sus deseos con base en su trayectoria de vida avala la conclusión de la donación. ¿No debiera ser autorizada por el juez esta disposición? Si todos los años al llegar la Navidad la persona hacía una especial contribución a Cáritas, ¿denegará el juez o jueza la autorización por considerar la donación perjudicial para el patrimonio de la persona protegida? ¿O considerará que esta se concluye en su interés entendido este como el respeto a su voluntad pretérita y a sus deseos manifestados en el pasado? Es esta segunda lectura la que, a mi juicio, debe prosperar, de suerte que, en coherencia con la Observación general número 1 del Comité de Naciones Unidas de los Derechos de las Personas con Discapacidad, se garantiza el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas (artículo 12 de la Convención). Por tanto, en esta sede, puede considerarse que la legitimación del curador/a con facultades para disponer a título gratuito es positiva porque, de una parte, garantiza el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona tutelada y, de otra, evita una actuación irreflexiva o interesada del curador/a, al condicionar su conclusión a la autorización del juez o jueza. Se conjura el riesgo, sin anular la oportunidad. Se garantiza, pues, la accesibilidad del derecho.

Esta ha sido la posición del legislador belga que establece como regla general la exclusión de la representación en la disposición a título gratuito

(artículo 497/2 del Código Civil), pero admite su posibilidad en el caso de que la persona no pueda expresar su voluntad (artículo 499/7-4 del Código Civil) con autorización del juez de paz. Con ello se ha pretendido dar cauce a un *animus donandi* derivado de sus actos pasados (donación por razón de matrimonio a los descendientes en la época anterior) o de una voluntad pretérita expresada claramente de forma escrita u oral. El juez/a autorizará la donación si queda probada tal voluntad, a lo que se añade que liberalidad no coloque al donante o a sus alimentistas en situación de indigencia[187].

Se observa, pues, con nitidez, cómo se abren cauces para garantizar la accesibilidad fuerte de derechos que, hasta la fecha, quedaban vedados a las personas con discapacidad[188] y que es, precisamente, en algunos casos, el canon de la trayectoria vital el que justifica su ejercicio.

## 3. Los actos personalísimos regulados en otras normas legales

En este punto simplemente haré alusión a aquellos actos personalísimos que no caen dentro de la vida privada (como la transexualidad, eutanasia) y familia (interrupción del embarazo, esterilización) y que han sido reformados totalmente (derecho al sufragio activo) o parcialmente (donación de órganos, consentimiento informado).

### a) El derecho de sufragio activo como una cuestión de ciudadanía y no de capacidad

Una brevísima alusión a esta cuestión que durante mucho tiempo ha estado ligada a los procesos de incapacitación pues, a tenor de lo establecido en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG), debían las sentencias de incapacitación manifestarse sobre la privación o conservación del derecho al sufragio activo de la persona incapacitada. Tras la incorporación de la Convención al derecho español, el Tribunal Supremo (en la misma línea que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 20 de mayo de 2010, asunto Alajos Kiss contra Hungría), dictó varias sentencias en las que imponía la necesidad de justificar la privación de este derecho fundamental en el caso concreto, huyendo de automatismos que vulneraran el derecho de

[187] Demortier, A., *et al*. «Le nouveau régime des incapacités sous le prisme du droit patrimonial de la famille", en N. Dandoy (Dir.), *La protection des personnes majeures*, (pp. 143-144). Larcier.

[188] Insisto en que conforme a la regulación anterior era difícil autorizar una donación que es acto perjudicial por naturaleza, y desde una perspectiva estrictamente conservativa de patrimonio ajeno debiera descartarse su autorización. Sin entrar en detalles, su posibilidad se debió a una mala tramitación parlamentaria que le dispensó el mismo trato que a las prohibiciones que afectaban a los cargos tutelares.

participación en la vida política de las personas con discapacidad, reconocido en el artículo 29 de la Convención de Nueva York. Claramente se señalaba que no se podía privar de este derecho al incapacitado como una consecuencia automática o necesaria de la incapacitación[189].

Pues bien, aunque se constataba una tendencia jurisprudencial a la conservación del derecho de voto en la persona protegida, se revelaba perentoria una actuación del legislador que reformara el artículo 3 de la LOREG y no se conectara la privación del derecho de voto al proceso de modificación de la capacidad de obrar. Aducíamos a favor de la supresión, que esta medida ni protege a la persona con discapacidad ni evita un perjuicio a la sociedad, al ser su elección una entre varias opciones legítimas. Si la persona con discapacidad tiene la necesidad de expresar su opinión debe considerarse entonces que puede hacerlo sin hacer recaer sobre ellas un mayor rigor y una mayor exigencia sobre la seriedad y reflexión observadas en el proceso de formación de opinión que al resto (piénsese en personas sin formación, personas no incapacitadas con discapacidad mental o intelectual, personas que banalizan el acto de votar, eligiendo al azar cualquier opción ).

Pues bien, este debate doctrinal y jurisprudencial ha sido zanjado por la aprobación de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio de Régimen Electoral General *para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad*, en cuya virtud, se da nueva redacción al apartado segundo del artículo 3 que establece:

> Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera. Y se añade una disposición adicional octava que determina que, A partir de la entrada en vigor de la Ley de modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General para adaptarla a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, quedan sin efecto las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio establecidas por resolución judicial fundamentadas jurídicamente en el apartado 3.1. b) y c) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, ahora suprimidas. Las personas a las que se les hubiere limitado o anulado su derecho de sufragio por razón de discapacidad quedan reintegradas plenamente en el mismo por ministerio de la ley[190].

[189] Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013, de 1 de julio de 2014, de 3 de junio de 2016, de 16 de mayo y de 27 de septiembre de 2017.

[190] Igualmente, en Francia, la Ley nº2019-222 *du* 23 *mars* 2019 ha modificado el código electoral, suprimiendo la obligación del juez/a de decidir sobre el mantenimiento o supresión del derecho al voto en el momento de abrir o revisar una medida de protección (antiguo artículo L.5) y se establece en el artículo L.72-1 que "*le majeur protégé exerce personnellement son droit de vote pour lequel il ne peut être représenté para la personne chargée de la mesure de protection le concernant".* Al existir en Francia, la posibilidad de otorgar representación

## b) La donación de órganos por donante vivo.

El artículo cuarto de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos establece que:

La obtención de órganos procedentes de un donante vivo, para su ulterior injerto o implantación en otra persona, podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que el donante sea mayor de edad.

b) Que el donante goce de plenas facultades mentales y haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión. Esta información se referirá a las consecuencias previsibles de orden somático, psíquico y psicológico, a las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como a los beneficios que con el trasplante se espera haya de conseguir el receptor.

c) Que el donante otorgue su consentimiento de forma expresa, libre y consciente, debiendo manifestarlo, por escrito, ante la autoridad pública que reglamentariamente se determine, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción, obligado este también a firmar el documento de cesión del órgano. En ningún caso podrá efectuarse la extracción sin la firma previa de este documento.

A los efectos establecidos en esta Ley, "no podrá obtenerse ningún tipo de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquiera otra causa, no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente".

d) Que el destino del órgano extraído sea su trasplante a una persona determinada, con el propósito de mejorar sustancialmente su esperanza o sus condiciones de vida, garantizándose el anonimato del receptor.

e) Si el donante fuese una persona con discapacidad que cumpla los requisitos previstos en los apartados anteriores, la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todas

para el ejercicio del derecho de sufragio activo, se prohíbe, para evitar la *captatio*, que la persona beneficiaria de una medida de protección otorgue *procuration* al mandatario judicial y a las personas físicas que se encargan de su cuidado y asistencia (artículo L.72-1. nº1, nº2 y nº3 *Code electoral*).

las personas, de manera que le resulten accesibles y comprensibles a su tipo de discapacidad.

Este último apartado se incorpora por el artículo 5.1 de la Ley 26/11 de 1 de agosto de adaptación a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Se observa cómo se establece un control *in concreto* de la capacidad natural de entender y querer que se regula en el Título II, *De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas*, en el Capítulo X, *De la extracción de donantes vivos*, y que se confía al juez/a que deberá autorizar o no la extracción en función de la existencia de un consentimiento expreso, libre y consciente.

Artículo 78. Ámbito de aplicación y competencia.

1. Se aplicarán las normas de este Capítulo a los expedientes que tengan por objeto la constatación de la concurrencia del consentimiento libre, consciente y desinteresado del donante y demás requisitos exigidos para la extracción y trasplante de órganos de un donante vivo por la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, y las demás normas que la desarrollen.

2. Será competente para conocer de estos expedientes el Juez de Primera Instancia de la localidad donde haya de realizarse la extracción o el trasplante, a elección del solicitante.

Artículo 79. Solicitud y tramitación del expediente.

1. El expediente se iniciará mediante solicitud del donante o comunicación del Director del Centro sanitario en que vaya a efectuarse la extracción o persona en quien delegue, que expresará las circunstancias personales y familiares del donante, el objeto de la donación, el centro sanitario en que ha de efectuarse la extracción, la identidad del médico responsable del trasplante o extracción o en el que se delegue y se acompañará el certificado médico sobre la salud mental y física del donante, emitido de conformidad con lo dispuesto en la normativa correspondiente.

Para la actuación en estos expedientes no será necesaria la intervención de Abogado o Procurador.

2. A la comparecencia se citará al médico que ha de efectuar la extracción, al médico firmante del certificado a que se refiere el apartado anterior, al médico responsable del trasplante o en quien delegue y a la persona a quien corresponda dar la autorización para la intervención, conforme al documento de autorización para la extracción de órganos concedida al centro sanitario de que se trate o en quien este delegue.

3. El donante deberá otorgar su consentimiento expreso ante el Juez durante la comparecencia, tras oír las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción y las de los demás asistentes al acto. El Juez podrá asimismo requerir de estos las explicaciones que estime oportunas sobre la concurrencia de los requisitos exigidos en la ley para el otorgamiento del consentimiento.

Artículo 80. Resolución.

1. Si el Juez considerara que el consentimiento prestado expresamente por el donante no lo ha sido de forma libre, consciente y desinteresada, o no se cumplieran los otros requisitos establecidos legalmente, no extenderá el documento de cesión del órgano.

2. En caso contrario y si estimara que se han cumplido los requisitos legales, extenderá por escrito el documento de cesión del órgano que será firmado por el interesado, el médico que ha de efectuar la extracción y los demás asistentes. Si alguno de ellos dudara de que el consentimiento prestado haya sido de forma expresa, libre, consciente y desinteresada, podrá oponerse a la donación.

3. Del documento de cesión, en el que se hará constar la posibilidad que tiene el donante de revocar el consentimiento en cualquier momento previo a la intervención, se facilitará copia al donante.

## c) El consentimiento informado

El consentimiento informado en el ámbito de la salud y la información que le precede como requisito esencial para la manifestación válida de aquel, han sido calificados por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional como derecho fundamental integrado en el derecho a la integridad física[191]. Su regulación, inspirada en el Convenio de Oviedo de 1997[192], se encuentra en la

[191] En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 12.01.2001 (RJ 2011, 3) considera que el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizadas a la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derecho a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo.
[Vid. asimismo la Sentencia del Tribunal Supremo 11.05.2001 (RJ 2001, 6197)]. Por su parte el Tribunal Constitucional lo concibe como la garantía de un derecho fundamental, el de la integridad física y moral, en su vertiente de autodeterminación en las decisiones sobre el propio cuerpo (Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, 28.03.2011).

[192] El Convenio relativo a los derechos humanos y a la biomedicina (Convenio de Oviedo, 4 de abril de 1997), tras establecer que las intervenciones en el ámbito de la salud sobre menores y mayores que no tengan capacidad para expresar su consentimiento solo podrán efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley, determina que la opinión de la persona menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez (artículo 6.2) y que la persona mayor deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que define el consentimiento informado como "la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud" (artículo 3). La previsión del consentimiento de las personas que precisan apoyos se acoge en el Capítulo IV, bajo la rúbrica "el respeto de la autonomía del paciente", en el apartado tercero del artículo 9. Este precepto ha sufrido distintas reformas para ampliar o reducir la capacidad de las personas menores de edad y de las mayores vulnerables y para introducir medidas de accesibilidad en la toma de decisiones en el ámbito de la salud.

Por lo que aquí interesa, la referencia al "incapacitado legalmente", al que se excluye de forma automática del proceso de toma de decisión en el campo de la salud como una consecuencia refleja del proceso de incapacitación y sin atender, en absoluto, a la capacidad conservada, se mantiene hasta la Reforma de 2015[193], en donde por primera vez, se remite el legislador a la sentencia de modificación de la capacidad, de suerte que, solo será admisible el consentimiento por representación cuando así lo determine la sentencia (artículo 3.b). Esta modificación tiene gran importancia pues en las redacciones previas se excluía por ley la actuación de los incapacitados en el ámbito médico —por tanto, siempre y en todo caso— y hoy la regla es la capacidad para consentir que podrá ser, en su caso, afectada por decisión judicial: se otorgará el consentimiento por representación "cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia".

Este precepto ha de ser interpretado a la luz de los principios que inspiran el nuevo sistema de apoyos. En este sentido, la autoridad judicial podrá imponer la asistencia en la esfera de la salud (curatela de la salud) y, excepcionalmente, atendida la situación en que se encuentra la persona o en la que puede encontrarse, podrá otorgar la facultad de representación para el caso de que la persona no pueda expresar su voluntad, ni siquiera acompañada por su curador o curadora.

En todo caso, considero que, si la resolución judicial nada establece, el o la paciente puede, en principio, consentir, a no ser que el médico/a responsable, aplique la cláusula general dispuesta en el apartado a) de este mismo artículo:

procedimiento de autorización (artículo 6.3) y en todo caso serán tomados en consideración los deseos expresados con anterioridad con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad.

[193] Reforma operada por la Disposición Final Segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio.

"cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de la situación, si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho". Esta es la regla general, a no ser que la sentencia establezca la denominada curatela de la salud, en cuyo caso se estará a lo allí dispuesto y si, excepcionalmente, atendida la situación en que se encuentra la persona, se atribuye la función de representación en cuestiones de salud, consentirá el curador/a. La función de apoyo del curador/a en este ámbito requiere una especial sensibilidad, un exquisito respeto a la voluntad, preferencias y deseos de la persona, de suerte que si se trata de curatela asistencial deberá procurar que en el proceso de toma de decisión la persona "exprese su voluntad, previa comprensión del acto médico y sus consecuencias sobre la vida y la salud". Si la persona no puede consentir por sí misma, ni acompañada por su curador/a, adoptará la decisión de este con pleno respeto al canon de la trayectoria vital[194].

En esta ley especial, y en esta sede, solo está prevista la intervención judicial en el otorgamiento del consentimiento por representación en un supuesto muy concreto recogido en el apartado sexto que establece que

> en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

Queda claro que las decisiones que adopte el curador/a sobre la esfera de la salud no requieren la autorización judicial del artículo 287.1º y quedan únicamente sometidas al control de la autoridad judicial si se trata de decisiones contrarias para la vida o la salud de la persona sometida a curatela y, en su caso, deberán constar en el informe sobre la situación de la persona que puede exigir

[194] Expresamente el artículo 9.3.7. establece que
La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.

la autoridad judicial durante la vigencia de la medida de apoyo o en el momento de la revisión de la medida.

## d) La ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica

El artículo 4.2 se destina a regular el consentimiento de menores y personas incapacitadas y lo reconduce al representante legal; expresamente establece:

> Se otorgará el consentimiento por representación cuando la persona esté incapacitada legalmente o sea menor de edad, siempre y cuando no existan otras alternativas para la investigación.
>
> La prestación del consentimiento por representación será proporcionada a la investigación a desarrollar y se efectuará con respeto a la dignidad de la persona y en beneficio de su salud.
>
> Las personas incapacitadas y los menores participarán en la medida de lo posible y según su edad y capacidades en la toma de decisiones a lo largo del proceso de investigación.

Por su parte, en el artículo 20, bajo la rúbrica "Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento", se establecen las siguientes cautelas:

> 1. La investigación sobre una persona menor o incapaz de obrar, salvo que, en atención a su grado de discernimiento, la resolución judicial de incapacitación le autorizase para prestar su consentimiento a la investigación, únicamente podrá ser realizada si concurren las siguientes condiciones:
>
> a) Que los resultados de la investigación puedan producir beneficios reales o directos para su salud.
>
> b) Que no se pueda realizar una investigación de eficacia comparable en individuos capaces de otorgar su consentimiento.
>
> c) Que la persona que vaya a participar en la investigación haya sido informada por escrito de sus derechos y de los límites prescritos en esta Ley y la normativa que la desarrolle para su protección, a menos que esa persona no esté en situación de recibir la información.
>
> d) Que los representantes legales de la persona que vaya a participar en la investigación hayan prestado su consentimiento por escrito, después de haber recibido la

información establecida en el artículo 15. Los representantes legales tendrán en cuenta los deseos u objeciones previamente expresados por la persona afectada. En estos casos se actuará, además, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 4 de esta Ley.

2. Cuando sea previsible que la investigación no vaya a producir resultados en beneficio directo para la salud de los sujetos referidos en el apartado 1 de este artículo, la investigación podrá ser autorizada de forma excepcional si concurren, además de los requisitos contenidos en los párrafos b), c) y d) del apartado anterior, las siguientes condiciones:

a) Que la investigación tenga el objeto de contribuir, a través de mejoras significativas en la comprensión de la enfermedad o condición del individuo, a un resultado beneficioso para otras personas de la misma edad o con la misma enfermedad o condición, en un plazo razonable.

b) Que la investigación entrañe un riesgo y una carga mínimos para el individuo participante.

c) Que la autorización de la investigación se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Esta regulación debe ser interpretada a la luz de los nuevos principios que rigen el proceso de toma de decisión de las personas con discapacidad, por ello, deberá entenderse que: a) toda persona mayor de edad podrá manifestar su consentimiento para participar en una investigación clínica; b) si precisare apoyos en la toma de esta decisión, lo hará acompañada por ellos, tras dar cumplimiento a los deberes que a estos impone el artículo 249 del Código Civil; y c) si no pudiera determinarse la voluntad de la persona, podrá autorizar la participación el curador/a con funciones de representación siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el precepto y siempre que se obtenga la autorización judicial, toda vez que se trata de un acto personal y a ellos se refiere el artículo 287.1 del Código Civil.

## III. ACCESIBILIDAD Y DERECHO A LA VIDA PRIVADA

Para dar una visión más completa del derecho a la vida privada, creo que es oportuno no limitarse a lo dispuesto en el artículo 22 de la Convención, que a mi juicio no plantea especiales dificultades desde el punto de vista de la accesibilidad. Debe completarse con lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que recoge el respeto del derecho a la vida

privada y familiar, y especialmente, con la interpretación amplia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en su concepción dinámica de este derecho incluye el derecho a la identidad (el derecho a conocer los orígenes biológicos, el derecho al nombre), el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la autodeterminación y autonomía como derecho que ampara las distintas opciones vitales del individuo  No se trata aquí de hacer un estudio sistemático de esta interpretación jurisprudencial sino más bien de verificar si aquellos derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico español y que tendrían cabida en esta amplia interpretación del derecho a la vida privada cumplen con el estándar de la accesibilidad fuerte. Me estoy refiriendo a la ley sobre la identidad sexual aún en vigor, si bien existe en el momento de redactarse este informe una polémica reforma al respecto, y a la ley sobre la eutanasia.

Por lo que se refiere al artículo 22 de la Convención se dispone:

> 1. Ninguna persona con discapacidad, independientemente de cuál sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación. Las personas con discapacidad tendrán derecho a ser protegidas por la ley frente a dichas injerencias o agresiones.
>
> 2. Los Estados partes protegerán la privacidad de la información personal y relativa a la salud y a la rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

Se trata de la concreción de derechos fundamentales recogidos en el artículo 18 de la Constitución española y que tienen sus mecanismos de defensa constitucional y civil y que alcanzan a todas las personas, también a las personas con discapacidad. Cuestión que puede revelarse problemática y que está en conexión con el derecho a la libertad es la vulneración de estos derechos como consecuencia de situaciones de institucionalización voluntaria e involuntaria y sometimiento a las normas, a veces invasivas, que rigen este tipo de establecimientos. En todo caso, entiendo que deberá ponderarse en tales casos el consentimiento prestado y el alcance de la vulneración, a través de las vías legales establecidas al efecto.

El artículo 18 de la Constitución española establece:

> 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

> 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
>
> 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
>
> 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

Se observa, en este precepto, como el consentimiento de la persona o, en su defecto, la autorización judicial son requisito de inexcusable cumplimiento para que la intromisión pueda ser considerada legítima. Tales exigencias se predican también de las personas con discapacidad a las que resultarán de aplicación las reglas generales que hemos expuesto en el apartado anterior: consienten por sí mismas y por sí solas si tienen capacidad natural suficiente, o acompañadas de sus apoyos formales. Igualmente tienen legitimación activa para atacar la vulneración de estos derechos que se produce al no mediar consentimiento ni autorización judicial.

En particular, la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen declara, en su artículo 1.3, que estos derechos son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo segundo de esta ley. Respecto del consentimiento, en línea con lo ya apuntado en los apartados anteriores, se incluye una previsión especial para las personas menores edad y para aquellas personas “incapaces” en el artículo 3:

> 1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.
>
> 2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez.

Por tanto, se aplican las reglas generales expuestas y existen salvaguardas en forma de autorización del Ministerio Fiscal y el juez. ¿Dónde puede presentarse dificultad? En la prestación del consentimiento si se dedujere que no ha sido libre y consciente y, por tanto, válido. Aquí, se entendería que ha existido vulneración y la persona quedaría amparada por la protección civil y

constitucional. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/2013, de 16 de diciembre (conocida como "Crónicas Marcianas") sostuvo que

> la valoración de si existe o no el consentimiento expreso exigido en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982 como causa excluyente de la ilicitud de un derecho irrenunciable, no puede hacerse depender únicamente de una declaración judicial de incapacidad. (...) Supondría no tener en cuenta que los derechos reconocidos en el artículo 18.1 de la Constitución española aparecen como derechos fundamentales derivados sin duda de la «dignidad de la persona» que reconoce el artículo 10 de la Constitución española, por lo que en el análisis a realizar se han de tener en cuenta otros principios y derechos constitucionales vinculados directa o indirectamente al artículo 18.1 de la Constitución española; sólo así es posible determinar la existencia o no de la infracción constitucional aducida[195].

Se exige, pues, la existencia de la capacidad natural, es decir, la capacidad de entender y querer.

Veamos ahora si queda garantizada la accesibilidad fuerte en la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. En el capítulo II se establecen los requisitos para que las personas puedan solicitar la prestación de ayuda para morir y las condiciones para su ejercicio. En la "Exposición de motivos" se declara que

toda persona mayor de edad y en plena capacidad de obrar y decidir puede solicitar y recibir dicha ayuda, siempre que lo haga de forma autónoma, consciente e informada, y que se encuentre en los supuestos de padecimiento grave, crónico e imposibilitante o de enfermedad grave e incurable causantes de un sufrimiento físico o psíquico intolerables. Se articula también la posibilidad de solicitar esta ayuda mediante el documento de instrucciones previas o equivalente, legalmente reconocido, que existe ya en nuestro ordenamiento jurídico.

Pues bien, a parte las críticas que pudieran hacerse a la utilización del término "plena capacidad de obrar" —que nada aporta y que, hasta la reforma operada por la Ley 8/2021, excluiría *ab initio* a quienes tenían modificada su capacidad de obrar y por tanto no quedaría garantizada la accesibilidad fuerte—, en el texto queda mejor definida la capacidad para consentir, siendo lo verdaderamente relevante, y como no podía ser de otra forma en el ejercicio de un derecho personalísimo como este, la exigencia de la capacidad natural; es decir, consentimiento prestado de forma autónoma, consciente e informada. A ello se suman los supuestos para los que está admitida tal solicitud, idénticos para todas las personas.

[195] Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 2013, Fundamento Jurídico 6º (RTC 2013\208).

Se incorpora una definición de consentimiento informado en el artículo 1.a): "la conformidad libre, voluntaria y consciente del paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada". Asimismo se incorpora una definición de situación de incapacidad de hecho como "situación en la que el paciente carece de entendimiento y voluntad suficientes para regirse de forma autónoma, plena y efectiva por sí mismo, con independencia de que existan o se hayan adoptado medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica" y que permite acudir a los documentos de instrucciones previas. Los preceptos que resultan de interés a nuestros efectos son el artículo 4 y el artículo 5.1.:

Artículo 4. Derecho a solicitar la prestación de ayuda para morir.

1. Se reconoce el derecho de toda persona que cumpla los requisitos previstos en esta Ley a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir.

2. La decisión de solicitar la prestación de ayuda para morir ha de ser una decisión autónoma, entendiéndose por tal aquella que está fundamentada en el conocimiento sobre su proceso médico, después de haber sido informada adecuadamente por el equipo sanitario responsable. En la historia clínica deberá quedar constancia de que la información ha sido recibida y comprendida por el paciente.

3. En los procedimientos regulados en esta Ley, se garantizarán los medios y recursos de apoyo, materiales y humanos, incluidas las medidas de accesibilidad y diseño universales y los ajustes razonables que resulten precisos para que las personas solicitantes de la prestación de ayuda para morir reciban la información, formen y expresen su voluntad, otorguen su consentimiento y se comuniquen e interactúen con el entorno, de modo libre, a fin de que su decisión sea individual, madura y genuina, sin intromisiones, injerencias o influencias indebidas.

En especial, se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que pueden necesitar en el ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en el ordenamiento jurídico.

Artículo 5. Requisitos para recibir la prestación de ayuda para morir.

1. Para poder recibir la prestación de ayuda para morir será necesario que la persona cumpla todos los siguientes requisitos:

a) Tener la nacionalidad española o residencia legal en España o certificado de empadronamiento que acredite un tiempo de permanencia en territorio español

superior a doce meses, tener mayoría de edad y ser capaz y consciente en el momento de la solicitud.

Entiendo que la "capacidad" a la que se hace referencia aquí, en una interpretación coherente con la posición mantenida en este informe, es la capacidad natural de entender y querer.

Por tanto, puede concluirse que queda garantizada la accesibilidad fuerte que, además se acompaña de previsiones específicas para las personas con discapacidad relacionadas con las medidas de accesibilidad y diseño universales y los ajustes razonables que resulten precisos. Se garantiza así que la persona recibe la información, forma y expresa su voluntad y otorga su consentimiento. Existe una preocupación por el proceso para la toma de esta decisión de la persona con discapacidad.

Por lo que se refiere a la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, se permite, en su artículo 1, a "toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello", solicitar la "rectificación de la mención registral del sexo. La rectificación del sexo conllevará el cambio del nombre propio de la persona, a efectos de que no resulte discordante con su sexo registral". Vemos cómo nuevamente se conecta la conclusión de un acto personalísimo a tener capacidad suficiente que nos lleva una vez más a la capacidad natural de entender y querer. Por tanto, accesibilidad fuerte que se mantiene en el texto proyectado, actualmente en tramitación parlamentaria[196].

Una adecuada interpretación de las exigencias legales para el acceso al ejercicio de los derechos, en sintonía con la reforma 8/2021, permite avanzar en la línea de la accesibilidad fuerte en el marco de los derechos integrados en la vida privada.

[196] En el Proyecto de Ley para la Igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, Serie A, 12 de Septiembre de 2022, núm.113-1, se hace referencia a las personas con discapacidad en el artículo 38.3:
*l*as personas con discapacidad podrán solicitar, con las medidas de apoyo que precisen, la rectificación registral de la mención relativa al sexo. En el artículo 39.11 se dispone que cuando se trate de personas con discapacidad, en el procedimiento de rectificación registral de la mención relativa al sexo, se garantizarán los medios y recursos de apoyo, materiales y humanos, incluidas las medidas de accesibilidad y diseño universales que resulten precisas para que reciban la información, formen y expresen su voluntad, otorguen su consentimiento y se comuniquen e interactúen con el entorno, de modo libre.
Y en el artículo 40 se responsabiliza del procedimiento a la persona encargada del Registro civil. Cabe oponer dos reparos a esta regulación, aún provisional: una que debería exigirse expresamente la capacidad natural al tratarse de un acto personalísimo, aunque se infiere de la regulación de conjunto, y dos, en ese caso, la persona con discapacidad manifiesta su consentimiento sin las medidas de apoyo que precise que nunca deberían imponerse para este acto.

## IV. ACCESIBILIDAD Y DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La primera parte del artículo 23 de la Convención se destina a conminar a los Estados a tomar las medidas precisas para terminar con la discriminación que sufren las personas con discapacidad en materia familiar. Se refiere, de modo general, al matrimonio, a la familia, a las funciones parentales y a las relaciones personales de naturaleza familiar. Aspectos que se regulan a continuación, separadamente y, distinguiendo según sean los padres y madres o los hijos o hijas los que tienen discapacidad. Esta norma persigue, en definitiva, que las personas con discapacidad ejerciten sus derechos en igualdad de condiciones con las demás personas, suprimiéndose las consecuencias discriminatorias de la discapacidad en materia familiar. Pues bien, aquí se tratarán las instituciones relacionadas con el derecho a fundar una familia y que, desde tiempo atrás, constituyen grave discriminación de las personas con discapacidad (número primero): el matrimonio (apartado a), la decisión de tener hijos (apartado b) y, estrechamente relacionada con esta, la esterilización recogida en el apartado siguiente (apartado c). En el capítulo cuarto se tratará el derecho a la vida familiar en el que se integran, según la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las relaciones personales mantenidas en el seno de la familia (números 2º, 3º, 4º y 5º del artículo 23 de la Convención) que no deben, según determina la Convención, quebrarse por la discapacidad sufrida por uno de sus miembros.

### 1. El derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad

El derecho a contraer matrimonio y fundar una familia se reconoce al hombre y la mujer a partir de la edad núbil en todos los textos internacionales de derechos humanos. Así en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales que remite, además, a las leyes nacionales que regulan su ejercicio (capacidad, prohibiciones y exigencias formales). Se estima que las limitaciones o prohibiciones impuestas por los Estados parte no pueden reducirlo o restringirlo hasta el punto de afectar a su propia sustancia, por tanto, no pueden implicar, en la práctica, la prohibición del ejercicio del derecho o la exclusión automática de un grupo determinado, como por ejemplo, las personas que se encuentran en prisión. Además, y en línea con la lucha contra los matrimonios forzados y con la protección de la infancia, no se considera vulnerado el derecho a contraer matrimonio por el establecimiento de una edad núbil legal superior a la exigida,

por ejemplo, por la religión de los contrayentes o por el impedimento de ligamen (en prevención del delito de bigamia) o del parentesco por afinidad.

Es importante subrayar, tal y como apunta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que el derecho reconocido en artículo 12 del CEDH no prevé ningún motivo que justifique la injerencia del Estado, como sucede en el artículo 8.2 del CEDH (prevista en la ley y necesaria en una sociedad democrática para proteger la salud, la moral o la protección de los derechos y libertades de terceros), de suerte que, respecto del derecho a contraer matrimonio y en atención al margen de apreciación reconocido a los Estados, el control de convencionalidad solo deberá verificar si la injerencia es arbitraria o desproporcionada. Por su parte, la Convención de Nueva York en el artículo 23.1.a) exige que se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges. Del tenor literal del precepto se colige que solo la edad y el consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges son requisitos del matrimonio de las personas con discapacidad, a los que naturalmente habrán de sumarse las condiciones de ejercicio previstas con carácter general en la legislación nacional (impedimentos, formalidades, publicidad ) y que no deberían contener, en principio, alusiones a las personas con discapacidad. Si se combina la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y lo dispuesto en la Convención, la legislación nacional no puede establecer normas limitativas o prohibitivas del derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad que sean arbitrarias o desproporcionadas.

La Constitución española, en su artículo 32, reconoce el derecho a contraer matrimonio, sin referirse a él de forma muy precisa y remitiéndose a la ley para la regulación concreta de los requisitos de validez del matrimonio que se desarrollan en la Ley de 7 de julio de 1981. Esta ley, que reforma en profundidad la institución matrimonial, aunque en línea con los antecedentes históricos apuntados, va más allá y se limita a prohibir el matrimonio de las personas menores de edad no emancipadas y de las que se hallen ligadas por vínculo matrimonial previo (artículo 46 del Código Civil). De manera que la referencia a las personas con discapacidad mental o intelectual no se encuentra en las condiciones de acceso al matrimonio, sino en la tramitación del expediente matrimonial que acoge una regla procedimental especial que permite al instructor/a asegurarse la aptitud para consentir de las futuras personas contrayentes, y por tanto, la aptitud para contraer válidamente matrimonio. Esto a tenor de lo establecido en el artículo 45 ("no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial") y el artículo 73.1º ("es nulo cualquiera que sea su celebración: el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial").

A lo largo de la tramitación del expediente matrimonial el instructor/a debe asegurarse de que existe consentimiento matrimonial y, para ello, el legislador de 1981 articula un mecanismo que permitía verificar la concurrencia de capacidad natural en el momento concreto y ello con independencia de la situación de incapacitación o no incapacitación de las futuras personas contrayentes. A tal efecto se incluía la siguiente previsión: "si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre aptitud para prestar el consentimiento". Este dictamen médico tiene por único objeto acreditar si el contrayente afectado por las anomalías psíquicas tiene conciencia de la naturaleza y los efectos del matrimonio y del estado matrimonial. Recabado el informe, este constituye la clave para la autorización del matrimonio, de suerte que, en la práctica totalidad de los casos estudiados, se deniega esta cuando aquel es desfavorable y, en alguna ocasión, incluso, aun siendo favorable, queda vedada la celebración del matrimonio

En este trámite puede apreciarse un control de la influencia indebida y de la simulación que impiden la celebración del matrimonio. Como ya se indicó las personas con discapacidad mental e intelectual son fácilmente influenciables y el expediente previo, a través de la entrevista reservada, personal y por separado de las personas contrayentes, es el momento adecuado para detectar si la voluntad de contraer matrimonio es libre y no ha sido la persona con discapacidad manipulada por el otro contrayente que perseguiría, fraudulentamente, las ventajas anudadas a la institución matrimonial. En este sentido, el elemento de extranjería más la fragilidad de la persona con discapacidad son antecedentes determinantes que exigen un particular celo en el instructor/a del expediente.

Se parte de que la capacidad para contraer matrimonio no es la plena capacidad de obrar, no se requiere que los contrayentes estén en pleno goce de sus facultades mentales e intelectuales, basta la capacidad natural, el discernimiento suficiente para conocer el compromiso que adquieren. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 en la que, cuestionada la validez del matrimonio celebrado por una persona con discapacidad mental, el Alto Tribunal estima el recurso de casación al entender que no ha quedado suficientemente desvirtuada la presunción de capacidad para la prestación de consentimiento matrimonial y que la consideración del matrimonio como derecho humano derivado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la personalidad, también cuando se alcanza una edad avanzada, deben inclinar a reforzar el principio del favor matrimonial. Ni el estar incapacitado ni el padecer discapacidad intelectual son hechos que excluyan por sí mismos la aptitud para celebrar el matrimonio, (por ello) la

sentencia recurrida restringe injustificadamente el derecho a contraer matrimonio, derecho reconocido a las personas con discapacidad por los tratados internacionales sobre derechos humanos y por la Convención.

En conclusión, puede afirmarse que el artículo 56.2 del Código Civil y su aplicación por los operadores jurídicos no ha despertado especiales críticas. Al contrario, se le considera respetuoso con el *ius nubendi* de las personas con discapacidad psíquica o intelectual, al favorecer su celebración —que constituye la regla general— si concurre la capacidad natural de entender qué es el matrimonio y de querer los efectos que le son propios.

Este artículo 56.2 se reforma por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria que pretendía adaptar el precepto a los postulados de la Convención: "Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Secretario Judicial, Notario, Encargado del Registro civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento". Esta nueva redacción introduce dos novedades respecto del texto procedente de la reforma de 1981:

a) Se especifican los sujetos que han de solicitar el dictamen, sin duda, para expresar su obligatoriedad sea cual sea el cauce elegido por las personas contrayentes para la celebración del matrimonio.

b) Para adaptar la terminología del Código Civil que habla de deficiencias y anomalías psíquicas, más propia de modelo médico-rehabilitador, el legislador adopta la definición del artículo 1 de la Convención que incluye en las personas con discapacidad a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. Se prescinde, naturalmente, de las deficiencias físicas que en nada afectan a la prestación del consentimiento y, sin embargo, y sin duda por inadvertencia, se mantienen las deficiencias sensoriales que, al igual que las físicas, no tienen repercusión en la aptitud para consentir, toda vez que son aquellas que afectan a los sentidos y abarcan la discapacidad visual y la auditiva, pero también otras como la discapacidad gustativa, olfativa o la discapacidad somatosensorial (falta de sensibilidad al tacto, calor, frío y dolor ).

Esta nueva redacción provocó una esperable reacción del movimiento asociativo de la discapacidad que obligó a adoptar una Resolución-circular de 23 de diciembre de 2016 con el fin de clarificar los criterios de interpretación y aplicación respecto de la documentación exigida a las personas contrayentes

que estuvieren afectados por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales[197]. Esta Resolución circular tiene gran importancia desde el momento en que consigna una interpretación correctora y extensiva de la norma que va a ser adoptada en su integridad en la reforma posterior del texto legal y que responde a las reivindicaciones del movimiento asociativo que, como veremos, a continuación, no modifica en lo sustancial el artículo 56 en su redacción inicial, aunque sí subraya el reconocimiento en abstracto de la capacidad para contraer matrimonio de todas las personas con discapacidad.

La Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio de jurisdicción voluntaria, da nueva redacción del párrafo segundo del artículo 56 del Código Civil y reproduce el contenido de la Resolución circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de diciembre de 2016 que se reitera, como segundo párrafo, en el apartado quinto del artículo 58 de la Ley del Registro Civil:

> El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.

Las novedades introducidas son dos: a) recabar la provisión de apoyos humanos técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento y b) sustituir las referencias a la discapacidad mental,

[197] Se declara que debe interpretarse siempre de manera estricta y en relación a supuestos excepcionales en los que la discapacidad afecte de forma evidente e impeditiva, aun proporcionados los apoyos precisos, a la capacidad para prestar el consentimiento, y lógicamente no a aquellos supuestos en que la discapacidad afecte tan sólo a los medios, canales o soportes de emisión de ese consentimiento o nada tenga que ver ni guarde relación con la aptitud para prestarlo. En consecuencia, procede establecer como criterio de aplicación que la exigencia por parte del letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro civil o funcionario que tramite el acta o expediente matrimonial, de dictamen médico sobre la aptitud para prestar consentimiento de aquellos contrayentes que estuvieren afectados por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se deberá entender limitada exclusivamente a aquellos casos en los que la deficiencia afecte de forma sustancial a la prestación del consentimiento por el interesado en cuestión. En caso de contrayentes que presenten estas deficiencias y siempre con el propósito de favorecer la celebración del matrimonio, el letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro civil o funcionario que tramite el acta o expediente matrimonial podrá recabar el auxilio y la colaboración de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad en la provisión de los apoyos humanos, técnicos y materiales precisos que faciliten la emisión, la interpretación y la recepción del consentimiento. En todo caso, la resolución adoptada por la autoridad competente será susceptible de ser recurrida de conformidad con el régimen de recursos previsto en la legislación registral.

intelectual o sensorial por la expresión "cuestiones de salud". Esta nueva redacción no merece, a mi entender, un juicio favorable. Hubiere sido preferible eliminar la referencia a la discapacidad sensorial y mantener la discapacidad mental e intelectual como factor que "puede" incidir en la validez del consentimiento, que es lo único que, inicialmente, contemplaba el precepto: la aptitud para prestar el consentimiento matrimonial. Hablar de salud es equívoco e inexacto. El mismo legislador hace referencia a la enfermedad o estado físico de las personas contrayentes, por ejemplo, en el matrimonio celebrado en peligro de muerte (artículo 52 del Código Civil) y no habla de salud que parece un término demasiado amplio para acotar situaciones excepcionales.

En todo caso, parece que la redacción dada al artículo 56 que quería remarcar el carácter excepcional de la limitación para contraer matrimonio de las personas con discapacidad, ha optado por una regulación que subraya el carácter excepcional del dictamen, que incluye referencias a personas que anteriormente quedaban plenamente excluidas del ámbito del precepto y, la nueva expresión "cuestiones de salud" es tan amplia, que casa mal con la vocación restrictiva del precepto.

En definitiva, tal y como señala la Sentencia de 8 de noviembre de 2017, en la redacción del artículo 56 del Código Civil dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio (y que todavía no está en vigor), se profundiza en esta tendencia al prever que, al tramitar el expediente matrimonial, solo en el caso excepcional de que alguna de las personas contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento. De esta forma, se refuerza el desarrollo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, cuyo artículo 23 establece la obligación de los Estados parte de evitar la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio y la familia y, con este fin, reconocer "el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges".

¿Constituye esta regla especial —el dictamen médico— destinada a asegurar la validez del matrimonio una injerencia desproporcionada o arbitraria desde el prisma del artículo 12 del CEDH? ¿Constituye una discriminación por razón de discapacidad definida en el artículo 2 de la Convención? ¿Es la regla especial o el medio propuesto, el dictamen médico, lo que se considera improcedente? La última reforma del Código Civil permite intuir que alguna de

estas consideraciones se opone a la regulación de un procedimiento *ad hoc* para el matrimonio de las personas con discapacidad, cuando se establece, a instancias del movimiento asociativo, el carácter excepcional del dictamen médico.

Para responder adecuadamente a la cuestión formulada es necesario tener presente la finalidad que persigue el control de la existencia y veracidad del consentimiento que no es otra que la validez del acto cuya celebración se autoriza. En este sentido, es acertada la perspectiva de la Dirección General de los Registros y del Notariado y del Tribunal Supremo, cuando afirman que exigir la capacidad natural para contraer matrimonio es coherente con su configuración como derecho humano y, por lo tanto, respetuoso con los textos internacionales de derechos humanos de referencia (artículo 12 del CEDH y artículo 23 de la Convención). Ahora bien, su calificación como negocio jurídico exige una voluntad libremente formada y no aquejada de vicios invalidantes, que debe acreditarse ante el instructor del expediente quien deberá auxiliarse de cuantos informes y pruebas precise para asegurarse de su existencia. Y en este trámite procedimental se articula un instrumento de verificación que auxilia al instructor/a en la fase de control del consentimiento: el dictamen médico, que no debe verse como un obstáculo al *ius connubi* sino al contrario, como un elemento que permite sostener la validez del matrimonio y prevenir la influencia indebida. Por tanto, alineado con el artículo 12 de la Convención que impone a los Estados la obligación de garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio de su capacidad jurídica en iguales condiciones con los demás (que concluyen válidamente actos y negocios jurídicos) y evitar la influencia indebida.

No solo es susceptible de control el consentimiento en el matrimonio de las personas con discapacidad mental o intelectual, también lo es en el matrimonio *in articulo mortis* o en el matrimonio de complacencia; en estos casos, existen circunstancias (la discapacidad mental o intelectual, la inminencia de la muerte o el elemento de extranjería) que pueden afectar a la validez del consentimiento y, por ello, para despejar las dudas y a fin de conjurar la nulidad, se imponen determinadas cautelas, en nuestro caso, el dictamen médico que el legislador ha extendido al matrimonio celebrado en peligro de muerte. Además, tal cautela permite detectar la existencia de influencia indebida, consecuencia de la fragilidad o vulnerabilidad que, a veces, presentan las personas con discapacidad mental o intelectual, dependientes de su entorno y de las personas que les dispensan atención y cuidados. Esta cautela cumpliría con la obligación impuesta a los Estados parte de establecer las salvaguardias adecuadas para impedir los abusos en general y la influencia indebida en particular en el ejercicio del *ius connubi* de las personas con discapacidad.

Por ello, acaso podría cuestionarse, no el establecimiento de cautelas que se ha visto no son arbitrarias, sino la naturaleza de las mismas. En este sentido, es bien conocido el rechazo del modelo social de la discapacidad a los dictámenes médicos considerados más propios del modelo médico rehabilitador, de suerte que una propuesta holística sería más conforme con aquel modelo y, en este sentido, podría proponerse la necesidad de recabar, además, un informe social de la persona contrayente. Este informe puede ser recabado hoy por el instructor/a del expediente a tenor de lo establecido en el artículo 58 Ley del Registro Civil, pero su carácter preceptivo, sin duda, contribuiría a la normalización del modelo social de la discapacidad.

Pues bien, como conclusión nos parece que estas cautelas no deben ser de carácter excepcional, como propone la redacción del nuevo artículo 56 del Código Civil. Lo que es excepcional y, por tanto, de interpretación restrictiva, es la limitación o privación del derecho a contraer matrimonio, de suerte que, como ya señalara la Dirección General de los Registros y del Notariado en el año 1987, el *ius nubendi* no puede ser desconocido ni menoscabado más que en casos evidentes de falta de capacidad natural y, en caso de duda, han de prevalecer los principios constitucionales del libre desarrollo de la personalidad y del ejercicio de los derechos fundamentales. En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 defiende que la consideración del matrimonio como derecho humano derivado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la personalidad deben inclinar a reforzar el principio *favor matrimonii*.

## 2. La separación y el divorcio de la persona con discapacidad

No hay referencia expresa en el derecho español al ejercicio de la acción de separación o divorcio cuando uno de los cónyuges tiene discapacidad, ni en la regulación de las crisis matrimoniales (artículos 81 y siguientes del Código Civil), ni en la regulación actual de las medidas de apoyo (artículos 249 y siguientes). Esta cuestión sí aparece regulada con detalle en otros países de nuestro entorno que rodean de garantías el ejercicio de la acción por el tutor o la tura (Francia o Alemania) o lo someten a un régimen específico (Bélgica). Esta laguna legal provocó, como se verá seguidamente, importantes decisiones de nuestros más altos tribunales que, si bien en principio mantuvieron criterios distintos, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la naturaleza personal de la acción de separación matrimonial (Sentencia del Tribunal Constitucional 311/2000, de 18 de diciembre) fue finalmente asumida por el Tribunal Supremo para la acción de divorcio (Sentencia el Tribunal Constitucional de 21 de

septiembre de 2011). En el fondo de la cuestión late la configuración del divorcio como derecho personalísimo (que solo puede ser ejercitado por su titular) o su delimitación como derecho de naturaleza personal que admite, por tanto, la representación legal en los casos en que esta se revelara necesaria para la protección del interés de la persona con discapacidad mental o intelectual; opción defendida por el Tribunal Constitucional para la separación legal y asumida finalmente por el Tribunal Supremo para el divorcio.

En la primera parte del informe se ha puesto de relieve la dificultad de articular un régimen de protección respetuoso con la dignidad de las personas y el libre desarrollo de su personalidad, que prime la exclusión de los regímenes de sustitución, en general, pero, muy particularmente, en la esfera personal familiar; y que conjure, al mismo tiempo, la posible desprotección en que se incurre si, careciendo la persona de la necesaria capacidad natural de entender y querer, sus derechos fundamentales se configuran como personalísimos, excluyéndose, en consecuencia, el mecanismo de la representación. Por ello, allí se propugnaba una solución que garantiza el ejercicio exclusivo y excluyente por parte de la persona con discapacidad y, excepcionalmente, si la protección de su interés así lo requiriera, se admita la injerencia del representante en la esfera personalísima del representado. Esta propuesta pasa por articular cautelas que garanticen la existencia del interés en la toma de decisión correspondiente. Cautelas que se concretan, en la mayor parte de las ocasiones, en la necesidad de trasladar al juez/a la defensa última de los derechos fundamentales de la persona con discapacidad.

Pues bien, a día de hoy, a la vista de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, debe concluirse que la persona con discapacidad podrá ejercitar por sí misma y por sí sola las acciones de separación y divorcio. Si fuera preciso lo hará acompañada por sus apoyos voluntarios o judiciales y si se tratare de un apoyo con facultad de representación precisará autorización judicial para interponer la demanda, tanto por vía del artículo 287.1 (autorizar actos de trascendencia personal) como por vía del artículo 287.7 (autorización de interposición de demandas en nombre de la persona a quien se preste apoyo).

## 3. La decisión de fundar una familia

Tras referirse, con carácter general, el artículo 23 al derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, se alude, a continuación, pormenorizadamente a varios extremos, relacionados directamente con la fundación de la familia en su sentido más primigenio: la descendencia. Esta cuestión es especialmente

sensible en materia de discapacidad y más si se trata de discapacidad mental o intelectual. Por ello, la Convención, expresamente, persigue terminar con las prácticas que, históricamente, han dado lugar a la vulneración de los derechos de las personas con discapacidad en esta materia: embarazos forzados, abortos forzados, esterilización forzada, adopción forzada  Se insiste en el calificativo para, precisamente, alumbrar intervenciones legislativas que partan de la estricta necesidad del consentimiento informado (capacidad natural) y, en su defecto, de la articulación de una solución *ad casum* adoptada en un procedimiento con plenas garantías.

Pues bien, el apartado c) del artículo 23.1 de la Convención impone a los Estados la obligación positiva de adoptar las medidas que aseguren que las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con los demás, y que se respete su derecho a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos o hijas que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos (apartado b) del mismo precepto).

El Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, en su Observación general número 3 (2016), sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, de 25 de noviembre de 2016 (en adelante CRPD/C/GC/3), constata la discriminación que sufren las mujeres y las niñas con discapacidad, entre otros y por lo que aquí interesa, en relación con el ejercicio del control sobre sus propias vidas en diversos contextos, por ejemplo, respecto de la atención de la salud, incluidos los servicios de salud sexual y reproductiva (número 2). En particular, se considera trato cruel, inhumano o degradante y una vulneración de distintos tratados internacionales de derechos humanos algunas formas de violencia dirigida contra las mujeres con discapacidad. Cita el Comité, entre otras y por lo que aquí interesa, las siguientes: el embarazo o la esterilización forzados o realizados bajo coerción, o involuntarios; y todos los procedimientos y las intervenciones médicas realizados sin el consentimiento libre e informado, incluidos los relacionados con la anticoncepción y el aborto.

En relación con el artículo 23 de la Convención, el Comité alerta sobre los estereotipos relacionados con el género y la discapacidad que, constitutivos de discriminación, tienen repercusiones especialmente graves en el disfrute de la salud y los derechos sexuales y reproductivos, y del derecho a fundar una familia. En la práctica, constata el Comité que suele hacerse caso omiso de las opciones de las mujeres con discapacidad, especialmente las mujeres con discapacidad

psicosocial o intelectual, y sus decisiones suelen ser sustituidas por las de terceras personas, incluidas representantes legales, proveedores de servicios, tutores/as y miembros de la familia, en violación de sus derechos en virtud del artículo 12 de la Convención. Por ello, recuerdan a los Estados que todas las mujeres con discapacidad han de poder ejercer su capacidad jurídica tomando sus propias decisiones, con apoyo cuando así lo deseen, sobre la atención médica o el tratamiento terapéutico, incluidas las decisiones relativas a conservar su fertilidad y su autonomía reproductiva, ejercer su derecho a decidir el número y el espaciamiento de la descendencia, dar su consentimiento y aceptar una declaración de paternidad y ejercer su derecho a establecer relaciones. La restricción o supresión de la capacidad jurídica puede facilitar intervenciones forzadas, como la esterilización, el aborto, la anticoncepción o la mutilación genital femenina.

Es evidente, por tanto, que las cuestiones tratadas en el artículo 23 como aspectos conectados al derecho a fundar una familia tienen importantes repercusiones en otros artículos de la Convención tales como el artículo 6, 12, 13, 15, 16, 17 y el 25, de suerte que, incumplidas las obligaciones positivas consignadas en el artículo 23, su vulneración implica también la de los derechos garantizados en aquellos preceptos.

En el consentimiento, como ya se vio, se distinguen dos elementos: un elemento intelectual consistente en comprender la información, y un elemento voluntario, consistente en actuar libremente, formarse una voluntad propia y ser capaz de oponerse a las presiones. Pues bien, la Convención se muestra especialmente sensible con la información que ha de proporcionarse a las personas con discapacidad en el ámbito personal y familiar y, por ello, impone a los Estados, como obligación positiva, suministrar la información precisa sobre reproducción y planificación familiar a las personas con discapacidad. Esta información debe, asimismo, extenderse a cualesquiera otros aspectos que les permitan formarse una voluntad propia y libre, sin influencia indebida, en todos y cada uno de los procesos de toma de decisión cuyo actor sea la persona con discapacidad[198].

Asimismo, se impone a los Estados una obligación negativa que se concreta en su deber de abstenerse de interferir directa o indirectamente en el ejercicio

[198] En este sentido el Comité considera que la información sobre la salud sexual y reproductiva debe incluir datos sobre todos los aspectos pertinentes, entre ellos, "la salud materna, los anticonceptivos, la planificación familiar, las infecciones de transmisión sexual, la prevención del VIH, el aborto sin riesgo y la asistencia posterior en casos de aborto, la infecundidad y las opciones de fecundidad, y el cáncer del sistema reproductor". CRPD/C/GC/3. nº40.

de estos derechos pertenecientes a la esfera privada y familiar de la persona con discapacidad.

Pues bien, se trata ahora de verificar si la regulación penal, civil y sanitaria respeta estas obligaciones y el contenido normativo del artículo 23 que alcanza a la esterilización, a la interrupción voluntaria del embarazo, a la determinación de la filiación y al acceso a las técnicas de reproducción asistida. Al tratarse de actos jurídicos con importantes repercusiones en la vida de las personas con discapacidad, se debe prescindir de la tradicional exigencia de la plena capacidad de obrar contractual y conectar este requisito a la capacidad natural. De forma paralela, la obligación que incumbe al Estado, a través de todas las personas intervinientes en el proceso de toma de decisión, de proporcionar la información precisa para la toma de decisiones en este ámbito, adquiere una especial importancia si se pretende trasladar la decisión a la persona con discapacidad psicosocial o intelectual y, por ello, parece inexcusable que la regulación legal así lo prevea o, en su defecto, la práctica judicial (juez/a y Ministerio Fiscal) así lo garantice[199].

## a) La esterilización de las personas con discapacidad

La esterilización de las personas con discapacidad psicosocial o intelectual ha experimentado una lenta y completa evolución desde su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de Actualización del Código penal, su reforma por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cuya nueva redacción parece ser provisional y su supresión definitiva por la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. Las sucesivas regulaciones sobre la materia evidencian la evolución de la percepción socio-legal de la discapacidad, de suerte que, únicamente la reforma de 2015, adopta un enfoque de derechos humanos y regula restrictivamente y para casos aislados y excepcionales la esterilización de las personas con discapacidad mental o intelectual y finalmente queda suprimida su posibilidad con la derogación del segundo párrafo del artículo 156 del Código Penal.

[199] Cuestión resuelta en el ámbito sanitario que contempla el derecho a la información como un elemento del consentimiento informado y en determinados actos, como la interrupción voluntaria del embarazo, su falta es determinante de responsabilidad penal (artículo 145 bis a) del Código Penal).

A grandes rasgos, simplemente apuntar que la reforma parcial y urgente del Código Penal de 1983 añadió un párrafo segundo al artículo 428, en el que quedaba prohibida la esterilización de personas menores o "incapaces". Esta prohibición fue cuestionada por las asociaciones de padres, madres y familiares de los "disminuidos psíquicos" que, aduciendo distintas razones como el interés del "incapaz" (que tiene derecho a tener relaciones sexuales sin las consecuencias de la prole), de sus familiares (que tendrían que hacer frente al cuidado y a los gastos del "incapaz" y de su prole) o de sus posibles descendientes (a los que faltaría un ambiente adecuado), reclamaban una declaración legal expresa que eximiera de responsabilidad penal, la esterilización de "incapaces" realizada bajo el cumplimiento inexcusable de las garantías legalmente exigidas. Reivindicación atendida en la reforma de 1989, cuyo proyecto de ley no contenía modificación del precepto en cuestión, siendo en la tramitación parlamentaria cuando se incluye un último inciso en el artículo 428 del Código Penal en aquel sentido.

La reforma del Código Penal de 1995 sustituye el antiguo artículo 428 por el artículo 156 en el que se mantiene prácticamente inalterado el contenido de aquel, si bien se añaden dos aspectos que lo mejoran parcialmente. Así, de una parte, se mantiene íntegro el texto originario en relación con las garantías del procedimiento: la autorización judicial a solicitud del representante legal, el dictamen de dos especialistas, la intervención del Ministerio Fiscal y la exploración del "incapaz". También se sustituye el término "incapaz", aunque solo en la primera parte del inciso, por el término "incapacitado", "que adolezca de grave deficiencia psíquica". De otra parte, se incluye una referencia imprescindible, tras el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, al criterio rector de la decisión judicial que no es otro que el mayor interés del "incapaz" y se da respuesta al debate doctrinal acerca del cauce procesal a través del cual debiera obtenerse aquella autorización, habilitándose como tal el mismo procedimiento de incapacitación, o con posterioridad al mismo, el expediente de jurisdicción voluntaria.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, retoca el artículo 156.2, pero lo hace con carácter provisional, lo que se desprende del propio preámbulo que señala al respecto:

> se da un mejor tratamiento a la esterilización acordada por órgano judicial, que se circunscribe a supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos. El nuevo artículo 156 se remite a las leyes procesales civiles, que regularán los supuestos de esterilización de la forma más adecuada y

> garantista para los derechos de las personas afectadas. En tanto se dicte esta nueva normativa, se mantendrá la vigencia de la actual regulación que contempla el Código.

La nueva redacción, más conforme con los nuevos postulados en materia de discapacidad, establece:

No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil.

Por su parte la Disposición Adicional Primera, bajo la rúbrica Autorización Judicial de Esterilización, establece el procedimiento para solicitarla, reproduciendo parcialmente el contenido del último inciso del derogado artículo 156:

> La esterilización a que se refiere el párrafo segundo del artículo 156 del Código Penal deberá ser autorizada por un juez en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del representante legal de la persona sobre cuya esterilización se resuelve, oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal, y previo examen por el juez de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento.

El Comité de las Personas con Discapacidad, en sus Observaciones finales a España, expresa su inquietud por el hecho de que las personas con discapacidad cuya personalidad jurídica no se reconoce puedan ser sometidas a esterilización sin su consentimiento, otorgado libremente y con conocimiento de causa. Y por ello, el Comité insta al Estado parte a que suprima la administración de tratamiento médico, en particular la esterilización, sin el consentimiento, pleno y otorgado con conocimiento de causa, del paciente, y a que vele por que la legislación nacional respete especialmente los derechos reconocidos a las mujeres en los artículos 23 y 25 de la Convención.

Y esta recomendación ha sido atendida por el Estado español en la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente, en cuya virtud se suprime el párrafo segundo del artículo 156 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Se arguye en la "Exposición de motivos" que la permanencia de esta posibilidad legal en el derecho nacional, más de una década después de la entrada en vigor del Tratado Internacional de las personas con discapacidad,

constituye una grave anomalía en términos de estrictos derechos humanos. Que nuestro Estado siga permitiendo que se vulneren los derechos de las personas con discapacidad por mitos tales como "el bien de la familia", "la incapacidad de las mujeres con discapacidad para ser madres" o "por su bien", atenta directamente contra el artículo 23 de la Convención. Debido a esta inacción de las sucesivas Administraciones, de la necesidad de mejorar la protección de los derechos de las niñas y mujeres con discapacidad y de defender derechos básicos de las personas con discapacidad, es preciso que la esterilización forzosa o no consentida deje de practicarse en España.

Suprimir esta posibilidad ha sido aplaudido por el sector de la discapacidad y, sin embargo, creo que esta supresión contribuye a la inaccesibilidad fuerte de este derecho al no preverse la fijación de un cauce para el ejercicio de un derecho, la disposición del propio cuerpo, que se reconoce a las demás personas en el párrafo anterior. Se trata de evitar la discriminación que supondría la prohibición absoluta que regía hasta 1989. ¿No hubiera sido oportuno adoptar un enfoque de derechos y centrar la cuestión en la esfera exclusiva del "incapaz"? Son sus derechos los que entran en conflicto (su derecho a la sexualidad sin riesgos colisiona con su derecho a la integridad física y con su derecho a fundar una familia) y, por ello, debería poder resolverse el conflicto en su interés, con las salvaguardas oportunas y autorizado por el juez o jueza.

### b) La maternidad de las mujeres con discapacidad y la interrupción voluntaria del embarazo

Se trata de determinar aquí si la regulación española respeta el derecho de la mujer con discapacidad a tomar una decisión sobre la interrupción o continuación del embarazo, en la que prime exclusivamente su voluntad, expresada tras recibir la información pertinente y adaptada a su grado de comprensión.

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo cita, en su preámbulo, entre los distintos instrumentos internacionales que justifican la adaptación del marco normativo español en la materia, la Convención de Nueva York que establece la obligación de los Estados partes de respetar

> el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener ( ) a tener acceso a información sobre reproducción y planificación familiar apropiada para su edad y a que se provean los medios necesarios que les permita ejercer esos derechos,

así como a que “mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones que los demás”. Esta ley muestra una especial preocupación por la información que debe proporcionarse a la mujer embarazada con carácter previo a la adopción de la decisión y, afortunadamente, su regulación hace especial referencia a las mujeres con discapacidad y, sin embargo, como se verá, no se preocupó de culminar este proceso (información) con el consiguiente derecho a decidir (consentimiento).

Históricamente, y con anterioridad a la Ley 41/2002, ante el silencio de la norma penal (artículo 417 bis del Código Penal) que únicamente se refería al consentimiento expreso de la embarazada sin aludir a la minoría de edad o la incapacitación, una vez admitida la posibilidad de sustitución (aceptable en un sistema de indicaciones), debía resolverse el conflicto, cuando no existe capacidad natural, bien entendiendo que corresponde a sus padres, madres o tutores consentir la intervención por razón de representación legal, bien aplicar el criterio analógico y entender entonces que corresponde al juez o jueza autorizar esta intervención, tal y como se exigía, respecto de la esterilización de “incapaces”, en el Código Penal. La promulgación de la Ley 41/2002 en nada cambia esta sustitución legal en la toma de la decisión, pues se establece en el artículo 9.4 que la interrupción voluntaria del embarazo “se rige por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”. Es decir, no se aplica a esta intervención la regulación del consentimiento por sustitución del artículo 9.

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo modifica el apartado cuarto del artículo 9, suprime el carácter excepcional de la interrupción del embarazo y lo somete a la regla general establecida en la Ley 41/2002 (artículo 9), de suerte que puede consentir la menor que supere los dieciséis años por sí misma y por sí sola. La “”, en cambio, solo podrá hacerlo a través de su representante legal, según se infiere del tenor del artículo 13 de la citada norma.

La reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, supone un gran avance en el reconocimiento de un ámbito de decisión a las personas con capacidad modificada judicialmente en el campo de la salud. En ella se remite el legislador, por vez primera, al contenido de la sentencia de modificación de la capacidad, de suerte que, solo será admisible el consentimiento por representación cuando así lo determine la sentencia (artículo 3.b): “se otorgará el consentimiento por representación cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia”.

La Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre añade un segundo párrafo al apartado 5 del artículo 9 de la Ley 41/2002 que establece:

> para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.

Varias consideraciones, muy críticas, pueden hacerse a la norma que exige para la interrupción el embarazo de las mujeres con discapacidad, su manifestación de voluntad y el consentimiento de su representante legal.

En primer lugar, se incurre, una vez más, en un inadecuado paralelismo entre la menor edad y la modificación judicial de la capacidad de obrar, que ya se ha denunciado respecto de otras cuestiones, pero que, en esta, despierta un particular rechazo. Veamos porqué el legislador incurre, a nuestro juicio, en grave error:

1º. Las modificaciones del artículo 9 siempre han mantenido un trato bien diferenciado entre la menor edad y la incapacitación o modificación judicial de la capacidad. Así, la reforma de 2010 diseña un marco especial para la interrupción del embarazo de las menores de 16 y 17 años que, por mor de la reforma del artículo 9 de la Ley 41/2002, pueden consentir por sí mismas y por si solas la práctica del aborto en las mismas condiciones que las mayores de edad y el legislador adopta determinadas reglas especiales para su efectiva protección; a saber: se establece la obligación de informar a sus representantes legales (padre, madre o tutor) y su posible excepción, si la menor alegase, fundadamente, la existencia de un grave conflicto como consecuencia de tal información (violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, riesgo de desarraigo o desamparo).

   Esta reforma no afectaba al sistema previsto para la mujer con capacidad modificada judicialmente que, en el momento de la promulgación de esta norma, debía hacerlo a través de su representante legal (artículo 13.3 de la Ley Orgánica 2/2010). Es la modificación de 2015 la que confiere un nuevo reconocimiento legal a la toma de decisión en la esfera de la salud. Si nada establece la sentencia, la persona con la capacidad modificada judicialmente

queda sujeta a las mismas reglas que el resto de las personas. Así las cosas, la Ley Orgánica 11/2015, en lugar de limitarse a anular la especialidad referida a la interrupción del embarazo de las menores de 16 y 17 años, a las que se pretende superponer la fiscalización de los padres y madres como extensión de su deber de velar por ellas, educarlas y procurarles una formación integral, extiende erróneamente la norma a las mujeres "con capacidad modificada judicialmente", anulando la importante conquista que supuso la ley de 2015 e infantilizando una vez más a las personas con discapacidad, al aplicarles un estatuto que puede estar justificado respecto de los menores de edad, pero, en ningún caso respecto de una mujer "con la capacidad modificada judicialmente".

Se trata, a mi juicio, de una intervención legislativa desafortunada que no valoró las consecuencias de su aprobación y que, con una mala técnica, traspasa a un colectivo una norma que estaba destinada a otro exclusivamente, tal y como se deduce de su "Exposición de motivos", en el que ni una sola referencia se hace a las mujeres con la capacidad modificada judicialmente.

2º. La fórmula contenida en la Ley 11/2015 nos parece inapropiada y contraria tanto a los postulados de la Convención de Nueva York (artículo12 y 23) como a las normas del Código Civil y su nueva interpretación jurisprudencial. Se superpone al consentimiento libre e informado de la mujer con discapacidad, el consentimiento de una tercera persona. Esta exigencia implica desconocer la realidad diversa de las personas con discapacidad y la intensidad distinta de los apoyos que aquellas puedan precisar. Así, si la persona tiene capacidad para consentir por sí misma y por sí sola, ningún mecanismo de representación legal será exigible. Si precisa la asistencia, al acto deberá concurrir su curador o curadora y, si en modo alguno puede consentir, su representante legal (hoy curador/a) consentirá por ella, teniendo en cuenta su voluntad, deseos y preferencias manifestados en la actualidad o en el pasado. Es decir, que el apoyo solo debe procurarse allí donde hace falta, de suerte que, solo se requerirá el consentimiento del curador/a cuando la mujer embarazada no esté en condiciones de consentir por sí misma y, en modo alguno, debe aceptarse que deba superponerse el consentimiento de una tercera persona a la decisión adoptada por la mujer, ejerciendo una función de control de la decisión que no se justifica.

Debe tenerse presente que la decisión de poner fin al embarazo es una decisión personalísima que solo incumbe a la mujer y que, solo bajo circunstancias excepcionales, podrá suplirse su consentimiento por el de su curador/a con facultades de representación. Estas circunstancias excepcionales, en el caso de las mujeres mayores de edad, no pueden ser otras que, existiendo ineptitud de prestar el consentimiento por sí mismas, se acredite su interés en la interrupción del embarazo por parte de la tercera persona[200].

En último lugar, la concurrencia de un doble consentimiento para la conclusión de un determinado acto implica el riesgo de un conflicto, consentimientos opuestos, que deberá resolverse, según la norma, aplicando las reglas del Código Civil: acudir al juez/a para que dirima el conflicto. ¿Qué conflicto? Si existe una discordancia entre lo querido por la mujer y lo querido por la tercera persona, ¡no hay conflicto! Prima la voluntad de la mujer que es a la que corresponde decidir sobre un acto de naturaleza personalísima que, en ocasiones, tiene implicaciones éticas y morales, irrenunciables para la mujer y que también deben ser protegidas constitucionalmente.

Por tanto, se entiende vulnerado el derecho de la mujer con discapacidad cuando a su toma de decisión se le superpone un control de una tercera persona que, además, está reñido con el nuevo sistema de apoyos diseñado en el Código Civil. En el momento de redactarse este informe se encuentra en el Senado, el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (número 430, 20 de diciembre de 2022) que, en su artículo 13.c), regulador del consentimiento, establece que en el supuesto de mujeres con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se atenderá a lo dispuesto en el artículo 9.7 de la Ley 41/2002 que establece:

> La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten

[200] No es momento de introducir esta cuestión, pero en un sistema de indicaciones es admisible la representación legal. En un sistema de plazos la actuación del curador/a con facultades de representación debería estar autorizada por el juez o jueza, conforme al artículo 287.1 y fundada en la salud de la vida de la madre o del bebé; o en la interpretación de su voluntad (haber iniciado los trámites ).

accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.

A mi juicio hubiere sido deseable, no hacer una remisión a la Ley 41/2002, sino establecer una previsión específica en la propia Ley Orgánica 2/2010 para las mujeres con discapacidad que garantice los medios y recursos de apoyo, materiales y humanos, incluidas las medidas de accesibilidad y diseño universales y los ajustes razonables que resulten precisos para que las mujeres que deseen interrumpir su embarazo reciban la información, formen y expresen su voluntad, otorguen su consentimiento y se comuniquen e interactúen con el entorno, de modo libre, a fin de que su decisión sea individual, madura y genuina, sin intromisiones, injerencias o influencias indebidas. (previsión similar en la ley de eutanasia).

### c) El acceso a las técnicas de reproducción humana asistida

Analizada la esterilización como medida que vulnera el derecho a fundar una familia y la interrupción del embarazo como práctica que permite a la mujer con discapacidad, en igualdad con las demás, la libertad de tener descendencia o no y de decidir cuándo tenerla, conviene ahora hacer referencia a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida y verificar si su utilización está abierta a las personas con discapacidad o si, por el contrario, exigencias de distinto orden excluyen a este colectivo[201].

Y, de otra parte, no debemos, en ningún caso, obviar el papel fundamental que desempeña la voluntad en el marco de la reproducción asistida, no solo respecto de la concepción en sentido estricto, sino también respecto de las consecuencias paterno-filiales que se derivan de la misma. La duración del procedimiento, compuesto de fases sucesivas que pueden alargarse en el tiempo, y la disociación del momento inicial, en el que se recurre a la reproducción asistida (fecundación del embrión), y su efectiva

[201] Este análisis se realizará, de una parte, desde la consideración que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos atribuye a las técnicas de reproducción asistida como un aspecto que se integra en el respeto a la vida privada y familiar regulado en el artículo 8 de la CEDH, el derecho a concebir un hijo y, si fuere el caso, la realización de tal deseo a través de la reproducción asistida, cae dentro del ámbito de aplicación del artículo 8 de la CEDH. Vid. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril 2007, asunto Evans c/Reino Unido; 4 de diciembre 2007, asunto Dickson c/Reino Unido; 3 de noviembre 2011, asunto S.H et alii c/Austria; 28 de agosto de 2012, asunto Costa y Pavan c/Italia. En el mismo sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia de 28 de noviembre de 2012, Caso Artavia Murillo et alii vs Costa Rica, considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico (nº 143). El derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva y ii) el acceso a los servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.

realización (implantación) en un momento posterior que puede dilatarse en el tiempo (fecundación *post mortem*, crioconservación), exigen la persistencia del consentimiento a lo largo de todo el proceso, admitiéndose su revocación si es anterior a la implantación del embrión. Se observa, pues, que la reproducción asistida se reposa sobre el consentimiento manifestado por las personas autoras del proyecto parental y, en su caso, por el de la persona donante anónima.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su Disposición adicional quinta, bajo la rúbrica "Garantía de no discriminación de las personas con discapacidad", dispone

> con arreglo a lo dispuesto en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, las personas con discapacidad gozarán de los derechos y facultades reconocidos en esta Ley, no pudiendo ser discriminadas por razón de discapacidad en el acceso y utilización de las técnicas de reproducción humana asistida. Asimismo, la información y el asesoramiento a que se refiere esta ley se prestarán a las personas con discapacidad en condiciones y formatos accesibles apropiados a sus necesidades.

En coherencia con este texto, la autorización de un centro exige el cumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos en la ley y, en particular, la dirigida a garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad (artículo 4.2) y, además, se entrevera a lo largo del articulado de la ley, una misma cláusula que impone que "la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad". (Artículos 5.4, 6.4, 11.7 y 15.1.a.).

Estas previsiones están destinadas a la discapacidad física y a la discapacidad sensorial, pues, como se verá a continuación, se excluye con carácter absoluto del ámbito de aplicación de esta ley y, por tanto, se veda el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida a las personas con discapacidad mental o intelectual que tengan su capacidad modificada judicialmente.

En el derecho español, la regulación de estas técnicas, que incluye aspectos éticos, médicos y jurídicos, responde a una concepción abierta y progresista del legislador que no ha limitado su acceso al matrimonio, ni siquiera a la pareja de hecho, y permite su utilización por mujeres solas, con independencia de su orientación sexual. Esta premisa de partida, que desvincula la reproducción asistida de la esterilidad, persigue garantizar el

acceso de todas las personas a un proyecto parental deseado con independencia de su carácter individual o conjunto, heterosexual u homosexual. Pues bien, esta preocupación del legislador por eliminar cualquier atisbo de discriminación, por ejemplo, en materia de orientación sexual, que le lleva, incluso, a reformar la ley en 2007 y en 2015, para posibilitar la determinación de la filiación a favor de la cónyuge de la madre usuaria, no se traslada al colectivo, siempre olvidado, de las personas con discapacidad mental o intelectual.

En primer término, la ley regula las condiciones personales de la aplicación de las técnicas (artículo 3), declarando, de forma general y principal, que

> las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación. (Apartado 1º).

A continuación, el capítulo siguiente, se destina a los participantes de las técnicas, el donante y la usuaria. A ambos exige la ley la mayoría de edad y la plena capacidad de obrar:

a) El donante: requiere el artículo 5, en su apartado sexto, que deberá

> tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia.

b) La usuaria de la técnica en sentido estricto: el artículo 6, en su apartado primero, establece que

> toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.

Esta exigencia de la mayor edad y plena capacidad de obrar no se extiende a cónyuges y parejas de hecho, cuya intervención se concreta en la prestación de los correspondientes consentimientos.

Además de estos consentimientos que inciden directamente sobre la finalidad principal del proceso, el nacimiento de un hijo o una hija, la ley incluye la necesidad de recabar el consentimiento para otros actos derivados de la utilización de las técnicas de reproducción asistida, tales como la fecundación *post mortem* (artículo 11.5), la crioconservación de gametos y embriones (artículo 11.5) o la utilización de los preembriones con fines de investigación (artículo 15.1.a.).

Pues bien, ni la exclusión automática de todas las personas que tienen "su capacidad modificada judicialmente" como usuarias de las técnicas en sentido propio, ni su intervención como cotitulares del proyecto parental al margen de los apoyos o previsiones legales establecidos para su protección (por ejemplo, la aprobación judicial que preveía el antiguo artículo 121 del Código Civil), merecen una valoración positiva.

El requisito de la mayoría de edad responde, acertadamente, a la trascendencia personal y patrimonial del acto proyectado, no así el requisito de la plena capacidad de obrar. Nos enfrentamos nuevamente a un concepto técnico que, considerado válido, en su momento, para la actuación en el tráfico jurídico patrimonial en el que deben conciliarse los distintos intereses en presencia, no lo es para las llamadas incumbencias personalísimas cuando estas recaen sobre derechos humanos consagrados en textos internacionales y/o protegidos por la Constitución, como ya se ha tenido ocasión de justificar a lo largo de este informe.

Excluir a todas las personas que no cumplen con aquel requisito implica excluir a personas cuya capacidad se ha modificado exclusivamente para la esfera patrimonial, o solo para determinados actos patrimoniales, o solo respecto del seguimiento de su enfermedad mental, con independencia, por tanto, de la capacidad conservada. No se trata de reproducir aquí todos los argumentos que se han ido aduciendo a lo largo de estas páginas, pero sí de insistir en que tal requisito aplicado como presunción *iure et de iure* de incapacidad para el ejercicio de un derecho que se integra en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el artículo 23 de la Convención de Nueva York, vulnera el artículo 12 de la Convención de Nueva York y constituye una injerencia arbitraria del derecho a la vida privada y familiar de las personas con discapacidad. Por ello, debería promoverse una reforma que sustituyera la exigencia de la plena capacidad de obrar por la capacidad suficiente y requerir para su verificación la

intervención del juez o jueza, quien debería controlar la existencia de la capacidad conservada y la ausencia de influencia indebida, en cuyo caso concedería la autorización del acto. Y esta previsión extensible a donantes, usuarias de las técnicas y parejas de las usuarias.

### d) La determinación de la filiación de los hijos e hijas de las personas con discapacidad: el reconocimiento de un hijo o hija extramatrimonial

Una vez causado el nacimiento del hijo o hija de una persona con discapacidad, procede hacer, aunque sea brevemente, referencia a las reglas particulares aplicables a las personas con discapacidad mental o intelectual en el establecimiento del vínculo jurídico en que consiste la filiación. Me refiero al reconocimiento de hijo o hija extramatrimonial, acto de voluntad, de carácter personalísimo, que, antes de la reforma operada por la Ley 8/2021, se sometía a aprobación judicial, en el artículo 121 del Código Civil: el reconocimiento otorgado por los "incapaces" o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad necesitará aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. Esta aprobación judicial funcionaba como un apoyo que permitía a la persona ejercitar su capacidad jurídica en condiciones de igualdad con las demás personas porque el juez/a resolvía, atendiendo al discernimiento del progenitor, a la veracidad o autenticidad de su acto, a la verosimilitud de la relación de procreación, sin necesidad de una prueba plena de la misma (antiguo artículo 26 de la Jurisdicción Voluntaria). Al tratarse de un acto personalísimo que solo puede predicarse de uno mismo, reconocer un hijo como propio, no es susceptible de representación legal ni de asistencia. Se presume que quien tiene capacidad para procrear tiene capacidad para reconocer, si bien se somete a la consideración del juez o jueza, la existencia de capacidad natural y las circunstancias que rodean el reconocimiento (verosimilitud de la filiación), porque no debe olvidarse que se exterioriza una voluntad libre (no sometida a influencia indebida) y consciente (soy el padre de la criatura).

Frente a esta regulación coherente con la Convención, el nuevo régimen del reconocimiento de la filiación extramatrimonial por parte de una persona con discapacidad intelectual o psicosocial, exige para su validez que se atienda a lo dispuesto en la resolución judicial o escritura pública que las haya establecido, y si nada se hubiese dispuesto y no hubiere medidas voluntarias de apoyo, se instruirá la correspondiente revisión de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas para completarlas a este fin. Varias puntualizaciones muy breves:

a) los actos personalísimos se concluyen por su titular, luego no tiene sentido que las medidas formales de apoyo prevean actos de esta

naturaleza que no son susceptibles de asistencia ni representación legal;

b) no se puede, por tanto, revisar la medida de apoyo para que incluya un acto de esta naturaleza como se propone en este nuevo artículo;

c) por ello, la autorización judicial o la aprobación judicial del reconocimiento otorgado por la persona con discapacidad sería el apoyo idóneo para este tipo de actos, tal y como se preveía en la regulación derogada;

d) si la persona no está en situación de expresar su voluntad, siempre queda la vía de la reclamación judicial de la paternidad, no hay que desnaturalizar el acto jurídico de que se trate.

### e) La renuncia de la madre con discapacidad a su maternidad

Varias son las importantes cuestiones que se plantean respecto de la renuncia a la maternidad cuando la renunciante es una mujer con discapacidad mental o intelectual. En primer lugar, y con relación al acto de renuncia en sí mismo, no existe una norma en el Código Civil, ni en sede de filiación, ni en sede de protección de menores, que se refiera expresamente a esta posibilidad, a la que solo se alude en el proceso de adopción al regular el asentimiento que, en su caso, deben prestar los progenitores a la adopción de sus hijos o hijas: el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto (artículo 177.2 del Código Civil). Por tanto, cuando ya se ha producido la renuncia o abandono que desencadena el proceso en que se exige el asentimiento, la decisión de renuncia puede revocarse durante el plazo de reflexión legalmente fijado (seis semanas). Una vez transcurrido este, si el consentimiento es libre e informado no puede revocarse.

En principio debe entenderse que toda madre puede abandonar o renunciar al hijo o hija (expresión, sin duda, poco afortunada y técnicamente incorrecta) en un momento anterior, al nacer o después. Se trata de un acto personalísimo que no es susceptible de representación ni asistencia. Se entiende por tal renuncia la manifestación de voluntad emitida por la madre en cuya virtud renuncia a la relación de filiación que legalmente le une a su hijo o hija (maternidad legal). Esta manifestación de voluntad debe ser libre y consciente y para su validez se requiere asimismo que sea formulada por persona con capacidad suficiente.

El control de la validez de la renuncia, capacidad y voluntad libre e informada, debe de ser valorado, en primer lugar, por los servicios sociales que, en cumplimiento de sus funciones, observan en estos casos un protocolo que persigue garantizar la validez del consentimiento: la firmeza de la decisión y la ausencia de coacción, miedo o intimidación. Esta renuncia puede afectar a los derechos de terceras personas (el otro progenitor), de suerte que también será imprescindible, si se conoce, que consienta la renuncia en los mismos términos.

Esta renuncia debería ser ratificada al prestar el asentimiento ante el juez o jueza que instruye el expediente de adopción a instancias de la entidad pública y que debería, asimismo, asegurarse de la validez de la renuncia de la madre y, en su caso, del padre y, sin embargo, la regulación del expediente sobre adopción en la nueva ley de jurisdicción voluntaria admite que el asentimiento sea prestado únicamente ante la entidad pública e incluso podrá seguirse la tramitación del expediente si quienes deban asentir no comparecen, y acordarse la adopción. Pues bien, trasladada esta práctica a las mujeres con discapacidad intelectual o mental, dos posibilidades pueden darse:

A) Que tenga capacidad natural para renunciar: tras ser informada de las prestaciones a la maternidad y de la alternativa de la adopción, especialmente, su carácter definitivo, tomará su decisión que, según el caso, será reiterada o no como asentimiento a la adopción ante el juez o jueza que instruye el expediente. Este/a debería asegurarse de la validez del consentimiento y, muy especialmente, de la ausencia de influencia indebida. Ya se ha señalado a lo largo de este trabajo que las personas con discapacidad intelectual son muy influenciables y, a menudo, muy dependientes de su entorno y, por ello, en situaciones como esta, debe extremarse la vigilancia. Por ello, entendemos que tanto la entidad pública como, en su caso, el juez o la jueza deberán extremar su celo para asegurarse de que se trata de un acto voluntario y libre.

B) Que expresado su deseo de renunciar al bebé se verifique su falta de capacidad natural para renunciar: en este caso, puede ocurrir que la familia auxilie a la madre en la crianza del bebé o, si esta no está en condiciones de asumirla, se ocupen de él en exclusiva, en tanto se mantenga la situación de incapacidad (artículo 172.4 del Código Civil). Piénsese en enfermedades psicosociales que pueden verse agravadas por el embarazo, o el parto. O puede ocurrir, en su defecto, que la entidad pública adopte medidas de apoyo y auxilio en el ejercicio de la patria potestad y si esto no protegiera adecuadamente el interés de la criatura, podrá declarar el desamparo y adoptar una medida de protección, acogimiento familiar de urgencia y, en su caso, un acogimiento

familiar temporal (artículo 173 bis del Código Civil), mientras se mantenga en la madre una imposibilidad para consentir que la inhabilita, asimismo, para ejercer las funciones de cuidado y guarda que requiere un/a bebé. En ningún caso, puede iniciarse actuación de carácter más definitivo e irreversible con base en la renuncia considerada inválida.

En el primer caso, se hará constar la filiación materna de forma reservada (artículo 44 Ley del Registro Civil) y, en el segundo, se determinará la filiación conforme al parto y, en su caso, se harán constar las medidas adoptadas para la protección de la criatura.

Se observa así que, en el ejercicio de las funciones parentales de las personas con discapacidad intelectual o mental, debe encontrarse el justo equilibrio entre el respeto de los derechos familiares contenidos en el artículo 23 y la protección de las personas menores cuyo interés es siempre prioritario respecto del resto.

## 4. El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad

Tras regular con detalle los extremos relativos a la fundación de la familia en sus dos primeros números, el artículo 23 destina los tres siguientes, a la vida familiar como situación fáctica a la que ya protegen distintos instrumentos internacionales de derecho humanos[202]. Se reitera en la Convención de Nueva York lo prevenido en estos, pero, además, se incluyen, como en los apartados anteriores, previsiones específicas que persiguen erradicar las prácticas realizadas conforme al modelo de la prescindencia y del modelo médico-rehabilitador. Así, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y niñas con discapacidad, se establecen obligaciones positivas para los Estados partes que se concretan en proporcionar, de una parte, la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos e hijas y, de otra, información, servicios y apoyos generales a los menores y sus familias.

En esta segunda parte del artículo 23 de la Convención objeto de estudio se hace referencia a la vida familiar de las personas con discapacidad, distinguiendo según el miembro de la familia que presenta la discapacidad: el padre, la madre o ambos (nº 2) y los hijos o las hijas (nº 3, nº 4 y nº 5).

[202] Vid. Artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); artículo 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (1950); artículo7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000).

## a) Padres y madres con discapacidad

Con una cierta imprecisión técnica, que acaso obedezca a la necesidad de abarcar las distintas instituciones recogidas en los ordenamientos jurídicos de los Estados partes, se refiere la Convención a los derechos y obligaciones que corresponden a las personas con discapacidad por razón de custodia, guarda, adopción o instituciones similares. Se impone a los Estados parte, por un lado, la obligación positiva de garantizar tales derechos y, por otra, y como concreción de la anterior, la obligación de prestar la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos. Respecto de esta última, debe señalarse que no se contiene ninguna previsión en el Código Civil que, de forma expresa, se refiera al ejercicio de la patria potestad de las personas con discapacidad, como sí lo hace, en cambio, respecto de las personas menores de edad. En todo caso, y como se verá, la obligación del Estado de prestar la asistencia a los padres y madres con discapacidad despliega su verdadera y necesaria proyección cuando existe un conflicto, bien entre los padres y madres, bien, entre estos y los servicios de protección de menores, en los casos extremos en los que las circunstancias personales y familiares determinan una intervención de los servicios de protección de menores.

En el derecho español, como en casi todos los derechos de nuestro entorno, la institución que garantiza los derechos de guarda y custodia de los padres y madres, aquel estar juntos que para el TEDH constituye un elemento fundamental de la vida familiar, es la patria potestad. Esta comprende distintos deberes y facultades, entre los que se encuentra la función de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Se trata de una función personalísima no susceptible de representación y, por ello, no hay referencias a su ejercicio en sede medidas de apoyo. Las normas aplicables son las previstas en los artículos 154 y siguientes y 172 y siguientes del Código Civil que prevén distintos regímenes legales inspirados, como se verá, en el principio del interés de la persona menor y en el principio de prioridad familiar.

En situaciones de convivencia matrimonial, el mecanismo jurídico que puede utilizarse, si se revela preciso en atención al tipo de discapacidad de un progenitor y en función de su incidencia sobre el proceso de toma de decisión, será la atribución del ejercicio de la patria potestad al otro progenitor tal y como establece el artículo 156 del Código Civil. No es una medida discriminatoria por razón de discapacidad sino una medida operativa exigida por el interés de la persona menor que requiere la adopción de decisiones relativas a su educación, bienestar, salud... Este ejercicio exclusivo no afecta en modo alguno al derecho

de relación que se desenvolverá con normalidad en la convivencia familiar. Por tanto, queda garantizado el derecho a la vida familiar en el sentido del artículo 8 del CEDH y 23 de la Convención.

Ahora bien, en situación de crisis, rupturas, separaciones y divorcios cuando no hay acuerdo entre los progenitores, no es muy arriesgado aventurar que, de existir conflicto, la discapacidad mental o intelectual de uno de los progenitores o de los dos será motivo de controversia y tendrá un peso determinante en la decisión final del juzgador/a. En estos casos, es imprescindible que el fundamento del fallo radique en el principio del interés de el o la menor interpretado conforme al artículo 2 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor y garantice, en la medida de lo posible, los derechos reforzados en el artículo 23 de la Convención que se recogen, asimismo, en nuestro Código Civil. Al existir descendencia menor de edad, tanto el procedimiento de mutuo acuerdo como el contencioso serán resueltos por el juez o jueza, con intervención del Ministerio Fiscal, lo que constituye una garantía de los derechos de las partes implicadas, en particular, de la descendencia y del progenitor con discapacidad mental o intelectual (artículo 81 y 86 del Código Civil).

Pues bien, en caso de separación o divorcio contencioso, el juez o jueza debe adoptar la medida que exija la protección del superior interés de la persona menor como en los demás casos sometidos a su consideración. Ahora bien, si se está a presencia de un progenitor o progenitora que presenta discapacidad mental o intelectual, con toda probabilidad esta discapacidad será utilizada por el otro progenitor/a para justificar su *petitum*, de suerte que deberá probarse en el procedimiento la incidencia negativa o, en su caso, la falta de incidencia de la discapacidad en el interés de la persona menor. En estos casos, existe un importante riesgo de incurrir en la discriminación contra la que alerta la Convención de Nueva York. No se trata de prescindir de la discapacidad pues esta constituye un elemento que influye decisivamente en la competencia y capacidad parental del progenitor/a. Por ello, será relevante a la hora de determinar la atribución de la custodia y fijar el régimen de comunicación y estancia. También lo será, pero en menor medida, para la atribución del ejercicio unilateral de la patria potestad al otro progenitor/a y no tendrá, a mi juicio, incidencia ninguna sobre la privación de la patria potestad, al ser esta una medida a adoptar, en interés de la persona menor, cuando exista una voluntad rebelde del progenitor/a al cumplimiento de los deberes paterno filiales: un incumplimiento pertinaz y voluntario que, en este caso, no existiría.

¿Qué hacer entonces para garantizar la protección del interés de la persona menor y no incurrir en discriminación? La atribución de la guarda al otro

progenitor/a y la fijación de un régimen de comunicación estándar no constituye discriminación, si se funda no en la discapacidad de un progenitor sino en la mayor competencia del otro para desempeñar la tarea principal de guarda y cuidado. Piénsese que la custodia compartida parte de una predisposición igualitaria de los dos progenitores para el cuidado de la prole que, con toda probabilidad, no se dará en estos casos. Ahora bien, si el juez o jueza considera procedente la limitación del régimen de comunicación, deberá probarse cumplidamente que, con tal medida, se protegen otros derechos de la persona menor: el derecho a la vida, a su desarrollo y a su bienestar, en cuyo caso, la obligación positiva que le imponen la Convención de Nueva York y el TEDH exige que el juez/a adopte las medidas necesarias para que la relación padre/madre con su hijo no se pierda por causas no imputables al progenitor/a (apoyo de la familia extensa en el desarrollo de las visitas, de los servicios sociales, visitas graduales...). Es una cuestión de justicia y de humanidad.

En definitiva, puede sostenerse que no existirá discriminación en el ejercicio de la facultad de guarda cuando la decisión adoptada por el juez/a haya contemplado la discapacidad del progenitor, no como un factor de exclusión sino como un factor de ponderación: como una circunstancia que impone una especial vigilancia y cautela al juzgador/a, que deberá, siempre que no lo descarte el interés de la persona menor, mantener los contactos familiares, adoptando los apoyos que sean precisos para garantizar el derecho de relación padre-madre e hijo/a.

También ocurre en la práctica que la discapacidad de un progenitor/a puede poner en situación de riesgo o desamparo a la persona menor. Pues bien, constatada una situación de riesgo o una situación de efectivo desamparo, con independencia de que esta obedezca a un incumplimiento negligente y reprobable de los deberes paterno filiales o a una imposibilidad de asumirlos, los servicios sociales de protección deben adoptar medidas que concilien, en la medida de lo posible, los derechos de el o la menor en conflicto. El control administrativo y judicial de las medidas adoptadas recae sobre la necesidad y proporcionalidad de estas y es aquí donde adquiere relevancia la discapacidad del progenitor: su discapacidad mental o intelectual dificulta o impide el cuidado de la prole, no existe una conducta reprobable del progenitor sino tan solo incompetencia parental. Ante esta situación, la praxis de los servicios sociales debe estar encaminada al retorno a la familia biológica. Para ello, deberán mantenerse, en la medida de lo posible, los contactos con el progenitor y el acogimiento en familia extensa. Esta sería la situación, en principio, deseable, aunque, como es bien sabido, en estos conflictos el interés de la persona menor *in concreto* y el factor tiempo distorsionan, en ocasiones, el

teórico diseño de la protección del interés de el o la menor *in abstracto* y prevalece, finalmente, su derecho al bienestar garantizado por su familia de acogida.

Menos grave sería la situación si la disfunción familiar que provoca la discapacidad puede paliarse con un seguimiento de los servicios sociales, prestando, por tanto, la asistencia exigida por la Convención de Nueva York al ejercicio de la potestad parental. Naturalmente, puede ser más grave, si la discapacidad mental del progenitor/a pone en claro peligro la vida de la persona menor. En este caso, la intervención deberá necesariamente ser otra (separación de la persona menor y declaración de desamparo).

### b) Niños y niñas con discapacidad

Los tres últimos números del artículo 23 de la Convención, destinados a regular el derecho a la vida familiar de los niños y niñas con discapacidad, tienen plena acogida en nuestra legislación nacional. Siguiendo el esquema asumido para la vida familiar de los padres y madres con discapacidad se establece, en primer lugar, el derecho a la vida familiar de la criatura con discapacidad desde la óptica de relación con sus padres/madres y otros familiares (hermanos y hermanas, abuelos y abuelas...). En los dos siguientes números, pasa a referirse a la posible separación de su familia inmediata (progenitores/as y hermanos/as), en cuyo caso se recomienda el mantenimiento en su familia extensa y, si este no fuere posible, se priorizará, en todo caso, el entorno familiar.

> Los Estados partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y niñas con discapacidad, los Estados partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y sus familias (nº3).
>
> Los Estados partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos (nº4).
>
> Los Estados partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la

familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar (nº5).

El sistema de protección a la infancia y a la adolescencia acoge los postulados de la Convención en materia de vida familiar y manifiesta una especial preocupación por los niños y niñas con discapacidad. En este sentido, la Ley de Protección Jurídica del Menor recuerda, en su artículo 3, que

> los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social. La presente ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad.

Se incorpora, en el artículo 12, bajo la rúbrica Actuaciones de Protección, el mandato de la Convención en relación con el derecho a la vida familiar de los niños y niñas con discapacidad:

> Los poderes públicos garantizarán los derechos y obligaciones de los menores con discapacidad en lo que respecta a su custodia, tutela, guarda, adopción o instituciones similares, velando al máximo por el interés superior del menor. Asimismo, garantizarán que los menores con discapacidad tengan los mismos derechos respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos y a fin de prevenir su ocultación, abandono, negligencia o segregación velarán porque se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias.

Pues bien, esta norma debe ser puesta en relación con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Protección Jurídica del Menor que, entre los elementos a tener en cuenta por el o la intérprete para integrar el interés del menor, se refiere a la vida familiar de los niños y niñas:

> La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado

de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

Al igual que en la Convención de Nueva York, se reconoce la conveniencia de que la vida y desarrollo del niño y la niña tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia y coherentemente se establece que, en caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Se subraya, por tanto, la familia como el entorno favorable para el desarrollo y bienestar de la persona menor.

Puede afirmarse que el legislador nacional acoge, no solo los postulados de la Convención de Nueva York en materia de vida familiar de los niños y niñas con discapacidad, sino que va más allá y concreta las obligaciones positivas establecidas en la Convención en acciones concretas de información, protección y apoyo a los niños y niñas con discapacidad y sus familias. En este sentido, es evidente que, una vez más, la situación más conflictiva no vendrá determinada por la oposición de intereses generados dentro de la misma familia biológica (separación o divorcio), sino por la necesidad de procurar al niño o niña con discapacidad un entorno familiar apropiado al ser víctima del abandono o del cuidado negligente de sus progenitores/as. Es en este punto donde la discapacidad aparece recogida en la ley de protección a la infancia y la adolescencia como un factor de ponderación en la adopción de la medida de protección, en el desarrollo de la misma y en su finalización.

En último término, debe recordarse que en la reforma 8/2021, de 2 de junio, se han introducido dos previsiones específicas en materia de separación y divorcio si los hijos o hijas tienen discapacidad en el régimen de comunicación y estancia y en materia de vivienda familiar:

Artículo 94 del Código Civil:

Respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercitará el derecho de vitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Artículo 96 del Código Civil: 1.

En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos

> comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.
>
> A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.

Se procura, por tanto, una mejor protección de los hijos e hijas con discapacidad al garantizar el derecho de relación con el no custodio y la permanencia en la vivienda familiar aconsejada por su situación de discapacidad.

En lo que respecta a la guarda y custodia, está claro que la discapacidad de la persona menor puede ser (y seguramente lo será) factor de ponderación a la hora de determinar el régimen de guarda aplicable (custodia exclusiva o custodia compartida) y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de enero de 2018, relativa a las medidas personales y patrimoniales derivadas de un divorcio, desestima el recurso de casación planteado por el padre disconforme, entre otros aspectos, con la guarda exclusiva de su hijo con una discapacidad del 53 % que el Alto Tribunal considera conforme al interés del menor. Así en la sentencia recurrida consta que el juez considera que la guarda y custodia la debe ejercer la madre por ser la progenitora de referencia y como afirma el Ministerio Fiscal, el interés del menor debe primar cuando afirma

> nos encontramos ante un menor con una discapacidad del 53 % dependiente de forma definitiva. El padre no es inidóneo para atender al menor, y el menor necesita relacionarse con él para un mejor desarrollo de su personalidad y una vida más plena con la fundamental e insustituible aportación que supone la figura paterna, motivo por el cual se establece un régimen ordinario de visitas y estancias vacacionales que permitan tal relación paterno-filial. Ahora bien, distintas son las necesidades cotidianas y de rutinas que necesita un menor discapaz para su vida diaria.

Añade la sentencia que

> parece acertado, atendiendo a las circunstancias personales del menor, su relación con la hermana mayor y la referencia materna que se ha mantenido desde las medidas provisionales, encomendar la guarda y custodia a la madre, pues con ello no solo se propicia una estabilidad y referencia para el menor, sino también el mantener

al mismo alejado de los conflictos y tensiones entre los progenitores, para de esta manera evitar que los mismos afecten a su estabilidad personal.

Se observa, por tanto, que la discapacidad del menor es tenida en cuenta en la fijación del régimen de guarda exclusiva, pero se garantiza su derecho a relacionarse con su padre a través del establecimiento de un amplio régimen de visitas. En cambio, en la Sentencia de la audiencia provincial de Córdoba de 23 de enero de 2018 se adopta un régimen de custodia compartida sobre los dos hijos menores, uno de ellos con discapacidad, al quedar perfectamente acreditado que el régimen de guarda exclusiva otorgado a la madre no era beneficioso para el menor con discapacidad. En ambos casos, la discapacidad no es la causa de la fijación del régimen sino tan solo un factor de ponderación.

## El procedimiento administrativo común sancionador

El procedimiento consta de las siguientes fases: iniciación, instrucción y terminación.

Como ya se ha dicho, el procedimiento sancionador (por mandato expreso general del artículo 63.1. de la Ley del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC) y específico del artículo 101 de la LGDPD) se inicia de oficio por acuerdo del órgano competente. En todo caso, el acuerdo de incoación o iniciación podrá ser precedido de determinadas *actuaciones previas* (artículo 55 de la LPAC) con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto o la conveniencia o no de iniciar el procedimiento. En el caso del procedimiento sancionador estas actuaciones estarán orientadas

> a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables, y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros. Las actuaciones previas serán realizadas por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia, y en defecto de estos, por la persona u órgano administrativo que se determine por el órgano competente para la iniciación o resolución del procedimiento.

Además, en el caso concreto de que las infracciones se produzcan en un ámbito superior al de una comunidad autónoma, y conforme al ya citado artículo 100 de la LGDPD, el órgano competente para iniciar el procedimiento deberá recabar —como actuación previa— informe acerca del contenido de la denuncia, orden o petición, de los órganos competentes de las comunidades autónomas en cuyo territorio se hubieran producido las conductas o hechos que pudieran constituir infracción y de la Oficina de Atención a la Discapacidad, a la que nos referiremos más adelante. Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con la jurisprudencia, las actuaciones previas no forman parte del expediente administrativo, salvo que se acuerde por la Administración su incorporación, por lo que su existencia no determina, *per se*, la incoación de un expediente sancionador ni su tramitación está sujeta a las normas que sí se aplican a este.

Por otro lado, como en todos los procedimientos que se inician de oficio (artículo 58 de la LPAC), el acuerdo de incoación o iniciación puede ser adoptado por propia iniciativa del órgano competente o bien como consecuencia de algunas de las siguientes actuaciones:

a) Por orden superior: "la orden expresará, en la medida de lo posible, la persona o personas presuntamente responsables; las conductas o hecho que pudieran constituir infracción administrativa y su tipificación; el lugar, la fecha, fechas o periodo de tiempo continuado en que los hechos se produjeron" (Artículo 60.2. de la LPAC).

b) A petición razonada de otros órganos: las peticiones deberán especificar, en la medida de lo posible, la misma información a la que se ha hecho referencia en el párrafo anterior (Artículo 61.3 de la LPAC).

c) Por denuncia: las denuncias, que pueden ser presentadas por cualquier persona en cumplimiento o no de una obligación legal (artículo 62.1) "deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presenten y el relato de los hechos que pudieran constituir una infracción administrativa, la fecha de su comisión y, cuando sea posible, la identificación de los presuntos responsables" (Artículo 62.2. de la LPAC). Al igual que en el caso de las actuaciones previas, y según ha fijado también la jurisprudencia, la formulación de la denuncia no produce por sí misma la iniciación del procedimiento, para lo que es necesario que recaiga el acuerdo del órgano competente. No obstante, debe entenderse que, si la denuncia aparece fundada, en el sentido de que ofrece indicios racionales de la comisión de una infracción, la Administración está obligada a realizar la actuación proporcionada para su verificación, y ello independientemente de la ulterior decisión, una vez efectuada la actividad de investigación y comprobación, acerca de si incoa o no un procedimiento sancionador. Es decir, se admite la legitimación de la persona denunciante para acudir a la vía contencioso-administrativa cuando lo que se pretende en el proceso no es la imposición de una sanción a la persona denunciada, sino que la Administración acuerde la incoación o iniciación del oportuno procedimiento y desarrolle una actividad de investigación y comprobación en el marco de sus atribuciones (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 y 7 de diciembre de 2011, Recs. 320 y 168/2010, Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2017, Rec. 4693/2017)

En cuanto al acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador, deberá contener al menos la siguiente información (artículo 64.2 de la LPAC): identificación de la persona o personas presuntamente responsables; los hechos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte en la instrucción; identificación del instructor y, en su caso, secretario del procedimiento, con expresa indicación del régimen de recusación de los mismos; órgano competente para la resolución del procedimiento y norma que le atribuye tal competencia, indicando la posibilidad de que el presunto responsable pueda reconocer voluntariamente su responsabilidad; medidas de carácter provisional que se hayan acordado por el órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador; indicación del derecho a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento y de los plazos para su ejercicio, así como indicación de que, en caso de no efectuar alegaciones en el plazo previsto sobre el contenido del acuerdo de iniciación, este podrá ser considerado propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada, aunque según la jurisprudencia del Tribunal Supremo no debe prescindirse del trámite de audiencia (Sentencia del Tribunal Supremo 5 de diciembre de 2001. Ar. 508/2002); información sobre la reducción de la sanción en caso de pago voluntario (artículo 83.5 de la LPAC). Excepcionalmente, cuando en el momento de dictar el acuerdo de iniciación, no existan elementos suficientes para la calificación inicial de los hechos, la misma podrá realizarse en fase posterior mediante la elaboración de un pliego de cargos, que deberá ser notificado a las personas interesadas (artículo 64.3. LPAC). La jurisprudencia suele entender que la falta de notificación de pliego de cargos vicia el procedimiento sancionador, al causar indefensión a la persona inculpada (Sentencia del Tribunal Superior de 16 de noviembre de 2001. Ar. 1479 de 2002). También podrán adoptarse medidas provisionales o cautelares para asegurar la eficacia de la sanción que, en su caso, pueda llegar a imponerse o para impedir la continuidad de la infracción que se persigue. En este sentido, además de las medidas cautelares específicas para este procedimiento sancionador establecidas en el ya citado artículo 102 de la LGDPD, habrá que estar también al resto de medidas que con carácter general la LPAC establece en su artículo 56.

El acuerdo de iniciación se comunicará al órgano instructor del procedimiento, con traslado de cuantas actuaciones existan al respecto, y se notificará a las personas interesadas, entendiendo en todo caso por tal a la persona inculpada (artículo 64.1 LPAC). Todo ello sin dejar de tener en cuenta que conforme a la LDGDP (artículo 89) tanto las personas con discapacidad como sus familias y las organizaciones representativas y asociaciones en que se integran, tendrán la consideración de personas interesadas en estos

procedimientos en los términos previstos en el artículo 4 de la LPAC y con los derechos que tienen reconocidos en el artículo 53. Igualmente, se comunicará a la persona denunciante cuando las normas reguladoras del procedimiento así lo establezcan (artículo 64.1.).

La fase de instrucción puede describirse de forma concisa como aquella en la que se realizan todas las actuaciones necesarias para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades y en este tipo de procedimientos es obligado mantener la "debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, que se encomendará a órganos distintos" (artículo 63.1 de la LPAC). Será, por tanto, el órgano instructor el que, de oficio, realice todos los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución. Los actos que requieran la intervención de las personas interesadas deberán realizarse de la forma que resulte más conveniente para ellas y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales y profesionales. En todo caso, todas estas actuaciones deben desarrollarse por el órgano instructor asegurando el respeto a los principios de contradicción e igualdad de las personas interesadas en el procedimiento (artículo 75 de la LPAC). Estas podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio, que serán tenidos en cuenta por el órgano instructor para la propuesta de resolución (artículo 76 de la LPAC).

Por supuesto, un elemento esencial del procedimiento sancionador son los medios de prueba. En referencia a esta cuestión, debe tenerse en cuenta que el órgano instructor puede abrir un periodo de prueba por un plazo de 10 a 30 días —ampliable por otros 10 días máximo si lo considera necesario— cuando no se tengan por ciertos los hechos alegados por las personas interesadas o la naturaleza del procedimiento lo exija, que son válidos cualesquiera medios de prueba admisibles en derecho, y que la valoración de los mismos se realizará de conformidad con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Criminal. Igualmente, merece resaltarse que el órgano instructor solo podrá rechazar las pruebas propuestas por las personas cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, y siempre mediante resolución motivada (artículo 77 de la LPAC). Respecto a aquellas pruebas que hayan sido admitidas, se comunicará a las personas interesadas, con antelación suficiente, el inicio de las actuaciones necesarias para la realización de las mismas, consignando el lugar, fecha y hora en que se practicarán, con la advertencia a las personas interesadas, en su caso, de que puede nombrar técnicos/as para que le asistan (artículo 78 de la LPAC).

Igualmente, el órgano instructor deberá solicitar aquellos informes que sean preceptivos por las disposiciones legales, y los que se juzguen necesarios para resolver, citando el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de reclamarlos, concretando en la petición el extremo o extremos acerca de los que se solicita (artículo 79 de la LPAC).

Una vez concluida la instrucción del procedimiento, el artículo 89 de la LPAC reconoce al órgano instructor dos posibilidades.

Por un lado, puede resolver la finalización del procedimiento, con archivo de las actuaciones, sin que sea necesaria la propuesta de resolución, cuando en la instrucción del procedimiento se ponga de manifiesto que concurre alguna de las siguientes circunstancias:

> la inexistencia de los hechos que pudieron constituir la infracción; cuando los hechos no resulten acreditados; cuando los hechos probados no constituyan, de modo manifiesto, infracción administrativa; cuando no exista o no se haya podido identificar a la persona o personas responsables o bien aparezcan exentas de responsabilidad; y cuando se concluyera, en cualquier momento, que ha prescrito la infracción.

Lo cierto es que, salvo el último supuesto (prescripción), el resto de los casos se basan en la actividad probatoria realizada por el órgano instructor y que vincula al órgano competente para resolver.

Por otro lado, en el resto de los supuestos, el órgano instructor debe formular una propuesta de resolución que deberá ser notificada a las personas interesadas, a los efectos de cumplir el trámite de audiencia, al que se hizo referencia anteriormente y que aparece estipulado con carácter general en el artículo 82 de la LPAC. Dicha propuesta de resolución deberá indicar la puesta de manifiesto del procedimiento y el plazo para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que se estimen pertinentes. Igualmente, debe fijar

> de forma motivada los hechos que se consideren probados y su exacta calificación jurídica; la infracción que, en su caso, tales hechos constituyan; la persona o personas responsables y la sanción que se proponga; la valoración de las pruebas practicadas, en especial aquellas que constituyan los fundamentos básicos de la decisión; así como las medidas provisionales que, en su caso, se hubieren tomado. Adicionalmente, cuando la instrucción concluya la inexistencia de infracción o responsabilidad, pero el órgano instructor no haga uso de la facultad de finalización del procedimiento, la propuesta de resolución declarará tal circunstancia (Artículo 89.2 y 3.).

Una vez hecha la propuesta de resolución por el órgano instructor, el órgano competente para resolver podrá decidir, mediante acuerdo motivado, la realización de las actuaciones complementarias —por un plazo no superior a 15 días y suspendiéndose durante este tiempo el plazo para resolver el procedimiento— que considere indispensables para la decisión. Dicho acuerdo se notificará a las personas interesadas, que dispondrán de un plazo de 7 días, tras la finalización de las actuaciones, para formular las alegaciones que consideren (artículo 87 de la LPAC).

Si dichas actuaciones complementarias no se consideran necesarias, se procederá directamente a la resolución del procedimiento, que decidirá todas las cuestiones planteadas por las personas interesadas y aquellas otras derivadas del mismo, y en el caso de tratarse de cuestiones conexas que no hubieran sido planteadas por las personas interesadas, también el órgano decisor podrá pronunciarse sobre las mismas, siempre que previamente lo ponga en conocimiento de aquellas por un plazo no superior a 15 días, para que formulen las alegaciones y aporten los medios de prueba que estimen pertinentes (artículo 88. 1 de la LPAC).

En cuanto al contenido de la resolución, además del contenido general de las resoluciones (en particular, decidir las cuestiones planteadas en el procedimiento), en el caso de los procedimientos de carácter sancionador, la resolución incluirá la valoración de las pruebas practicadas, en especial de aquellas que constituyan los fundamentos básicos de la decisión, y fijará los hechos y, en su caso, la persona o personas responsables; la infracción o infracciones cometidas; y la sanción o sanciones que se imponen, o bien la declaración de no existencia de infracción o responsabilidad (artículo 90.1. de la LPAC). Además, expresará los recursos que contra la misma procedan; órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos (artículo 88.3).

Este mismo precepto —artículo 88.3 de la LPAC— afirma que la resolución será motivada en los casos a los que se refiere el artículo 35. A este respecto, la jurisprudencia entiende que el principio de tipicidad impone la obligación de motivar en cada acto sancionador concreto en qué norma se ha efectuado dicha predeterminación y, en el supuesto de que dicha norma tenga rango reglamentario, cuál es la cobertura legal del mismo (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2006, artículo 8.116 y de 10 de diciembre de 2007, Ar. 2008/577). La resolución también debe motivar la existencia de culpabilidad y las pruebas de donde se infiere (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2009, Recurso de Casación RC 2.220/2006), no bastando la simple afirmación

de no concurrencia de ninguna de las causas excluyentes de responsabilidad (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2011, RC 2.123/2009), no pudiéndose subsanar la falta de motivación de la resolución en vía de recurso administrativo o contencioso-administrativo (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009, RC 5.895/2003; Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2011, Recurso de Casación 2.351/2009).

Por otra parte, el artículo 90.2. de la LPAC establece que en la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica. De este modo, el órgano competente para resolver está vinculado a los hechos declarados probados en la fase de instrucción del procedimiento. Ahora bien, siguiendo un criterio asentado en la jurisprudencia, el órgano competente para dictar la resolución no está vinculado a la valoración jurídica que de los hechos aprecie el órgano instructor en su propuesta de resolución. Así, se admite tanto una distinta calificación jurídica de los hechos (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2002, Ar. 2.264) como una aplicación diversa de los criterios de individualización de la sanción (Sentencia del Tribunal Constitucional 117/2002). No obstante, cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción o la sanción revisten mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará a la persona inculpada para que aporte cuantas alegaciones considere convenientes en el plazo de 15 días (artículo 90.2 de la LPAC). Los tribunales exigen, en estos casos de elevación de la calificación de la propuesta, una específica motivación (Sentencia del Audiencia Nacional 162/2016, de 12 de marzo).

En todo caso, debe tenerse en cuenta que existen también otras formas de terminación del procedimiento.

Así, según el artículo 85, una vez iniciado el procedimiento, si en cualquier momento la persona infractora reconoce su responsabilidad, se podrá resolver el procedimiento con la imposición de la sanción que proceda y el pago voluntario de la misma.

Igualmente, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa determina la caducidad del procedimiento sancionador (artículo 25.1.b) de la LPAC). El propio Tribunal Supremo ha declarado la invalidez de una resolución sancionadora extemporánea (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004, Rec. 791/2001). Por supuesto, con carácter general, la caducidad de un procedimiento sancionador no impide la incoación de un nuevo procedimiento por los mismos hechos —al haber dejado imprejuzgada la cuestión de fondo— siempre y cuando no se hubiera producido

la prescripción de la infracción que sí conlleva efectos de cosa juzgada. En cuanto al plazo de caducidad, debe tenerse en cuenta que conforme el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del procedimiento, que no podrá exceder de 6 meses salvo que una norma con rango de ley establezca uno mayor o así venga previsto en el derecho de la Unión Europea. Y cuando la norma reguladora del procedimiento no fije el plazo máximo, este será de 3 meses, a contar —al tratarse de un procedimiento iniciado de oficio— desde la fecha del acuerdo de incoación o iniciación (artículo 21 de la LPAC). La LGDPD no recoge ninguna regulación a este respecto, por lo que habrá que estar a lo dispuesto en la LPAC con carácter residual para las infracciones de la ley con proyección en más de una comunidad autónoma y a las leyes autonómicas en esta materia para aquellas infracciones con proyección en una única comunidad autónoma, siendo de nuevo la LPAC el régimen residual en caso de no que aparezca regulación al respecto en las mismas.

## Sistema de recursos administrativos establecido en la LPAC

En relación con los requisitos para la interposición de los recursos —artículo 115 de la LPAC— son de aplicación los siguientes:

> a) el nombre y apellidos del recurrente, y el medio y lugar donde practicar las notificaciones; b) el acto que se recurre y la razón de su impugnación; c) lugar, fecha y firma del recurrente, así como identificación del medio y, en su caso, del lugar que se señale a efectos de notificaciones; d) órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige el recurso y su correspondiente código de identificación; e) las particularidades que, en su caso, exijan disposiciones específicas.

Además, este mismo artículo establece que el "error o la ausencia de calificación del recurso por parte del recurrente, no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter". Es decir, que si el recurrente, por ejemplo, califica su escrito como recurso de revisión, cuando realmente procede interponer el de alzada, de encontrarse en plazo para este último, la Administración debe tramitar el recurso como si se tratara de tal.

En cuanto a las fases, podemos destacar 2 fases fundamentales: la instrucción o tramitación, y la resolución.

Por lo que se refiere al procedimiento general de tramitación de los recursos administrativos, la LPAC solo regula dos aspectos concretos: la suspensión del acto impugnado y la audiencia a las personas interesadas. No obstante, antes de analizar estos aspectos, se hace necesario dejar claro que existen unas causas de inadmisión de los recursos, que están específicamente establecidas en el artículo 116 de la LPAC y que pueden hacer que el recurso, directamente, no sea admitido y, por tanto, resuelto:

> a) que el órgano administrativo sea incompetente, cuando el competente perteneciera a otra Administración pública; b) carecer de legitimación la persona recurrente; c) tratarse de un acto no susceptible de recurso; d) haber transcurrido el plazo para la interposición del recurso; e) carecer el recurso manifiestamente de fundamento.

Volviendo ahora a los dos aspectos concretos regulados en la LPAC relativos a esta fase, el artículo 117 LPAC establece que, con carácter general, la interposición de cualquier recurso "no suspenderá la ejecución del acto impugnado" (artículo 117.1). No obstante, esa regla general decae en ciertos casos, y el órgano a quien competa resolver, previa ponderación suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría la suspensión al interés público o a terceros y el ocasionado a la persona recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender —de oficio o a petición del recurrente— la ejecución cuando concurran alguna de las siguientes circunstancias: "a) que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación; b) o que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de esta Ley" (artículo 117.2). Dicha suspensión podrá ser tácita —cuando haya transcurrido un mes desde la entrada de la solicitud de suspensión en el registro electrónico de la Administración u organismo competente para resolver sobre la misma sin resolución expresa al respecto por el órgano competente— o expresa, mediante acuerdo de suspensión, que podrá adoptar las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado (artículo 117. 3 y 4).

En cuanto a la audiencia a las personas interesadas —artículo 118 LPAC— será procedente cuando hayan de tenerse en cuenta nuevos hechos o documentos no recogidos en el expediente originario. En este caso, habrá de concederse un plazo entre 10 y 15 días para que las personas interesadas aleguen lo que estimen oportuno. El mismo plazo de alegaciones se concederá a las terceras personas interesadas, es decir, a quienes resulten de uno u otro modo afectadas por la resolución del recurso, aún sin haberlo interpuesto. El trámite de audiencia es de importancia trascendental, porque la falta de presentación de alegaciones o pruebas en este momento cierra la posibilidad de hacerlo en cualquier otro momento posterior a la tramitación del procedimiento.

La tramitación del recurso administrativo concluye mediante una resolución (artículo 119 de la LPAC). Dicha resolución puede: a) estimar en todo o en parte las pretensiones; b) desestimarlas; c) o declarar la inadmisión. Igualmente, si existe un vicio de forma se puede ordenar la retroacción del procedimiento al trámite omitido. Por otro lado, la resolución del recurso puede tratar cuantas cuestiones plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por las personas interesadas. Ahora bien, una garantía fundamental es que la resolución será congruente con las peticiones de la persona interesada, sin que, además, en ningún caso, pueda agravarse su situación inicial (principio conocido como prohibición de *reformatio in pejus* —cambio a peor—).

La resolución de los recursos administrativos pone fin a la vía administrativa y posibilita acudir a la vía judicial contencioso-administrativa. En todo caso, el silencio administrativo siempre tiene carácter negativo. Por tanto, en caso de no recibirse contestación se debe entender desestimado el recurso y se puede entonces acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por lo que respecta a los recursos administrativos, no hace falta para su presentación contar con un o una profesional de la abogacía ni con procurador/a, pero puede resultar conveniente contar con asistencia legal en función de la complejidad del asunto. Podemos distinguir 3 clases de recursos administrativos: el recurso de alzada, el potestativo de reposición, y el extraordinario de revisión.

El recurso de alzada (artículos 121 y 122 LPAC) es el recurso administrativo típico, general y usual para agotar la vía administrativa previa. Se configura como un recurso ordinario y generalmente preceptivo, es decir, que su interposición es un requisito necesario para la posterior interposición de un recurso judicial, de forma que la no interposición de este recurso provoca la firmeza del acto administrativo.

El carácter preceptivo del recurso supone, además, que no pueden introducirse en vía de recurso judicial pretensiones que no hayan sido previamente planteadas ante la Administración con ocasión del recurso administrativo. Es lo que se conoce como efecto preclusivo de la vía administrativa previa. La única excepción a este carácter preceptivo se da cuando se impugna un acto administrativo por la vía judicial especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, en cuyo caso, y en respeto de la rapidez de tramitación que exige este tipo de asuntos, el legislador le otorga un carácter meramente potestativo o facultativo (artículo 115 de la LJCA, Ley 29/1998, de 22 de abril, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa)

El recurso de alzada tiene por objeto la impugnación de actos administrativos —resoluciones— que no agoten la vía administrativa e incurran en algún tipo de invalidez, ya sea nulidad de pleno derecho (artículo 47 de la LPAC) o anulabilidad (artículo 48 de la LPAC). También pueden recurrirse los actos de trámite en los términos a los que se hizo referencia con anterioridad. Con la interposición del recurso, además de pretender la anulación del acto administrativo, puede unirse a esta pretensión la de indemnización por los daños y perjuicios que el mismo hubiese producido.

En cuanto al plazo para su interposición, el artículo 122 difiere según se presente frente a una resolución expresa, en cuyo caso será de un mes —a contar desde la fecha en que se hubiere recibido la notificación del acto a

impugnar (en todo caso debe tenerse en cuenta que la notificación del acto debe especificar el plazo para interponer el recurso, conforme a los artículos 40.2 y 88.3 de la LPAC)— o presunta —por silencio administrativo—, en cuyo caso podrá interponerse en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo.

El recurso podrá interponerse ante el órgano que dictó el acto que se impugna o ante el órgano competente para resolverlo (artículo 121.2), que es siempre el superior jerárquico del que dictó el acto impugnado (artículo 121.1). En el primer caso, el órgano que lo dictó será responsable de su remisión en el plazo de 10 días al que resulte competente para resolverlo, acompañado de un informe y de una copia completa y ordenada del expediente.

El plazo de resolución y notificación del recurso es de 3 meses (artículo 122.2) y la resolución expresa puede contener los siguientes pronunciamientos: 1º. Estimación del Recurso: significa que se aceptan todas las pretensiones de la persona recurrente; 2º. Estimación parcial del recurso: se aceptan algunas pretensiones de la persona recurrente; 3º. Desestimación del recurso: no se acepta ninguna pretensión de la persona recurrente; 4º. Inadmisión: la resolución del recurso declara que este resulta inadmisible, por alguna razón concreta, como por ejemplo, estar presentado fuera de plazo, no tener la persona recurrente legitimación para interponerlo, o cualquier otra.

Transcurridos 3 meses desde la interposición del recurso de alzada sin que recaiga resolución, se podrá entender desestimado el mismo —silencio administrativo negativo— salvo en el caso de que el recurso de alzada se presente contra un acto presunto —por silencio administrativo negativo— en cuyo caso, el silencio administrativo será entendido de forma positiva, es decir, como estimación del recurso (artículos 122.2 y 24.1 párrafo 3º de la LPAC).

Contra la resolución del recurso de alzada no cabe ningún recurso administrativo, salvo el de revisión (artículo 122.3), debiendo el particular dirigirse a la vía judicial contencioso-administrativa si desea proseguir sus acciones.

El recurso de reposición (artículos 123 y 124 de la LPAC) es un recurso administrativo ordinario y potestativo, lo que supone que el particular puede optar por interponerlo, o bien por acudir directamente a la vía judicial contencioso-administrativa. En todo caso, si se ha interpuesto este recurso, no podrá interponer recurso contencioso-administrativo, hasta que el recurso de reposición sea resuelto o se haya producido la desestimación presunta, por silencio negativo en caso de no recibir contestación (artículo 123.2).

A diferencia de lo que sucede con el recurso de alzada, el de reposición tiene por objeto la impugnación de los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa (incluidas las propias resoluciones de los recursos de alzada) e incurran en algún tipo de invalidez, ya sea nulidad de pleno derecho (artículo 47 de la LPAC) o anulabilidad (artículo 48 de la LPAC) y se interponen ante el mismo órgano que los hubiere dictado (artículo 123.1).

El plazo de interposición de este recurso se rige por las mismas reglas que el de alzada: un mes frente a actos expresos y en cualquier momento frente a actos presuntos (artículo 124.1). No obstante, no pasa lo mismo con el plazo de resolución, que en este caso es solamente de un mes (artículo 124.2) ni con el silencio administrativo que, conforme a una interpretación a *sensu contrario* del art 24.1. párrafo 3º, tiene efectos desestimatorios en todo caso.

Por último, debe hacerse constar que contra la resolución de un recurso de reposición no cabrá interponer de nuevo este recurso (artículo 124.3).

El recurso extraordinario de revisión (artículos 113, 125 y 126 de la LPAC) ostenta un carácter excepcional y por tanto los motivos de impugnación son objeto de interpretación restrictiva. Se trata de un recurso que procede contra los actos firmes en vía administrativa (que ya no pueden reclamarse a través de los recursos ordinarios de alzada o potestativo de reposición), pero exclusivamente en una serie de supuestos tasados.

Así, según el artículo 125,

> contra los actos firmes en vía administrativa podrá interponerse el recurso extraordinario de revisión ante el órgano administrativo que los dictó, que también será el competente para su resolución, cuando concurra una de las siguientes circunstancias: a) que al dictarlos se hubiera incurrido en un error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente; b) que aparezcan o se aporten documento de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida; c) que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o posterior a aquella resolución; d) que la resolución se hubiera dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y que se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme (artículo 125.1).

En cuanto al plazo para su interposición, si estamos en el supuesto a) del párrafo anterior será de 4 años desde la fecha de notificación de la resolución impugnada. En el resto de supuestos, el plazo será de 3 meses a contar desde el

conocimiento de los documentos o desde que la sentencia judicial quedó firme (artículo 125.2).

Por su parte, el artículo 22.9 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado exige que este órgano emita un dictamen, preceptivo y no vinculante, con carácter previo a la resolución del recurso extraordinario de revisión. Dicho dictamen solo es exigible cuando el procedimiento sea tramitado por la Administración del Estado. En cuanto a los recursos que se interpongan contra actos de las comunidades autónomas y las entidades locales, habrá que estar a lo que disponga la legislación autonómica correspondiente. En este sentido, la mayoría de las leyes reguladoras de los altos cuerpos consultivos autonómicos no imponen dicho dictamen, con algunas excepciones como las de Galicia y la Comunidad Valenciana.

El artículo 126.1. de la LPAC contempla, por otro lado, la posibilidad de inadmitir a trámite el recurso extraordinario de revisión, sin necesidad de dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo correspondiente —pero mediante resolución motivada— cuando su interposición no se funde en alguno de los motivos legales tasados y cuando se hubiesen desestimado en cuanto al fondo otros recursos sustancialmente iguales.

El plazo de resolución es de 3 meses, siendo el silencio negativo —acto presunto desestimatorio— (artículo 126.3). Si la resolución expresa es estimatoria, debe contener un pronunciamiento adicional sobre el problema de fondo —artículo 126.2—, o, dicho de otra forma, en la misma resolución del recurso se incluirá un nuevo pronunciamiento en sustitución del acto impugnado, lo que equivale, en la práctica, a que se dicte una nueva resolución sobre el asunto.

## Procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración

El procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración —al igual que ocurría con el procedimiento sancionador— es el procedimiento administrativo común, aunque la LPAC ha añadido ciertas especialidades. La primera, y más llamativa, es la existencia de dos diferentes procedimientos para exigir la responsabilidad: el general —regulado a lo largo de la LPAC— y el simplificado —recogido en el artículo 96.4 de la LPAC—.

La iniciación puede producirse de oficio —artículo 65 de la LPAC— o a instancia de parte —artículo 67 de la LPAC—. En esta última se articula a través de un escrito de reclamación —también llamado acción— de responsabilidad, redactado conforme al formulario general del escrito de alegaciones, con las correspondientes adaptaciones. El escrito de reclamación, además de los datos habituales (artículo 66), debe contener una descripción de las lesiones producidas, la fecha en que acontecieron, una demostración del vínculo causal que une el daño con la actividad de la Administración, así como su evaluación económica. Irá acompañado de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse la persona reclamante.

El plazo de prescripción de la acción es de un año, a contar, normalmente, desde el momento de producirse el hecho o acto lesivo o desde que se manifieste su efecto lesivo.

Por lo que respecta a la instrucción, tiene lugar conforme a las reglas generales del título IV de la LPAC, salvo algunas especialidades. En cuanto a los informes, el artículo 81 de la LPAC recoge como preceptivo la solicitud de informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable, no pudiendo exceder de 10 días el plazo de su emisión. Continuará el procedimiento con el trámite de audiencia a las personas interesadas que, como afirma el artículo 82 de la LPAC, será anterior a la solicitud del informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico o a la solicitud de Dictamen del

Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma, en el caso de que estos formaran parte del procedimiento. Las personas interesadas, en un plazo no inferior a 10 días ni superior a 15, podrán alegar y presentar los documentos que estimen oportunos. Y podrá prescindirse del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por las personas interesadas. Posteriormente debe producirse la propuesta de resolución, salvo en el caso en que sea necesario también el informe del órgano consultivo competente al que acaba de hacerse referencia. Estamos en este supuesto, en la Administración General del Estado, cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50 000 así como en los casos previstos en la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado. En estas circunstancias será preceptivo también —aunque no vinculante— solicitar dictamen del Consejo de Estado. En el caso de las comunidades autónomas y entidades locales se aplica el mismo régimen salvo que la legislación autonómica prevea otra cosa, emitiéndose el informe por el Consejo Consultivo u órgano equivalente, cuando exista. El dictamen se emitirá en el plazo de dos meses y deberá pronunciarse sobre la existencia o no de una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida; así como, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización (artículo 81 de la LPAC).

En relación con la propuesta de resolución, esta ha de pronunciarse sobre la existencia o no de una relación de causalidad, la valoración del daño y la cuantía de la indemnización (artículo 91.2 de la LPAC). El plazo de resolución y, en su caso, de notificación del procedimiento es de 6 meses y los efectos del silencio administrativo, desestimatorios de la pretensión de la persona recurrente (artículo 91.3 de la LPAC). En cuanto al órgano competente para reconocer de la reclamación —artículo 92 LPAC— en la Administración del Estado es como regla general, el Ministro o Ministra del departamento en que se integre el órgano causante del daño. Excepcionalmente, corresponderá la competencia al Consejo de Ministros, cuando la ley así lo señale expresamente. Este es el caso que contempla el artículo 32.8 de la Ley del régimen jurídico del sector público, que le atribuye la competencia para establecer la indemnización procedente cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad. Por lo que respecta a las comunidades autónomas, su legislación específica determina generalmente que el órgano competente para resolver es asimismo el máximo responsable del departamento (Consejero/a o cargo asimilado). En las corporaciones locales no existe disposición específica, por lo que debe entenderse como competente a la

persona que ocupe la alcaldía en los municipios, y a la presidencia de la diputación, en las provincias.

En cuanto al procedimiento simplificado —artículo 96.4 de la LPAC— procede su tramitación si, una vez iniciado el procedimiento general, el órgano competente para su tramitación considera inequívoca la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización. En este caso, la instrucción seguirá exclusivamente los trámites previstos para el procedimiento simplificado —artículo 96.6 de la LPAC— cuyo plazo de resolución es de 30 días. Aunque la ley no se pronuncia, debe entenderse que el silencio administrativo es igualmente desestimatorio.

Los actos que ponen fin a estos procedimientos —tanto el general como el simplificado— agotan la vía administrativa —artículo 114.1e) de la LPAC— y son, por tanto, susceptibles bien de recurso potestativo de reposición bien de recurso judicial contencioso-administrativo.

## Procedimiento sancionador en el orden social

Existe una actividad inspectora previa al procedimiento sancionador que culmina con el acta de la Inspección. Según dispone el artículo 9 del Real Decreto 928/1998, la actividad previa de comprobación podrá iniciarse:

> a) Por orden superior de la autoridad competente, tanto de la Administración General del Estado como Autonómica, a través del titular de la Dirección de la Dirección Especial, Dirección Territorial, Jefatura de Inspección Provincial o, en su caso, Unidad especializada. b) Por orden de servicio del titular de la Dirección Especial, de la Dirección Territorial, de las Jefaturas de la Inspección Provincial, de sus Unidades especializadas, o del Inspector encargado del equipo, en aplicación de los planes, programas y directrices sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. c) Por petición de cualquier órgano jurisdiccional cuando determine su objeto, amplitud y finalidad. d) Por petición concreta de los organismos de la Seguridad Social, que colaborarán con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social conforme dispone el artículo siguiente, o a solicitud de otra Administración pública. e) Por propia iniciativa del Inspector de Trabajo y Seguridad Social teniendo en cuenta criterios de eficacia y oportunidad según lo determinado en las disposiciones vigentes. f) Por denuncia de hechos presuntamente constitutivos de infracción en el orden social.

El escrito de denuncia deberá contener los hechos presuntamente constitutivos de infracción en materias para las que resulte competente la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, fecha y lugar de su acaecimiento, identificación de las personas presuntamente responsables y demás circunstancias relevantes.

La persona denunciante tendrá derecho a ser informada del estado de tramitación de su denuncia, de los hechos que se hayan constatado y de las medidas adoptadas al respecto, únicamente cuando el resultado de la investigación afecte a sus derechos individuales o colectivos reconocidos por la normativa correspondiente al ámbito de la función inspectora.

En el supuesto de que la denuncia diera lugar al inicio de un procedimiento sancionador, la persona denunciante podrá tener, en su caso, la condición de interesada.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social (la Inspección), finalizada la actividad comprobatoria inspectora, podrá adoptar, entre otras, las siguientes medidas: a) advertir y requerir al sujeto responsable, en vez de iniciar un procedimiento sancionador; b) requerir al sujeto responsable para que, en el plazo que se le señale, adopte las medidas en orden al cumplimiento de la normativa de orden social o subsane las deficiencias observadas en materia de prevención de riesgos laborales; c) iniciar el procedimiento sancionador mediante la extensión de actas de infracción o de infracción por obstrucción.

Las actas de infracción de la Inspección reflejarán los hechos constatados, la infracción que se impute, con expresión del precepto vulnerado, la calificación de la infracción, en su caso la graduación de la sanción, la propuesta de sanción y su cuantificación.

El acta será notificada por la Inspección al sujeto o sujetos responsables, que dispondrá de un plazo de quince días para formular las alegaciones que estime pertinentes en defensa de su derecho, ante el órgano competente para dictar resolución. Transcurrido el indicado plazo y previas las diligencias necesarias, si se hubieren formulado alegaciones se dará nueva audiencia a la persona interesada por término de ocho días, siempre que de las diligencias practicadas se desprenda la existencia de hechos distintos a los incorporados en el acta. A la vista de lo actuado, por el órgano competente se dictará la resolución correspondiente.

El Ministerio Fiscal deberá notificar, en todo caso, a la autoridad laboral y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la existencia de un procedimiento penal sobre hechos que puedan resultar constitutivos de infracción. Dicha notificación producirá la paralización del procedimiento hasta el momento en que el Ministerio Fiscal notifique a la autoridad laboral la firmeza de la sentencia o auto de sobreseimiento dictado por la autoridad judicial.

Contra las resoluciones se podrá interponer recurso de alzada en el plazo de un mes ante el órgano superior competente por razón de la materia.

Las resoluciones sancionadoras firmes en vía administrativa serán inmediatamente ejecutivas.

En lo que atañe al tema que nos ocupa, el artículo 40 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social establece la cuantía de las sanciones.

En este sentido, las infracciones en materia de relaciones laborales y empleo se sancionarán: a) Las leves, en su grado mínimo, con multas de 70 a 150 euros; en su grado medio, de 151 a 370 euros; y en su grado máximo, de 371 a 750 euros. b) Las graves con multa, en su grado mínimo, de 751 a 1 500 euros, en su grado medio de 1 501 a 3 750 euros; y en su grado máximo de 3 751 a 7 500 euros. c) Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 7 501 a 30 000 euros; en su grado medio de 30 001 a 120 005 euros; y en su grado máximo de 120 006 euros a 225 018 euros.

Por su parte, las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales se sancionarán, según el mismo artículo: a) Las leves, en su grado mínimo, con multa de 45 a 485 euros; en su grado medio, de 486 a 975 euros; y en su grado máximo, de 976 a 2 450 euros. b) Las graves con multa, en su grado mínimo, de 2 451 a 9 830 euros; en su grado medio, de 9 831 a 24 585 euros; y en su grado máximo, de 24 586 a 49 180 euros. c) Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 49 181 a 196 745 euros; en su grado medio, de 196 746 a 491 865 euros; y en su grado máximo, de 491 866 a 983 736 euros.

# Tutela judicial especial

Por Begoña Vidal Fernández

## 1. El incidente de nulidad

La resolución que se impugna mediante el incidente de nulidad no debe ser susceptible de recurso ordinario ni extraordinario —artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ)—. Aunque con exactitud, y a pesar de la literalidad del precepto, no siempre existirá una coincidencia entre la resolución firme que permite la interposición del incidente y el auténtico objeto de este, el acto o actos vulneradores de derechos, que pueden ser previos a esta.

En cuanto a la competencia, "será competente para conocer de este incidente el mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza" (artículo 241.1. 2º de la LOPJ). Acerca de las dudas constitucionales que planteaba la presentación del incidente ante el mismo órgano, incluso con idéntica composición, al que se imputa la presunta vulneración de derechos, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han respondido reiteradamente negando que ello ponga en entredicho la imparcialidad objetiva del juzgador/a (sirva como ejemplo la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/2013).

El plazo

> para pedir la nulidad será de veinte días, desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución (artículo 241.1. 2º de la LOPJ).

Los plazos de interposición se interrumpen si se formula una petición de aclaración, rectificación, subsanación o complemento de la resolución definitiva firme en relación con la que se formula el incidente (artículo 267.9 de la LOPJ).

El juzgado o tribunal inadmitirá a trámite, mediante una providencia motivada en forma sucinta, cualquier incidente en el que se pretenda alegar otras cuestiones diversas a aquellas que no consistan en la eventual lesión nueva y autónoma de un derecho fundamental que sea atribuible en todo caso a la resolución que pone fin al proceso, sin que sea oportuno en tal incidente suscitar del órgano un replanteamiento integral del fondo del asunto a fin de que este reconsidere su decisión previa. Contra la resolución por la que se inadmita a trámite el incidente no cabrá recurso alguno. Cuando se admite a trámite el escrito en que se pida la nulidad no queda en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución, salvo que se acuerde de forma expresa la suspensión para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad (artículo 241.1.3º y apartado 2.1º respectivamente de la LOPJ).

Se dará traslado del escrito de petición de nulidad, junto con copia de los documentos que se acompañasen, en su caso, para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde, a las demás partes, para que en el plazo común de cinco días formulen sus alegaciones por escrito, a las que acompañarán los documentos que estimen pertinentes (artículo 241.2.1º de la LOPJ).

Si se estimara la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido (artículo 241. 2. 2º de la LOPJ).

Si se desestimara la solicitud de nulidad, se condenará, por medio de auto, al solicitante en todas las costas del incidente, y en caso de que el juzgado o tribunal entienda que se promovió con temeridad, impondrá, además, una multa de 90 a 600 euros" (artículo 241.2.2º de la LOPJ).

Contra la resolución que resuelva el incidente no cabrá recurso alguno (artículo 241.2.3º de la LOPJ).

Una mención, aunque sea breve, merece también la modificación del recurso de casación contencioso-administrativo por la disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio. Reforma que ha dado lugar al "recurso de casación por interés casacional", eliminando sustancialmente la doble instancia en el orden contencioso-administrativo y "objetivando" el recurso de casación, en línea muy similar a lo acontecido con el recurso de amparo del año

2007. Con la pretendida finalidad de que la casación deje de ser concebida como una tercera instancia reforzando su función nomofiláctica.

En pocas palabras, la referida "objetivación" de la casación contencioso-administrativa ha generado un "estrechamiento" en el acceso de controversias al Tribunal Supremo, lo cual genera un impacto en la protección de los derechos fundamentales, equivalente, *mutatis mutandis*, a la señalada más arriba en relación con lo ocurrido en 2007 respecto del recurso de amparo. Así, la eliminación de una instancia en la vía previa supone un innegable efecto colateral en el esquema general de tutela de los derechos fundamentales, especialmente destacado si tenemos en cuenta dos factores: el orden jurisdiccional contencioso-administrativo es el llamado a resolver los conflictos suscitados frente a las Administraciones públicas, principal vulnerador en términos históricos de los derechos fundamentales —baste aquí recordar el origen de estos como freno al poder público en el tránsito del Antiguo Régimen al Estado Liberal de Derecho en la primera fase del constitucionalismo moderno—; además, el Tribunal Supremo es el máximo órgano en materia de interpretación de la legalidad ordinaria en todos los órdenes jurisdiccionales (artículo 123.1 de la Constitución española), y ello lo convierte con frecuencia en la última instancia de la jurisdicción ordinaria ante la que reclamar la reparación de los derechos fundamentales. De nuevo la conexión con la admisión del amparo constitucional y el requisito del agotamiento de la vía judicial previa se hace patente y problemática.

## 2. Proceso especial para la protección de los derechos de la persona (orden jurisdiccional contencioso-administrativo)

La Ley Orgánica del Poder Judicial establece en su artículo 24 que en el orden contencioso administrativo se dirimen pretensiones referidas a disposiciones de carácter general o a actos de las Administraciones públicas españolas. Así, en este orden se resuelven las reclamaciones efectuadas por la ciudadanía o por entidades frente a la Administración del Estado, de las comunidades autónomas, de los ayuntamientos y demás organismos públicos. Los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), concretan esta competencia.

Son tres los procesos legislativamente previstos para solicitar la tutela de los tribunales frente a actos de las Administraciones vulneradores de derechos fundamentales de la ciudadanía:

A) El denominado *proceso especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona* (regulado en los artículos 114 a 121 de la LJCA);

B) *Protección del derecho fundamental de reunión* (regulado en el artículo 122 LJCA); y

C) *Contencioso electoral (procesos electorales) para la protección del derecho de sufragio consagrado en el artículo 23 CE* (regulados en la Ley Orgánica 5/1985 de Régimen Electoral General).

Para este estudio, nos centraremos en el primero de ellos. El proceso de protección del derecho fundamental de reunión, tiene como objeto la protección del derecho de reunión pacífica y sin armas consagrado en el artículo 21 de la Constitución española; el denominado contencioso electoral es un proceso especial para la tutela del derecho fundamental de representación del artículo 23 (en relación con el artículo 13.2) de la Constitución española, de sufragio activo y pasivo, que permite la impugnación de los acuerdos: de proclamación de candidaturas[203] y de candidatos/as electos/as así como de presidentes/as de las corporaciones locales[204].

Pues bien, el llamado por la propia LJCA "procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona", se encuentra regulado dentro del Título V, que recoge los "Procedimientos especiales". Así el artículo114.1 LJCA/98 dispone: "el procedimiento de amparo establecido en el artículo53.2 CE se regirá, en el orden contencioso-administrativo, por lo dispuesto en este Capítulo y, en lo no previsto en él, por las normas generales de la presente ley". Estamos ante verdaderos *procesos especiales,* que son aquellos establecidos para que a través de ellos se deduzcan pretensiones determinadas, de manera que su uso para hacer valer otras pretensiones distintas debe conllevar la inadmisión de la demanda por inadecuación del procedimiento. Lo único que puede constituir el objeto de este proceso especial está expresamente contemplado en el artículo 114.2 de la LJCA: "Podrán hacerse valer en este proceso las pretensiones a que se refieren los artículos 31 y 32[205], siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado".

[203] Procedimiento del artículo 49 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.
[204] Estos dos por el procedimiento de los artículos 109 a 117 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.
[205] — Anulación de acto administrativo, e indemnización.
— Condena a la administración a actuar (contra la inactividad administrativa).
— Declarar contrario a derecho, ordenar el cese de una actuación, ordenar la adopción de medidas necesarias (contra la vía de hecho).

El objeto de este proceso, que lo justifica como proceso especial lo constituye la impugnación de actos y omisiones de la Administración (lo que puede ser también objeto del proceso contencioso-administrativo ordinario) vulneradores de derechos y libertades fundamentales. En esta última especificación reside la especialidad.

El ámbito material de protección de este proceso especial se extiende a todos los derechos y libertades a que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución española, por consiguiente: artículos 14 a 29 y el 30.2 de la Constitución española.

La pretensión que se puede hacer valer a través de este proceso especial la constituye la petición de tutela dirigida al órgano jurisdiccional, de que se le restablezca en el derecho fundamental vulnerado por la actuación o la omisión ilegal de la Administración, en relación con disposiciones, actos, vías de hecho e inactividad administrativa que lesionen derechos fundamentales. A estos efectos se entiende por actos: tanto los actos de trámite como los definitivos, y tanto los presuntos o tácitos[206] como los expresos, así como las omisiones o inactividades administrativas, siempre que sean capaces de causar la lesión de un derecho fundamental. La vía de hecho, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, comprende en este marco toda actuación material de la Administración realizada sin un acto administrativo previo que le sirva de título jurídico, viciada de incompetencia, con ausencia de cobertura legal o con ausencia de procedimiento.

## 2.1. Características de este proceso

El artículo 53.2 de la Constitución española exige que esté basado en los principios de preferencia y sumariedad. Esas han de ser por tanto las 2 primeras características.

A) Preferencia: está expresamente consagrada en el artículo 114.3 de la LJCA. Implica su absoluta prioridad sobre los demás asuntos ordinarios que se tramiten ante el mismo órgano jurisdiccional, exigiendo su despacho previo, aunque su entrada haya sido posterior. La preferencia se manifiesta también en la prioridad en las fechas para la celebración de la vista, la votación y el fallo. Esta exigencia implica asimismo que no es preceptivo agotar la vía administrativa previa, según jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues así se deduce del artículo 115.1 de la LJCA al

[206] Son tales aquellas manifestaciones de voluntad de la Administración que se expresan a través del comportamiento en que consiste.

fijar el cómputo del plazo para presentar la demanda de amparo "sin más trámites"[207]. De esta expresión se deriva efectivamente que no es necesario agotar la vía administrativa cuando se trata de la vulneración de derechos fundamentales, pero también que no lo impide. Decidir recurrir previamente ese acto en vía administrativa o no, es una facultad concedida al actor que tiene como consecuencia modificar el cómputo del plazo para presentar la demanda, pues en caso de haber recurrido en vía administrativa, este plazo comienza a contar al día siguiente al vigésimo de la presentación del recurso administrativo, tanto si la Administración ya ha contestado o no.

B) Sumariedad: Desde el punto de vista procesal estricto la sumariedad hace referencia a una limitación en la cognición del juez/a, derivada de la limitación que se impone a las partes en sus alegaciones y en las pruebas. En este sentido estamos ante un procedimiento en el que las alegaciones de las partes, la prueba y la cognición del juez o jueza están limitados al objeto especial: la vulneración de un derecho fundamental, y cuya sentencia goza de fuerza de cosa juzgada material, aunque limitada por el objeto específico y propio de este proceso. Esta "sumariedad" supone, unida a la preferencia, una reducción de plazos y simplificación de trámites: rapidez y agilidad a la hora de su tramitación. Las partes pueden solicitar del órgano, en caso de urgencia o cuando las circunstancias del caso lo hagan necesario, que habilite los días inhábiles[208].

Otras características son:

C) Existencia de un trámite previo para el examen de la idoneidad del procedimiento (artículo117 de la LJCA). Es la propia especialidad de este proceso la que justifica y explica este mayor rigor en la admisión de la demanda y solo tiene lugar cuando las personas demandadas solicitan la inadmisión de la demanda. Con el establecimiento de este trámite consagra el legislador un hábito que venía consolidándose en la práctica, cuyo fin era evitar una utilización

[207] Artículo 115.1 de la LJCA: "1. El plazo para interponer este recurso será de diez días, que se computarán, según los casos, desde el día siguiente al de notificación del acto, publicación de la disposición impugnada, requerimiento para el cese de la vía de hecho, o transcurso del plazo fijado para la resolución, sin más trámites. (...)".

[208] Solicitado, el juez/a o tribunal oye a las partes y resuelve por medio de auto dentro de los 3 días siguientes. Acordará en todo caso la habilitación cuando su denegación pueda causar perjuicios irreparables (artículo128.3 de la LJCA).

abusiva de este procedimiento privilegiado buscando sus ventajas: singularmente su carácter preferente, rápido y las mayores facilidades para la suspensión del acto de la Administración recurrido. Consiste en una comparecencia previa de las partes y del Ministerio Fiscal en la que el juez o jueza oye en sus alegaciones sobre la procedencia o no de dar curso a este procedimiento.

D) Escrito de interposición fundamentado. Se introduce este requisito justamente para permitir este examen previo. De manera que es necesario que en el escrito de interposición se "exprese con claridad y precisión el derecho o derechos cuya tutela se pretende y, de manera concisa, los argumentos sustanciales que den fundamento al recurso". Se trata de acreditar *prima facie* la *causa petendi* o fundamentación de la pretensión.

E) Preceptiva intervención del Ministerio Fiscal. La intervención del Ministerio Fiscal se realiza no en calidad de parte sino como mero defensor de la legalidad, y más concretamente de los derechos de la ciudadanía. Se produce en 2 momentos: en la comparecencia prevista en caso de existir motivos de inadmisión del recurso (artículo 117.2), y para presentar sus alegaciones frente a la demanda del recurrente (artículo 119). Es preceptiva, lo que significa que si no interviene ese acto es nulo.

F) No excluye la vía ordinaria. Una vez superada la vía administrativa (agotada o no) y pasado a la judicial o contenciosa, la opción por el proceso ordinario, llamado recurso contencioso-administrativo ordinario, o por este proceso especial, cuando se alega vulneración de derechos fundamentales, es una facultad del actor. Esta vía especial supone una garantía suplementaria, y no puede ser entendida como una reducción de los derechos reaccionales o vías de defensa de los particulares. Consecuentemente, resultan compatibles, si así lo decide el actor, el proceso especial de protección de derechos de la persona y el proceso ordinario, pudiendo interponer simultáneamente ambos. Sin perjuicio de esta posibilidad, conviene tener presente que: 1) No se suspenden los plazos del recurso ordinario mientras se tramita el especial; 2) No cabe iniciar ambos procesos de forma sucesiva (si simultánea) para interponer la misma pretensión; 3) En ambos procesos se produce cosa juzgada en relación con el objeto del mismo: la vulneración del derecho fundamental alegada.

Teniendo en cuenta lo dicho, las posibilidades de opción del demandante son las siguientes:

a) Acogerse a las ventajas de preferencia y sumariedad del proceso especial de protección de derechos de la persona, limitando su alegación a la vulneración del derecho fundamental, y renunciando entonces a plantear cuestión alguna de legalidad ordinaria (ni siquiera subsidiariamente). En este caso, si la sentencia finalmente estima la pretensión y anula la disposición o el acto, o dispone el cese o modificación de la actuación impugnada lesionadora del derecho fundamental, entonces es evidente que produce efectos de cosa juzgada material en relación con ese objeto. Pero si la sentencia es desestimatoria de lo pedido en la demanda, entonces también produce efectos de cosa juzgada limitada al objeto debatido: la infracción lesionadora del derecho fundamental alegada, por lo que no impide que la disposición, acto o actuación administrativa impugnada en el proceso especial pueda ser ahora objeto de impugnación en un proceso ordinario alegando vulneración de la legalidad (no ya vulneración de derecho fundamental). El único obstáculo a esta posibilidad es el plazo, pues la demanda tiene que ser presentada dentro de plazo para ser admitida, y dada la brevedad de los plazos para impugnar actos administrativos[209], esta posibilidad es bastante reducida ya que estos plazos no se suspenden por el hecho de utilizar primero el cauce privilegiado de protección de los derechos de las personas.

b) Utilizar el proceso ordinario, alegando en la demanda tanto vicios de legalidad ordinaria como los lesionadores de derechos fundamentales, renunciando entonces a la preferencia y la sumariedad, pues la vulneración del derecho fundamental es tratada como la vulneración de cualquier precepto.

c) Iniciar simultáneamente ambos procesos: el especial para la defensa de los derechos fundamentales vulnerados, y el ordinario para plantear cuestiones de legalidad ordinaria (dos demandas distintas contra el mismo acto, actuación o disposición basadas en infracciones distintas).

[209] Artículo 46 de la LJCA: "el plazo para presentar un recurso contencioso administrativo ordinario es de 2 meses desde el día siguiente al de la publicación, o de la notificación, de la disposición o acto expreso que ponga fin a la vía administrativa". En caso de actos presuntos (de silencio administrativo) es de 6 meses. "Si el recurso contencioso-administrativo se dirigiera contra una actuación en vía de hecho, el plazo para interponer el recurso será de diez días a contar desde el día siguiente a la terminación del plazo establecido en el artículo 30 si se ha requerido a la Administración para que emita el acto. Si no hubiere requerimiento, el plazo será de veinte días desde el día en que se inició la actuación administrativa en vía de hecho".

## 2.2. Órgano jurisdiccional competente

La LJCA no contiene reglas especiales sobre la competencia para conocer de este proceso especial. Son pues, de aplicación las reglas generales[210]. De manera que conocerán de este proceso los Juzgados de lo contencioso-administrativo[211], los Juzgados Centrales de lo contencioso-administrativo[212], las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunal Superior de Justicia[213], Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional[214] o Sala Tercera o de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo[215], según los criterios de atribución de competencia objetiva, funcional y territorial plasmados en los artículos 6 a 14 de la LJCA. Estos criterios atienden por una parte a la cuantía y a la materia sobre la que recae el acto que se impugna y por otra al órgano emisor de dicho acto.

## 2.3. Postulación

La postulación es la representación procesal profesional de las partes litigantes y la dirección técnica. Puede establecerse el ejercicio de cada una de

[210] El artículo 114.1 de la LJCA expresamente dice que este proceso especial se tramitará conforme lo establecido en este título, y, en lo no previsto en él, según lo establecido en las normas generales de esta misma ley.

[211] Enumera las competencias de estos juzgados el artículo 8 de la LJCA. Se tratará, entre otros, de actos de las entidades o corporaciones locales y organismos dependientes o vinculados a las mismas, de actos o disposiciones de la Administración periférica del Estado o de las comunidades autónomas, sanciones administrativas que consistan en multas no superiores a 60 000 euros o ceses de actividades o de permisos de hasta 6 meses, o en materia de responsabilidad patrimonial por cuantía no superior a 30 050 euros, impugnaciones contra actos de las Juntas Electorales de Zona y de las proclamaciones de candidaturas y de candidatos/as...

[212] Artículo 9 de la LJCA. Conocen de las impugnaciones de los actos dictados por Ministros o por Secretarios de Estado en materia de personal o en materia de responsabilidad patrimonial por cuantía no superior a 30 050 euros, actos de los órganos centrales de la Administración General del Estado que consistan en multas no superiores a 60 000 euros y en ceses de actividades o privación de ejercicio de derechos que no excedan de seis meses.

[213] Artículo 10 de la LJCA. Conocen de las impugnaciones de actos de las Entidades Locales y de las Administraciones de las comunidades autónomas cuyo conocimiento no esté atribuido a los juzgados de lo contencioso administrativo, los actos y resoluciones dictados por órganos de la Administración General del Estado cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea inferior al de Ministro o Secretario de Estado en materias de personal, propiedades especiales y expropiación forzosa, los actos y disposiciones de las Juntas Electorales Provinciales y de Comunidades Autónomas, así como los recursos contencioso-electorales contra acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos y elección y proclamación de presidentes/as de corporaciones locales, y cualesquiera otras actuaciones administrativas no atribuidas expresamente a la competencia de otros órganos de este orden jurisdiccional.

[214] Artículo 11 de la LJCA. Esta Sala conoce de los recursos que se deduzcan en relación con las disposiciones generales y los actos de los Ministros y de los Secretarios de Estado en general y en materia de personal cuando se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera. Asimismo, conocerá de los recursos contra los actos de cualesquiera órganos centrales del Ministerio de Defensa referidos a ascensos, orden y antigüedad en el escalafonamiento y destinos.

[215] Artículo 12 de la LJCA. Conoce de las impugnaciones de los actos y disposiciones del Consejo de Ministros y de las Comisiones Delegadas del Gobierno, los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial y del Fiscal General del Estado, los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo.

esas funciones por un/a profesional distinto/a (representación procesal por un procurador/a y dirección técnica por un/a abogado/a), o que sean ejercidas conjuntamente por un abogado o abogada. También aquí se aplican las normas generales. Cuando se trate de actuar ante un juzgado (órgano unipersonal), los particulares pueden conferir a un procurador/a su representación y a un abogado/a su defensa, o a este/a ambas funciones. Cuando competa conocer a un órgano colegiado (tribunal o audiencia), es preceptiva la representación de Procurador y la defensa técnica de Abogado[216]. Las Administraciones públicas y demás entes públicos actúan defendidos y representados por sus respectivos funcionarios (abogados/as del Estado, letrados/as... Aunque también pueden encomendar en supuestos concretos la representación y defensa a un/a abogado/a colegiado/a)[217].

## 2.4. Capacidad y legitimación

Tienen capacidad procesal[218] para comparecer y litigar ante los tribunales del orden contencioso-administrativo, las personas que la ostenten con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil[219], y además las personas menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Los grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, entidades todas ellas aptas para ser titulares de derechos y obligaciones al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas, también tendrán capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando la Ley así lo declare expresamente[220].

El proceso solo puede desarrollarse válidamente entre partes legítimas o con *legitimación*. La legitimación es un concepto procesal que hace referencia al

[216] Artículo 23 de la LJCA.
[217] Artículo 155 de la LOPJ en relación con el artículo 24 de la LJCA.
[218] La capacidad procesal o para comparecer en un proceso hace referencia a la aptitud para actuar válidamente en el proceso y es correlativa a la capacidad de obrar del derecho civil. Es distinta de la capacidad para ser parte en un proceso, que es la aptitud para ser titular de los derechos y obligaciones que derivan de un proceso, y corresponde a todas las personas físicas por el hecho de nacer y al *nasciturus* a los efectos que le sean favorables, así como a las personas jurídicas a las que la ley se la ha reconocido. Parte litigante es cada una de las personas, físicas o jurídicas, sobre las que recaen los efectos de la sentencia, quien demanda y quien es demandado en un proceso. Pero en ocasiones las partes no tienen capacidad para actuar válidamente en el proceso o capacidad procesal, y necesitan apoyo para que esta actuación sea válida, actuando por ellos en el proceso el representante legal, el curador o el defensor judicial.
[219] La capacidad para ser parte y para actuar válidamente en el proceso está regulada en los arts. 6 y 7 de la LEC. La Ley prevé la adopción de los ajustes que sean necesarios para facilitar el acceso a los procesos civiles de las personas con discapacidad.
[220] Artículo 18 de la LJCA.

vínculo que necesariamente ha de existir entre las partes de un proceso y el objeto del mismo. Este vínculo es el que faculta a las partes para demandar (*legitimación activa)* o ser válidamente demandados (*legitimación pasiva*) en un proceso concreto.

*Está legitimado activamente*[221] el *titular* del derecho fundamental cuya lesión se denuncia (personas físicas o jurídicas), así como quien ostente un *interés legítimo* (existe tal en todo supuesto en que de prosperar la demanda entablada se produzca un beneficio en favor del actor). El Ministerio Fiscal tiene que intervenir preceptivamente, como se ha visto, pero no está legitimado para iniciar este proceso. Por lo que respecta al Defensor del Pueblo, tampoco está legitimado para presentar una demanda en este proceso, pese a habérsele reconocido legitimación activa para iniciarlo ante el Tribunal Constitucional.

La *legitimación pasiva* es la del demandado, esto es, el órgano o autoridad pública autora del acto, disposición, vía de hecho o inactividad lesionadores del derecho fundamental. En consecuencia, son demandables tanto las Administraciones públicas (territoriales e institucionales), como los órganos constitucionales, es decir: el Congreso, el Senado, el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas, el Defensor del Pueblo, las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, las instituciones autonómicas análogas al Defensor del Pueblo y al Tribunal de Cuentas, el Consejo General del Poder Judicial, y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los juzgados y tribunales (Jueces juezas, presidentes/as y Salas de Gobierno), así como los actos de la Administración electoral en los términos que resultan de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

## 2.5. Tramitación

Cabe distinguir las siguientes fases: iniciación, reclamación del expediente administrativo, control de admisibilidad (motivos de inadmisión), formalización de la demanda, traslado a las otras partes y al Ministerio Fiscal, prueba, y sentencia.

1) *Iniciación. (Artículo 115).* Se inicia mediante el "escrito de interposición", en el que se expresará con precisión y claridad: 1. El derecho o derechos cuya tutela se pretende (es decir el derecho presuntamente vulnerado); 2. Los argumentos sustanciales que den fundamento al recurso.

[221] Artículo 19 de la LJCA.

Este escrito es más riguroso porque no es solo el instrumento para activar el aparato jurisdiccional, sino porque fundamentalmente se orienta a que el tribunal pueda reclamar el expediente administrativo a la autoridad implicada con suficientes garantías de procedibilidad. Se le exige al actor especial diligencia como contrapartida al carácter privilegiado de esta tutela. Si quiere beneficiarse de este proceso preferente y acelerado es necesario que aporte al tribunal datos suficientes para proceder y que justifique la lesión que denuncia. A este escrito han de acompañarle los siguientes documentos: la acreditación de la representación (en el caso de actuar con representante legal), la acreditación de la legitimación (en el caso de sucesión procesal), copia o traslado de la disposición o acto expreso que se recurre (tratándose de inactividad o de vía de hecho ha de mencionarse el órgano al que se atribuye la vulneración, así como todo dato que sirva para identificar suficientemente el objeto del proceso).

Recibido este escrito el Tribunal verifica de oficio la corrección de su contenido, y si detecta algún defecto subsanable, señala al actor un plazo de 10 días para subsanarlo.

Dicho escrito ha de ser introducido dentro del plazo de 10 días previsto en el artículo 115.1 (frente al plazo de 2 meses del proceso ordinario). El *dies a quo* o día inicial del cómputo varía dependiendo de si la vulneración se ha producido por actividad de la Administración, por inactividad ilegal, por vía de hecho (distinguiendo en este caso según se le haya requerido o no para que cese en su actuación) o de si se ha presentado un recurso en vía administrativa. Hay que recordar que no es preceptivo (sino potestativo) agotar la vía administrativa (el demandante puede, pero no está obligado a presentar recurso administrativo previo). En consecuencia, el plazo de 10 días comienza a contar (*dies a quo*):

Desde el día siguiente al de la notificación del acto (vulnerador), la publicación de la disposición que se impugna, el requerimiento efectuado para que cese la vía de hecho, o en caso de silencio, del transcurso del plazo fijado para la resolución (si no hay plazo fijado se aplica supletoriamente el de 3 meses para que entre en juego la ficción del silencio administrativo).

Transcurridos 20 días desde la reclamación hecha a la Administración para que actúe, cuando se haya presentado un recurso administrativo:

desde la presentación (haya resuelto o no. Por ello se entiende que el plazo con que cuenta la Administración para resolver es precisamente de 20 días), el inicio de la actuación administrativa en vía de hecho, cuando no se haya formulado requerimiento.

Los plazos son más cortos que en el proceso ordinario, y son improrrogables. Ello quiere decir que una vez transcurridos caduca el derecho y se pierde el trámite que haya dejado de utilizarse[222]. Agosto es hábil, y se puede solicitar la habilitación de días inhábiles por razones de urgencia, tanto en los procedimientos para la protección de derechos fundamentales como en los de adopción de medidas cautelares. Solicitado, el juez o jueza resuelve después de oír a las demás partes, mediante auto, en los 3 días siguientes a la solicitud. Acordará la habilitación solicitada salvo cuando pueda causar perjuicios irreversibles (artículo 128.3 de la LJCA).

2) *Reclamación del expediente administrativo. (Artículo 116.1 y.2). Efectos: Emplazamiento y personación.* El artículo 116 dispone esta reclamación como un trámite esencial del procedimiento, cuya omisión determina el incumplimiento de una norma imperativa que puede dar lugar a la nulidad de las actuaciones procesales. Ello es así porque el principal de sus efectos es precisamente el de suponer el *emplazamiento de la Administración demandada*. La reclamación la realiza el letrado/a de la Administración de Justicia el mismo día o al siguiente de la presentación del escrito, con carácter urgente, para que le sea remitido en un plazo de 5 días (en el proceso ordinario el plazo de remisión es de 20 días), acompañado de los informes y datos que la autoridad administrativa estime procedentes. El expediente debe ser remitido íntegramente, dejando a salvo las excepciones contenidas en el artículo 48.6 de la LJCA (que excluye los documentos clasificados como secreto oficial). La no remisión del expediente no suspende el curso de los autos (artículo 116.4 de la LJCA).

El *incumplimiento* de este plazo provoca que se reitere la reclamación dando un nuevo plazo de 10 días para cumplir, ahora con apercibimiento o advertencia de la imposición de multa coercitiva en caso de nuevo incumplimiento, entre 300 y 1 200 euros al funcionario responsable, (y que se reitere la multa cada 20 días hasta que se cumpla). Este funcionario, autoridad o empleado a

[222] Artículo 128.1 de la LJCA.

quien se haya impuesto la multa, puede interponer recurso de súplica (artículo 48.8 de la LJCA)[223]. Esta multa puede ser hecha efectiva por vía judicial de apremio si no es pagada voluntariamente (artículo 48.9 de la LJCA).

Emplazada la Administración con esta reclamación del expediente, el emplazamiento de los otros posibles demandados corresponde efectuarlo al órgano administrativo ya emplazado. De acuerdo con el artículo 116.2 de la LJCA, al remitir el expediente (al juzgado o sala que se lo ha reclamado) el órgano administrativo comunica a todos los que aparecen como interesados en el expediente reclamado, la interposición del recurso adjuntando copia del escrito de interposición del recurso, y emplazándoles para que puedan comparecer como demandados (en el plazo de 5 días) ante el órgano jurisdiccional. En caso de no realizar este emplazamiento se procede del mismo modo que en relación con el incumplimiento de la obligación de remitir el expediente administrativo reclamado.

La pasividad de la Administración, no enviando el expediente requerido, o haciéndolo tardíamente, no suspende ni retrasa la tramitación. Recibido el expediente dentro del plazo de 5 días (o transcurridos sin haberlo recibido), se pone de manifiesto a las partes para que en las 48 horas siguientes puedan instruirse y hacer las alegaciones que estimen pertinentes (artículo 116.5 de la LJCA). Es en este momento cuando los demandados personados pueden pedir la inadmisibilidad de la demanda por inadecuación del procedimiento.

La Administración se entiende personada por el mero envío del expediente reclamado al juzgado o la sala que lo ha pedido. Las demás personas interesadas han de hacerlo expresamente dentro de dicho plazo de 5 días, compareciendo ante el órgano ante el que han sido emplazadas y presentando un *escrito de personación* con el siguiente contenido: poner de manifiesto que se comparece ante el juez o tribunal como demandado, solicitar que se le tenga por personado en tiempo y forma como parte demandada en los autos, y que se acuerde que se entiendan con él las sucesivas actuaciones y notificaciones.

[223] La "audiencia en Justicia", que es una vía impugnatoria contra los acuerdos de los órganos de gobierno de los Tribunales (jueces, presidentes y Salas) imponiendo correcciones disciplinarias jurisdiccionales a testigos, peritos, abogados, procuradores y demás personas intervinientes en un proceso. El escrito se presenta en los 3 días siguientes al de la notificación de la multa ante el juez/a o tribunal que la haya impuesto, el cual resuelve mediante auto contra el que no cabe recurso. (Vid. Artículo 556 de la LOPJ).

3) *Trámite de admisión: Control de la adecuación del procedimiento. (Artículo 116.3 y artículo 117). (Motivos de inadmisión).* El control de la admisión del recurso se concreta en la verificación de que el objeto del proceso es la vulneración de derechos fundamentales, para cuya satisfacción ha sido diseñado este proceso especial. Por tanto, aunque el artículo 117.2 habla de "posibles motivos de inadmisión" está aludiendo al planteamiento por la parte demandada de una excepción de inadmisibilidad por no ser adecuado el procedimiento al no constituir la pretensión deducida la prevista como objeto de este proceso especial, lo que ocurrirá cuando la actuación impugnada no suponga la vulneración de ninguno de los derechos fundamentales protegidos por el amparo.

La iniciativa de este control corresponde en primer término a la Administración y demás demandados, quienes pudieron solicitar la inadmisión de la demanda en su comparecencia para personarse. Pero también la tiene el órgano de oficio, efectuado por el letrado/a de la Administración de Justicia.

Planteada la existencia de estos motivos (por la Administración o por otros demandados), el letrado/a de la Administración de Justicia convoca a las partes y al Ministerio Fiscal a una comparecencia (dentro de los 5 días siguientes), para que expongan sus alegaciones sobre la conveniencia de proseguir o no con este procedimiento. Oídos, el juez/a dicta auto: mandando proseguir las actuaciones, o acordando la inadmisión de la demanda por inadecuación del procedimiento[224].

La LJCA no dice nada sobre los recursos que caben contra este auto, por lo que se entienden aplicables las normas generales, que conducen a considerar que el auto de inadmisión es apelable si ha sido dictado por un órgano unipersonal, o recurrible en casación si lo fue por una sala:

- de acuerdo con el artículo 80.1.c) de la LJCA: son apelables en 1 efecto los autos de los Juzgados contencioso-administrativos y Juzgados Centrales contencioso-administrativos, que declaren la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo ordinario;

[224] Interesa hacer notar que en este caso no se está impidiendo la utilización del cauce del proceso ordinario sino solo el especial.

- y de acuerdo con el artículo 87.1.a) de la LJCA: cabe recurso de casación contra los autos de las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Nacionales que declaren la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo ordinario.

Cuando no ha habido alegación de excepción de inadecuación del procedimiento, el letrado/a de la Administración de Justicia, recibido el expediente (o transcurrido el plazo), dicta Decreto mandando proseguir las actuaciones, siempre el procedimiento sea el adecuado.

4) *Formalización de la demanda. (Artículo 118 de la LJCA).* Acordada la prosecución del procedimiento, se ponen de manifiesto al recurrente en la secretaría del órgano que está conociendo, el expediente y demás actuaciones, para que formalice la demanda en un plazo de 8 días, acompañándola de los documentos en los que fundamenta sus alegaciones, es decir encaminados a acreditar la vulneración del derecho fundamental. Para ser estimado, el recurso ha de impugnar una disposición, actuación o acto de la Administración fundándose en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, que tenga como consecuencia la vulneración de uno de los derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional (artículo 121.2 de la LJCA).

Si no es formalizada en este plazo, se declara mediante auto caducado el recurso, no obstante, se admite el escrito de demanda, y produce sus efectos legales, si se presenta dentro del día en que se notifique el auto[225]. Contra este auto solo cabe súplica, si aplicamos las normas generales (según el artículo 79.1 de la LJCA, contra los autos no susceptibles de apelación o casación cabe recurso de reposición, en el plazo de 5 días).

Este es el momento procesal oportuno para pedir las medidas cautelares que se estimen convenientes. Además, si se va a pedir la suspensión de efectos de una disposición general, solo puede hacerse ahora (si no se hizo en el escrito de interposición).

Por medio de "otrosí", el actor puede pedir el recibimiento a prueba, o solicitar del órgano que falle sin prueba.

[225] Por aplicación de las normas generales del artículo 52.2 de la LJCA.

5) *Traslado a las otras partes y al Ministerio Fiscal. (artículo 119 de la LJCA).* Formalizada la demanda, el letrado de la Administración de Justicia da traslado a las otras partes para que presenten sus respectivas alegaciones (contestación de la demanda), en el plazo común de 8 días. En este escrito de contestación pueden pedir los demandados por medio de "otrosí" el recibimiento a prueba. Las pruebas documentales que deseen hacer valer han de ser presentadas con este escrito.

Traslado al Ministerio Fiscal**:** Es necesaria su intervención en cuanto constituye una de las garantías institucionales de los Derechos Fundamentales consagrada por la Constitución española en el artículo 124.1 al encomendarle expresamente su defensa. Esta misión está regulada específicamente en el artículo 3.3 de su Estatuto Orgánico (de 1981). Esta intervención en calidad de "vigilante" (velar por el respeto de los derechos y libertades fundamentales) aproxima su escrito de alegaciones a un *dictamen* que pondere con objetividad las circunstancias concurrentes que le llevan a entender producida la lesión del derecho fundamental denunciada, y a solicitar en consecuencia las medidas de preservación o restablecimiento necesarias (o en caso contrario a rechazar la demanda).

6) *Prueba. (Artículo 120 de la LJCA*[226]*).* La petición de prueba solamente puede formularse en los escritos de formalización de la demanda y alegaciones. Al día siguiente del final del plazo de 8 días para alegaciones, el juez o jueza decide sobre el recibimiento del pleito a prueba, por medio de auto. Lo acordará cuando existan hechos controvertidos y de trascendencia para resolver el pleito. Contra el auto acordado no cabe recurso (por aplicación supletoria de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y contra el auto que lo deniegue cabe recurso de reposición (artículo 79 de la LJCA). El actor puede pedir que se omita esta fase y que el órgano pase directamente a fallar el pleito, y si la parte demandada no se opone, el juez/a declara el juicio visto para sentencia (artículo 57 de la LJCA). Es de destacar la amplitud de las facultades que se reconocen al juez/a administrativo en esta fase. Sin perjuicio de la posibilidad que el artículo 57 ofrece al actor, el juez o jueza puede acordar de oficio el recibimiento a prueba,

[226] "Evacuado el trámite de alegaciones o transcurrido el plazo para efectuarlas, el órgano jurisdiccional decidirá en el siguiente día sobre el recibimiento a prueba, con arreglo a las normas generales establecidas en la presente Ley, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 57. El período probatorio no será en ningún caso superior a veinte días comunes para su proposición y práctica".

y disponer que se practiquen las que estime procedentes y necesarias. Esta facultad del juez/a se extiende en el curso del proceso hasta el momento de ser declarado concluso para sentencia[227].

La práctica de la prueba se acomoda a lo establecido en las normas generales de la propia LJCA (artículos 59 y siguientes) sobre la prueba, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la particularidad de que el plazo es común para proponer y practicar, de 20 días, de menor duración que el periodo probatorio del proceso ordinario[228].

Si el juez/a hace uso de la facultad de decidir de oficio la práctica de pruebas, y dado que en este procedimiento no se prevé la realización de una vista donde las partes tengan la oportunidad de alegar sobre la prueba practicada de oficio, ni tampoco hay un trámite de conclusiones, "el resultado de la prueba se pondrá de manifiesto a las partes, las cuales podrán alegar, en el plazo de 3 días, cuanto estimen conveniente acerca de su alcance e importancia" (artículo 61de la LJCA).

Las Salas pueden delegar en uno de sus magistrados o en un juez o jueza de lo contencioso-administrativo la práctica de todas o de algunas diligencias probatorias.

7) *Sentencia. (Artículo 121 de la LJCA):* el juez/a dicta sentencia en el plazo de 5 días desde que el pleito es declarado concluso (artículo 67.1 de la LJCA). La resolución puede ser:

Estimatoria: lo será cuando la actuación o acto impugnados "incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluida la desviación de poder, que vulnere un derecho fundamental". La referencia expresa a la "desviación de poder" pone fin a una larga polémica sobre la posibilidad de fundamentar una pretensión de tutela de derechos fundamentales en este motivo (se entendía que solo podía fundamentar vicios de legalidad ordinaria).

La sentencia estimatoria *anula* el acto o disposición impugnado, y cuando sea posible también *reconocerá* la situación jurídica individualizada mediante la adopción de las medidas adecuadas para el restablecimiento y la preservación del derecho fundamental

[227] Artículo 61.1,.2,.3 de la LJCA.
[228] 20 días como máximo en total, en lugar de los 15 días para proponer prueba a los que se añaden 30 para practicarla, establecidos en el procedimiento probatorio del proceso ordinario.

vulnerado, incluida la *indemnización* de los daños y perjuicios que haya producido la lesión declarada (siempre que se haya *pedido en la demanda*). La sentencia estimatoria produce plenos efectos de cosa juzgada.

Desestimatoria: No está expresamente recogida en el artículo 121. De la regulación de este proceso especial se deriva que produce también efectos de cosa juzgada material pero limitada a lo que ha sido objeto del pleito (esto es la pretensión de anulación o de plena jurisdicción basada en una infracción del ordenamiento jurídico que acarree como consecuencia la vulneración de un derecho fundamental que se invoca). Ello significa que toda nueva revisión del acto o actuación (o inactividad o vía de hecho) impugnados, siguiendo ahora el cauce del proceso ordinario, solo puede versar sobre cuestiones de legalidad ordinaria, y en su caso sobre la vulneración de un derecho fundamental siempre que no sea la misma ya resuelta por la sentencia recaída en el proceso especial. No es posible utilizar el proceso ordinario para obtener una resolución judicial distinta sobre la vulneración de los derechos fundamentales invocada en el proceso especial.

*8)* *Recursos*. Contra las sentencias de los juzgados de lo contencioso-administrativo cabe apelación sin efecto suspensivo (artículo 121.3). Puesto que la ley nada dice respecto de las Salas, hay que estar a lo establecido en las normas generales relativas al recurso de casación[229], de acuerdo con los cuales:

1. Cabe casación contra las sentencias dictadas en única instancia por la Sala contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (artículo 86.1 de la LJCA),

2. Cabe casación contra las sentencias dictadas en única instancia por las Salas contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia cuando el recurso pretenda fundarse en infracción de normas de derecho estatal o comunitario europeo que sean relevantes y determinantes para el fallo, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso, o consideradas por la Sala sentenciadora (artículo 86.3 párrafo I de la LJCA).

[229] Artículos 86 y siguientes de la LJCA.

Este recurso de casación es admitido si el Tribunal Supremo considera que existe "interés casacional objetivo". Y puede apreciar que existe este interés cuando la resolución ha sido dictada en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, motivándolo expresamente así en el auto de admisión del recurso[230].

## 2.6. Medidas Cautelares: artículos 129 a 136 de la LJCA

*1) Introducción:*

La Ley 62/1978 introdujo un sistema propio en orden a la suspensión de efectos de los actos impugnados por el procedimiento especial que regulaba. De modo que frente al privilegio de la ejecutividad de los actos administrativos consagraba la suspensión automática de efectos de los actos impugnados en este cauce, salvo perjuicio grave para el interés general. Ante el uso abusivo que se hizo en la práctica de este procedimiento, buscando ante todo este efecto suspensivo automático, la nueva LJCA de 1998 invirtió la regla. El régimen de medidas cautelares está contemplado en los artículos 129 a 136 de la LJCA, que regula las disposiciones comunes al procedimiento ordinario y a los especiales.

Se pueden solicitar en cualquier estado del proceso, cuando concurran los presupuestos para su adopción, salvo la suspensión de efectos de una disposición de alcance general, que únicamente puede solicitarse en el escrito de interposición o en el de formalización[231].

Se acuerdan siempre a instancia de parte, cuando concurran los presupuestos para otorgarlas. Se solicita por el actor desde el momento de acordar la prosecución del procedimiento o formalización de la demanda, y por el demandado en el escrito de alegaciones.

*2) Presupuestos:*

*a)* *Fumus boni iuris*: solicitadas medidas cautelares, estas son acordadas, en su caso, una vez determinada la prosecución del procedimiento, tras la audiencia inicial. Es, pues, presupuesto que se haya acordado la prosecución del procedimiento porque ello significa que la demanda está fundada (en realidad lo que significa es que el procedimiento es el adecuado).

[230] Artículo 88.2-i de la LJCA.
[231] Artículo 129.1 de la LJCA.

*b)* *Periculum in mora:* de acuerdo con el artículo 130.1, se acordarán cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición puedan hacer perder su finalidad legítima al recurso.

*c)* *Caución o contracautela:* El órgano puede determinar el establecimiento de una caución o garantía para hacer frente a los posibles perjuicios que pueda ocasionar la adopción de la medida[232].

*d)* *Proporcionalidad (ponderación de intereses):* las medidas se acuerdan previa "valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto"[233] y, por el contrario, "la medida podrá denegarse cuando de esta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada"[234].

*3)* *Procedimiento:*

Se tramita en pieza separada. Se da audiencia a la parte contraria (artículo 131 de la LJCA), por un plazo máximo de 10 días, y es resuelta por el juez en los 5 días siguientes mediante auto. Contra este auto no cabe recurso alguno.

En caso de urgencia pueden ser adoptadas sin oír a la parte contraria, y entonces en la misma resolución que las acuerda da audiencia a la parte contraria para que alegue en los 3 días siguientes, o bien convoca a todas las partes a una audiencia contradictoria en los 3 días siguientes[235].

En los supuestos de vulneración por *inactividad administrativa o por vía de hecho* las medidas pueden ser solicitadas antes de la interposición del recurso, siempre que este se presente en los 10 días siguientes al de la notificación de su adopción, y se ratifique la solicitud. Si transcurrido este plazo no lo ha hecho, las medidas quedan sin efecto automáticamente y la

---

[232] Artículo 133: 1.
Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquellos".
2. La caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho. La medida cautelar acordada no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos, o hasta que conste el cumplimiento de las medidas acordadas para evitar o paliar los perjuicios a que se refiere el apartado precedente. (...).

[233] Artículo 130.1 de la LJCA.

[234] Artículo130.2 de la LJCA.

[235] Artículo 135 de la LJCA: En los supuestos que tengan relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado/a que impliquen retorno y el afectado/a sea una persona menor de edad, el órgano jurisdiccional oye al Ministerio Fiscal. Tras esta audiencia diferida el juez/a dicta auto manteniendo, modificando, o levantando la medida.

persona solicitante ha de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por su adopción[236].

Las medidas adoptadas se mantienen hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento, pudiendo ser modificadas o levantadas cuando se modifiquen o desaparezcan las circunstancias en virtud de las cuales fueron acordadas.

Si una medida acordada que es levantada, por sentencia o por cualquier otra causa, ha causado perjuicios, la Administración o quien pretenda tener derecho a la indemnización de los perjuicios padecidos, pueden solicitarlo en un plazo de un año —desde la fecha del alzamiento—, ante el mismo órgano jurisdiccional, por el trámite de los incidentes (artículo 133.3 de la LJCA).

## 3. Tutela judicial especial de los derechos en el orden social

En la Constitución encontramos constitucionalizados derechos y libertades fundamentales de contenido netamente laboral:

- El derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la seguridad social de los/as penados/as en instituciones penitenciarias (artículo 25.2 de la Constitución española);
- la libertad sindical (artículo 28.1 de la Constitución española);
- el derecho de huelga (artículo 28.2 de la Constitución española).

Con frecuencia el ejercicio del derecho de libertad sindical se realiza en conexión con otros derechos igualmente garantizados por la Constitución española: principio de igualdad, libertad de expresión, derecho a la intimidad, libertad ideológica, derecho de reunión  Por ello hay que añadir todos aquellos derechos y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso (artículo 177.1 de la Ley de Jurisdicción Social /11), susceptibles de verse vulnerados en el ámbito laboral.

De modo que siempre que la vulneración de un derecho fundamental o una libertad pública fundamental se produzca en el ámbito laboral, corresponderá solicitar el amparo ante los tribunales del orden jurisdiccional social, excepto huelga y libertad sindical de los funcionarios públicos[237].

[236] Artículo 136 de la LJCA.
[237] Ley Orgánica 11/1985 Libertad Sindical.
Artículo 13:

El ámbito material de la protección especial inicialmente viene delimitado en el artículo 177.1 de la Ley de Jurisdicción Social:

> Cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, podrá recabar su tutela a través de este procedimiento cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título[238], cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios.

También en los casos de acoso sexual entre 2 trabajadores de una empresa (la jurisprudencia ha entendido que existe cuando uno era supervisor de la trabajadora, ambos en el sector de la hostelería).

Sin embargo, la propia ley exceptúa de este cauce las pretensiones laborales que gozan de tutela privilegiada, y acumula a estos cauces privilegiados ("modalidades procesales") las vulneraciones de derechos fundamentales que eventualmente se produzcan en estos ámbitos, en el artículo 184 de la Ley de Jurisdicción Social:

> No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 178, las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o derivadas de fuerza mayor, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos

---

Cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados los derechos de libertad sindical, por actuación del empleador, asociación patronal, Administraciones públicas o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, podrá recabar la tutela del derecho ante la jurisdicción competente a través del proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.
Expresamente serán consideradas lesiones a la libertad sindical los actos de injerencia consistentes en fomentar la constitución de sindicatos dominados o controlados por un empleador o una asociación empresarial, o en sostener económicamente o en otra forma sindicatos con el mismo propósito de control.
Artículo 14: "El sindicato a que pertenezca el trabajador presuntamente lesionado, así como cualquier sindicato que ostente la condición de más representativo, podrá personarse como coadyuvante en el proceso incoado por aquél".
Artículo 15: "Si el órgano judicial entendiese probada la violación del derecho de libertad sindical decretará el cese inmediato del comportamiento antisindical, así como la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas, remitiendo las actuaciones al Ministerio Fiscal, a los efectos de depuración de eventuales conductas delictivas".

238 Por tanto: actuaciones susceptibles de tutela que se desarrollan en marcos de interposición empresarial, externalización, contratación y subcontratación de obras y servicios, así como personas trabajadoras autónomas dependientes o no del empresario/a titular principal del centro de trabajo.

de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 139, las de impugnación de convenios colectivos y las de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 26, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva.

La regulación descrita pone de manifiesto que el amparo judicial ordinario previsto en el artículo 53.2 de la Constitución española tiene en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LJS) dos manifestaciones[239]:

1. La modalidad de proceso especial "común" de amparo laboral ordinario, regulada en los artículos 177 a 183 de la LJS, para la tutela de derechos y libertades fundamentales, incluida la prohibición de trato discriminatorio y el acoso, que incidan en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdicción social, con la matización de que en la demanda ha de expresarse el derecho o derechos fundamentales que se estimen infringidos.

2. Las modalidades procesales especialmente previstas por razón de la materia, cuando se trate de los casos recogidos en el artículo184 de la LJS. En este segundo supuesto, y dado que se trata de protección de derechos fundamentales, el procedimiento en todo caso ha de conformarse con las exigencias del artículo 53.2 de la Constitución española de preferencia y sumariedad.

Por tanto, entran en el ámbito material del proceso de tutela especial social la vulneración en el ámbito laboral de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 14 a 29 de la de la Constitución española excepto el artículo 24. Si bien en los casos de modalidades procesales (enumerados en el artículo 184 de la LJS trascrito *supra*) la lesión del derecho fundamental se tramita acumuladamente y conforme al procedimiento previsto para la del derecho laboral vulnerado, respetando las exigencias de preferencia y sumariedad.

En cambio, quedan excluidos del ámbito del amparo laboral:

[239] Montero Aroca, J. (2000). *Introducción al proceso laboral.* Tirant lo Blanch. Aunque el Profesor Montero se refiere a ello en la regulación de la Ley de Procedimiento Laboral de 1995, sigue siendo igualmente válido para la regulación contenida en la actual Ley de Jurisdicción Social de 2011.

la tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho de huelga relativa a los funcionarios públicos, personal estatutario de los servicios de salud y al personal a que se refiere la letra a) del apartado 3 del artículo 1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (artículo 3-c) de la LJS).

Se trata de una tutela cuyo conocimiento corresponde a los tribunales de lo contencioso-administrativo.

El alcance de la cognición del juez o jueza está limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública, por tanto, el actor solamente puede utilizar este procedimiento privilegiado para alegar vulneraciones de derechos fundamentales, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho o libertad[240].

Con todo, sí pueden formularse peticiones accesorias o que se deriven de la de esa tutela, como son la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que proceda[241], como refleja el artículo179.4 de la LJS[242].

## 3.1. Caracteres del proceso de amparo o tutela especial laboral

1. Se trata de un *proceso especial sumario* con la cognición del juez o jueza limitada a lo que es su objeto. El objeto del proceso se limita al conocimiento de la lesión del derecho fundamental, "sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela" del derecho en cuestión

[240] Artículo 178 de la LJS:
El objeto del presente proceso queda limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho o libertad.
2. Cuando la tutela del derecho deba necesariamente realizarse a través de las modalidades procesales a que se refiere el artículo 184, se aplicarán en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas las reglas y garantías previstas en este Capítulo, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal.

[241] Montero Aroca, J. (2000). *Introducción al proceso laboral*. p. 290.

[242] Artículo 179.4:
Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 81, el juez o tribunal rechazará de plano las demandas que no deban tramitarse con arreglo a las disposiciones de este Capítulo y no sean susceptibles de subsanación, advirtiendo al demandante del derecho que le asiste a promover la acción por el cauce procesal correspondiente. No obstante, el juez o la Sala dará a la demanda la tramitación ordinaria o especial si para el procedimiento adecuado fuese competente y la demanda reuniese los requisitos exigidos por la ley para tal clase de procedimiento.

(artículos 178.1 de la LJS), con la finalidad de restablecer al actor en el derecho o libertad vulnerados.

2. *Principio de Preferencia y urgencia*: "la tramitación de estos procesos tendrá carácter urgente a todos los efectos, siendo preferente respecto de todos los que sigan en el Juzgado o Tribunal", y los recursos que se interpongan se resolverán por el tribunal con igual preferencia (artículo 179.1 de la LJS). Implica prioridad absoluta en el reparto, en la celebración del juicio y en el fallo. Y también significa que los días de agosto, normalmente inhábiles, son hábiles para esta tutela especial[243].

También significa que no es preceptivo el intento previo de conciliación ni de mediación, establecido como trámite obligatorio en los procesos laborales ordinarios[244].

3. *El Ministerio Fiscal es siempre parte*, "velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas e interesando la adopción, en su caso, de las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas"[245]. Su intervención es una exigencia de orden público, apreciable de oficio. Su inasistencia provoca la nulidad de lo actuado sin su presencia (artículo 238.3 de la LOPJ).

4. *El sindicato al que pertenece el trabajador puede intervenir* (intervención adhesiva), así como cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo, en calidad de coadyuvantes (artículo 177.2 de la LJS). El carácter adhesivo significa que no es una intervención autónoma sino siempre dependiente de la actuación del actor principal, de modo que en caso de desistimiento de este el interviniente adhesivo no puede continuar el litigio por sí mismo.

5. *Dualidad de cauces procesales* para la tutela de derechos fundamentales en el orden social. La ley establece un procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales laborales, pero cuando la vulneración se produce en materias sometidas a un tratamiento procesal especial, la demanda de tutela del derecho fundamental vulnerado ha de tramitarse inexcusablemente con arreglo a la

[243] Artículo 43.4 de la LJS.
[244] Artículo 64 de la LJS: "1. Se exceptúan del requisito del intento de conciliación o en su caso de mediación... los procesos de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas...".
[245] Artículo 177.3 de la LJS. En todas las fases del procedimiento: tiene que ser citado a la comparecencia previa cuando en la demanda se solicitan medidas cautelares; participar activamente en la práctica de la prueba con el fin de que queden acreditados todos los daños materiales y morales, y tiene que ser siempre parte en la ejecución.

modalidad procesal especial correspondiente contemplada en el artículo 184 de la LJS, integrando las garantías y especialidades recogidas en el proceso especial "común"[246].

6. *Inversión de la carga de la prueba:* constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho, corresponde al demandado aportar la justificación objetiva y razonable, y suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (artículo 181.2 de la LJS). Frente a la regla general contenida en el artículo 1.214 del Código Civil: corresponde la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone). Se acoge la doctrina de la inversión consagrada a partir de 1981 en el seno de la categoría de los despidos radicalmente nulos.

## 3.2. Capacidad[247] y legitimación

Tienen capacidad para comparecer en juicio en defensa de sus derechos e intereses legítimos quienes se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Tienen capacidad procesal las personas trabajadoras mayores de dieciséis años y menores de dieciocho respecto de los derechos e intereses legítimos derivados de sus contratos de trabajo y de la relación de Seguridad Social, cuando legalmente no precisen para la celebración de dichos contratos autorización de sus padres/madres, tutores o de la persona o institución que los tenga a su cargo, o hubieran obtenido autorización para contratar de sus padres/madres, tutores o persona o institución que los tenga a su cargo conforme a la legislación laboral o la legislación civil o mercantil respectivamente. Igualmente tienen capacidad procesal las personas trabajadoras autónomas económicamente dependientes mayores de dieciséis años. Las personas trabajadoras mayores de dieciséis años y menores de dieciocho tienen igualmente capacidad procesal

[246] Inversión de la carga de la prueba, intervención obligatoria del Ministerio Fiscal, personación del sindicato como coadyuvante, prohibición de acumular acciones, acortamiento de plazos, exención del requisito de intento de conciliación previa, etc.

[247] La capacidad procesal o para comparecer en un proceso hace referencia a la aptitud para actuar válidamente en el proceso y es correlativa a la capacidad de obrar del derecho civil. Es distinta de la capacidad para ser parte en un proceso, que es la aptitud para ser titular de los derechos y obligaciones que derivan de un proceso, y corresponde a todas las personas físicas por el hecho de nacer y al *nasciturus* a los efectos que le sean favorables, así como a las personas jurídicas a las que la ley se la ha reconocido. Parte litigante es cada una de las personas, físicas o jurídicas, sobre las que recaen los efectos de la sentencia, quien demanda y quien es demandado en un proceso. Pero en ocasiones las partes no tienen capacidad para actuar válidamente en el proceso o capacidad procesal, y necesitan apoyo para que esta actuación sea válida, actuando por ellos en el proceso la persona representante legal o curadora.

respecto de los derechos de naturaleza sindical y de representación, así como para la impugnación de los actos administrativos que les afecten[248].

El artículo 16.4 de la LJS establece que "por quienes no se hallaren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles comparecerán sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad conforme a Derecho". Aquí es de aplicación la normativa prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil en esta materia[249].

El proceso solo puede desarrollarse válidamente entre partes legítimas o con *legitimación*. La *legitimación* es un concepto procesal que hace referencia al vínculo que necesariamente ha de existir entre las partes de un proceso y el objeto del mismo. Este vínculo es el que faculta a las partes para demandar (*legitimación activa*) o ser válidamente demandados (*legitimación pasiva*) en un proceso concreto.

En este proceso especial, la l*egitimación activa* viene establecida en el artículo 177 de la LJS: "Cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos fundamentales o libertades públicas  podrá recabar su tutela…". De dicho precepto cabe inferir que cuando la lesión afecta a la esfera individual del derecho o libertad pública, el sujeto legitimado es el trabajador/a (y el sindicato puede intervenir como coadyuvante —artículo 177.2—: intervención adhesiva simple, solo en apoyo de la posición del trabajador, pero sin autonomía, es decir que si el trabajador decide desistir del proceso el sindicato no puede continuar), cuando afecta a la

[248] Artículo 16 de la LJS. En el apartado 5 de este precepto se regula la comparecencia de las personas jurídicas, entes sin personalidad, masas patrimoniales, comunidades de bienes y grupos.

[249] La Ley prevé la adopción de los ajustes que sean necesarios para facilitar el acceso a los procesos civiles de las personas con discapacidad. Con la entrada en vigor de la Ley 8/2021 se ha introducido un nuevo artículo 7 bis con el siguiente contenido: Ajustes para personas con discapacidad.
1. En los procesos en los que participen personas con discapacidad, se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad.
Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno.
2. Las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo. A tal fin:
a) Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.
b) Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.
c) Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.
d) La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.

esfera o dimensión colectiva, lo será el sindicato. Y cuando la lesión pueda producirse simultáneamente en la esfera individual y en la colectiva, están legitimados como partes principales tanto el trabajador/a como el sindicato, pudiendo deducir la pretensión cualquiera de ellos de manera independiente, y si lo hacen ambos dan lugar a una acumulación de procesos.

Asimismo, puede actuar el sindicato en nombre e interés de las personas trabajadores afiliadas al mismo, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en dichas personas trabajadoras los efectos de aquella actuación, pero no en contra la voluntad del trabajador o trabajadora perjudicada (177.2).

El artículo 177.3 de la LJS legitima al Ministerio Fiscal siempre, en defensa de la integridad de la reparación a las víctimas.

La legitimación para solicitar la tutela de vulneraciones presuntamente sufridas sobre otros derechos fundamentales y libertades públicas corresponde a todas aquellas personas físicas o jurídicas, o entes sin personalidad, que sean titulares del derecho lesionado (beneficiarios de la Seguridad Social, representantes unitarios: Comité de Empresa y delegados/as de Personal, socios/as trabajadores/as, etc.).

En los casos de acoso, exclusivamente la víctima está legitimada para presentar una demanda a través de este proceso especial (artículo 1677.4 de la LJS).

Por lo que respecta a la *legitimación pasiva*, esta se atribuye al empresario/a, o cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del vínculo que le una al empresario/a (artículo 177.4). La demanda tiene que ser dirigida contra aquella persona física o jurídica a la que el demandante imputa la lesión del derecho fundamental: por tanto, el empleador/a, la asociación patronal, las Administraciones públicas, también puede ser el sindicato, una o varias secciones sindicales, el comité de empresa o incluso el comité de huelga. En supuesto de acoso no tiene que ser demandado necesariamente el posible causante directo de la lesión, salvo si la víctima pretende su condena[250].

[250] Artículo 177 de la LJS:
4. La víctima del acoso o de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas con motivo u ocasión de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, podrá dirigir pretensiones, tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario. Corresponderá a la víctima, que será la única legitimada en esta modalidad procesal, elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la ley, sin que deba ser demandado necesariamente con el empresario el posible causante directo de la lesión, salvo cuando la víctima pretenda la condena de este último o pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dictare; y si se requiriese su testimonio el órgano jurisdiccional velará por

En el orden jurisdiccional social los litigantes pueden actuar por sí mismos ante los tribunales, sin necesidad de postulación. La ley solamente exige que en el caso de actuar por medio de procurador/a o abogado/a, lo hagan saber a efectos de garantizar la igualdad de armas procesales, para que con esta información decida la parte contraria si quiere asimismo acudir representada o defendida por procurador/a y abogado/a[251].

## 3.3. Órgano jurisdiccional competente

Pueden ser competentes para conocer de este proceso distintos tribunales, dependiendo del lugar de comisión de la lesión en el derecho fundamental, y de la extensión de los efectos de la vulneración:

Como regla general, la demanda de tutela tiene que ir dirigida al juzgado de lo social (artículo 6 de la LJS), del lugar donde se produjo o en su caso al que se extiendan los efectos de la lesión o lesiones, o actuaciones respecto de las que se demanda la tutela (artículo 10.2-f) de la LJS).

La competencia corresponde a la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma cuando los efectos de la vulneración se extienden sobre un territorio superior al del juzgado de lo social (que como regla general es el de la provincia en cuya capital tiene su sede) e inferior al de esa comunidad autónoma (artículo 7 de la LJS).

Es competente la Sala de lo social de la Audiencia Nacional cuando los efectos de la vulneración se extienden sobre el territorio de más de una comunidad autónoma (artículo 8 de la LJS).

## 3.4. Tramitación del proceso especial de tutela de derechos fundamentales

El proceso se inicia con la válida presentación de la demanda alegando la vulneración de un derecho fundamental cuya protección se pretende. No es

las condiciones de su práctica en términos compatibles con su situación personal y con las restricciones de publicidad e intervención de las partes y de sus representantes que sean necesarias.

[251] Artículo 18 de la LJS: Intervención en el juicio.
1. Las partes podrán comparecer por sí mismas o conferir su representación a abogado, procurador, graduado social colegiado o cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. La representación podrá conferirse mediante poder otorgado por comparecencia ante el secretario judicial o por escritura pública. 2. En el caso de otorgarse la representación a abogado deberán seguirse los trámites previstos en el apartado 2 del artículo 21.

preciso intento previo de conciliación ni agotar, en su caso la vía administrativa previa[252].

a) *La Demanda (artículo 179.3 de la LJS):* tiene que presentarse dentro del plazo general de prescripción o caducidad de la acción previsto para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión del derecho fundamental o libertad pública (artículo 179.2 de la LJS)[253]. Debe contener:

—los requisitos generales previstos en la ley para todas las demandas laborales[254], y además "expresar con toda claridad los hechos constitutivos de la vulneración alegada" (artículo 179.3 de la LJS), así como la cuantía de la indemnización pretendida. Se trata de una exigencia específica que cierra la posibilidad de ampliación de la demanda en el juicio oral[255].

Se presentan tantas copias de la demanda y documentos que la acompañan como demandados haya y una más para el Ministerio Fiscal.

---

[252] Artículo 64.1 y artículo 70 de la LJS:
No será necesario agotar la vía administrativa para interponer demanda de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas frente a actos de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades en materia laboral y sindical, si bien el plazo para la interposición de la demanda será de veinte días desde el día siguiente a la notificación del acto o al transcurso del plazo fijado para la resolución, sin más trámites; cuando la lesión del derecho fundamental tuviera su origen en la inactividad administrativa o en actuación en vías de hecho, o se hubiera interpuesto potestativamente un recurso administrativo, el plazo de veinte días se iniciará transcurridos veinte días desde la reclamación contra la inactividad o vía de hecho, o desde la presentación del recurso, respectivamente.

[253] Hay que estar a los plazos que la ley establece para los distintos tipos de actos. Por ejemplo, si la vulneración del derecho fundamental se produce con ocasión de un despido el plazo para presentar la demanda es de 20 días desde la notificación del despido, que es el plazo más generalizado. Pero si se trata de un acto vulnerador en relación con cuestiones electorales, el plazo es de 30 días.

[254] Artículo 80 de la LJS. Ha de estar formulada por escrito, con el siguiente contenido:
a) Designación del órgano ante el que se presenta.
b) Designación de la persona demandante, con expresión del número DNI, y de otras personas interesadas que deban ser llamadas al proceso y sus domicilios, indicando el nombre y apellidos de las personas físicas y la denominación social de la jurídicas, o el de los organizadores, gestores, etc., cuando se trate de un ente sin personalidad jurídica, y sus domicilios.
c) La enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y de todos aquellos imprescindibles para resolver la cuestión.
d) La súplica correspondiente a la pretensión deducida.
e) Fecha y Firma.

[255] Artículo 179.3 de la LJS.
La demanda, además de los requisitos generales establecidos en la presente Ley, deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador.

Todo defecto subsanable es advertido por el letrado/a de la Administración de Justicia al actor para que lo subsane en un plazo de 4 días (artículo 80 de la LJS). Si se trata de defectos que no sean susceptibles de subsanación, el juez rechaza la demanda advirtiendo al demandante del derecho que le asiste a promover la acción por el cauce procesal correspondiente. No obstante, el juez/a o la Sala da a la demanda la tramitación, ordinaria o especial, si para el procedimiento adecuado es competente y la demanda reúne los requisitos exigidos por la ley para tal clase de procedimiento (artículo 179.4 de la LJS).

b) *Petición de medidas cautelares*: El actor puede solicitar la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando se den los presupuestos para la adopción de esta medida cautelar, así como otras medidas necesarias para asegurar la efectividad de la tutela, que vienen expresamente recogidos por el legislador. Tienen que ser solicitadas a instancia de parte (no puede ser acordada de oficio), precisamente con la demanda, en el mismo escrito (artículo 180.1 de la LJS)[256]. Si se invoca vulneración del *derecho de libertad sindical*, solo se suspenden los efectos del acto que se impugna cuando dicho acto pueda impedir (artículo 180.2 de la LJS)[257]: a) la participación de candidatos/as en el proceso electoral, o b) el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental, que afecten al interés general de las personas trabajadoras, que puedan causar daños de imposible reparación.

En el caso del ejercicio del *derecho de huelga,* se puede solicitar la modificación o revocación de la designación del personal adscrito a la realización de servicios mínimos[258].

---

[256] Artículo 180 de la LJS*:* "1. En el mismo escrito de interposición de la demanda el actor podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto impugnado, así como las demás medidas necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en sentencia".

[257] "2. El juez o tribunal podrá acordar la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando su ejecución produzca al demandante perjuicios que pudieran hacer perder a la pretensión de tutela su finalidad, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave y desproporcionada a otros derechos y libertades o intereses superiores constitucionalmente protegidos.
No obstante lo anterior, en el caso de que se invoque vulneración de la libertad sindical, sólo se podrá deducir la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando las presuntas lesiones impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación".

[258] Artículo 180.3 de la LJS:
3. Podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares cuando, en caso de huelga, se impugnen exclusivamente los actos de determinación del personal laboral adscrito a los mínimos necesarios para garantizar los servicios esenciales de la comunidad, así como cuando se impugnen los actos de designación del personal laboral adscrito a los servicios de seguridad y mantenimiento precisos para la reanudación ulterior de las tareas. El

Con la demanda de protección frente al *acoso o de víctima de violencia de género,*

podrán solicitarse, además,

* la suspensión de la relación o

* la exoneración de prestación de servicios;

* el traslado de puesto o de centro de trabajo;

* la reordenación o reducción del tiempo de trabajo;

* y cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse, incluidas, en su caso, aquellas que pudieran afectar al presunto acosador o vulnerador de los derechos o libertades objeto de la tutela pretendida, en cuyo supuesto deberá ser oído éste (artículo 180.4 de la LJS).

1) Presupuestos de las medidas cautelares: para que las medidas solicitadas sean acordadas tienen que concurrir los llamados presupuestos, que son los siguientes:

   - El *periculum in mora*, o peligro por el paso del tiempo, concurre cuando la ejecución del acto que se impugna por vulnerador/a del derecho fundamental pueda hacer perder al amparo su finalidad de tutela.
   - El *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho de la tutela que se pide, se entiende inserto en la propia exigencia de especial acreditación de esta demanda, por lo que la admisión de la demanda conlleva la acreditación del *fumus*.
   - Proporcionalidad: Con la suspensión se quiere evitar la lesión irrecuperable del derecho fundamental, pero sin que ocasione perturbación grave y desproporcionada a otros derechos y libertades o intereses superiores constitucionalmente protegidos.

2) Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares[259]: En el día siguiente al de la admisión de la solicitud, el órgano cita a las

órgano jurisdiccional resolverá manteniendo, modificando o revocando la designación de personal adscrito a dichos servicios conforme a las propuestas que, en su caso, formulen al respecto las partes.

[259] Artículo 180 números 5 y 6. "6. El órgano judicial resolverá al término de la audiencia sobre las medidas cautelares solicitadas mediante auto dictado de viva voz, adoptando, en su caso, las medidas oportunas para reparar la situación".

partes y al Ministerio Fiscal a una audiencia que se celebrará dentro de los 2 días siguientes, en la que solo admitirá las alegaciones y las pruebas pertinentes sobre los presupuestos: la justificación (*fumus boni iuris)* y proporcionalidad de las medidas, en relación con el derecho fundamental y el riesgo (*periculum in mora*) para la efectividad de la resolución que deba recaer. En el mismo acto el juez o jueza dicta auto, de viva voz, acordando o no la suspensión solicitada, y adoptando en su caso las medidas oportunas para reparar la situación. En supuestos de urgencia excepcional, la adopción de las medidas cautelares podrá efectuarse por el juez/a o Sala al admitirse a trámite la demanda, sin perjuicio de que se celebre ulteriormente la comparecencia vista. Contra dicho auto cabe recurso de reposición (si lo dicta un Juzgado de lo Social), o de súplica (si procede de una Sala de lo Social, de un Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Nacional).

c) *Conciliación y juicio (artículo 181 de la LJS).* Admitida la demanda, el letrado/a de la Administración de Justicia cita a las partes para conciliación y juicio, a celebrar dentro de los 5 días siguientes al de la admisión de la demanda, y 2 días después de la citación como mínimo (artículo 181.1). La conciliación intraprocesal, no la previa que está excluida como se ha explicado *supra*, se intenta ante el letrado/a de la Administración de Justicia, y a continuación se desarrolla el juicio ante el órgano competente (Juzgado o Sala).

Este proceso se caracteriza por la *inversión en el juicio de la carga de la prueba*: esto significa que al actor le basta con constituir una prueba de presunciones (probar el hecho indiciario del cual se deducirá probado el hecho afirmado. Como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo en su jurisprudencia, los indicios son señales o acciones que manifiestan de forma inequívoca algo oculto). En el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de haberse producido la vulneración, corresponde a la persona demandada justificar, de manera objetiva y suficientemente probada, la razonabilidad de las medidas adoptadas y su proporcionalidad[260] (artículo 181.2). Ello significa:

[260] Supuesto típico: despido de representante sindical. Este no puede ser despedido en ejercicio de la actividad sindical. Corresponde al empresario/a (demandado/a) probar “otros” motivos.

1. No basta la mera alegación por el actor de la vulneración para provocar la inversión de la carga de la prueba, sino que tiene que acreditar uno o varios indicios de los que se desprenda la probabilidad de la lesión. Presupuesto de la inversión es, pues, el hecho indiciario y la probabilidad. Por tanto, peculiaridad de la prueba en este proceso especial no es la exoneración absoluta del actor sino una atenuación.

2. Concurriendo el presupuesto, el demandado/a ha de probar de modo completo que las medidas vulneradoras tienen una justificación razonable y son proporcionales al fin perseguido. Evidentemente no puede exigirse del demandado/a una prueba "diabólica" de su buen hacer, pues acreditar al 100 % un buen comportamiento es prácticamente imposible, por cuanto siempre puede quedar un resquicio para la duda. Se precisa al menos una cierta certidumbre de que, en efecto, la parte demandada vulneró con su actuación un derecho fundamental de la parte actora.

Si al final del proceso no hay prueba, entra en juego la regla de la carga de la prueba en virtud de la cual quien no ha probado (el demandado/a) debe sufrir las consecuencias, es decir obtener una sentencia desfavorable para la parte (que en este caso se traduce en una sentencia estimatoria de la demanda).

*d)* *Sentencia (artículo 182 LJS):* Ha de ser dictada en los 3 días siguientes a la celebración del juicio, y publicada y notificada inmediatamente a las partes o a sus representantes (artículo 181.3). "La sentencia declarará la existencia o no de la vulneración denunciada" (artículo 182.1), "y dispondrá lo procedente sobre las medidas cautelares que se hubieren adoptado" (artículo 182.2 de la LJS). En cuanto a su contenido, la sentencia puede ser, por tanto: estimatoria o desestimatoria:

- *Estimatoria (artículo 182.1)*: la sentencia estima la petición de tutela del derecho fundamental, y en consecuencia declara la nulidad radical del comportamiento de la persona demandada (empleador/a, asociación patronal, Administración u otro ente público, entidad o corporación pública o privada) que lo ha vulnerado, y condenará al demandado/a a:

a) cesar en el comportamiento contrario a los derechos fundamentales o libertades públicas (especialmente importante si no se suspendió el acto vulnerador)[261];

b) reponer la situación al momento anterior[262];

c) reparar las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que proceda. La reparación normalmente supone una obligación de hacer, a menudo complementada por una cantidad de dinero. La indemnización exige petición expresa del actor formulada en la demanda, justificando suficientemente su procedencia. Cuando este requisito se ha cumplido y el juez o jueza ha estimado la demanda, en la sentencia el juez/a debe pronunciarse sobre la cuantía en función tanto del daño moral como de otros daños derivados.

Cuando la prueba del importe exacto resulte demasiado difícil o costosa corresponde al tribunal pronunciarse sobre la cantidad correcta para resarcir suficientemente a la víctima y restituirla en la situación anterior a la lesión en la medida de lo posible, y teniendo en cuenta la finalidad de prevenir el daño[263]. Esta indemnización es compatible con las obtenidas en virtud de otros títulos previstos en las leyes laborales.

Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social (artículo 183.4 de la LJS).

- *Desestimatoria (artículo 182.1)*: Cuando el juzgador/a no aprecie la vulneración denunciada dicta una sentencia desestimatoria de la demanda. En este caso y si se hubiera accedido a la suspensión del acto que se consideró causante de la vulneración, el juez/a o la

[261] 182.1-c) "Ordenará el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas, o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados".

[262] 182.1-d) "Dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183".

[263] Artículo 183 de la LJS.

Sala resolverá el levantamiento de la suspensión de la decisión o acto impugnado o de la medida cautelar acordada[264].

Para recurrir la sentencia, la ley no prevé ningún régimen especial de recursos en materia de derechos fundamentales. Por ello hay que acudir a la regulación general sobre recursos en materia laboral. De modo que, contra la sentencia dictada por un Juzgado de lo Social cabe recurso de suplicación (—en todo caso—[265]), y contra la sentencia resolviendo este, cabe presentar un recurso de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo[266], con la particularidad de que la resolución del este tribunal puede afectar a la situación jurídica particular de la sentencia recurrida[267]. Contra las sentencias dictadas por la Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Nacional cabe recurso de casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo[268].

## 4. Tutela judicial especial de los derechos en el orden jurisdiccional civil[269]

El ámbito civil es el campo de las relaciones entre particulares. La tutela de los derechos consagrados en los artículos 14 a 29 de la Constitución española, lesionados por personas físicas o jurídicas, puede solicitarse ante los órganos del orden civil por diversos cauces procesales: el juicio civil ordinario para tutela de los derechos fundamentales y el proceso especial de protección de los derechos fundamentales del artículo 18.1 y 18.4 de la Constitución española de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

---

[264] 182.2. "En la sentencia se dispondrá lo procedente sobre las medidas cautelares que se hubieran adoptado previamente".

[265] Artículo 191.3-f de la LJS.

[266] Artículo 218 de la LJS: "Son recurribles en casación para la unificación de doctrina, las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia".

[267] Artículo 219.3 párrafo 6º de la LJS:
En caso de estimación del recurso, la sentencia fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial y podrá afectar a la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida conforme a las pretensiones oportunamente deducidas por el Ministerio Fiscal y por las partes comparecidas en el recurso que se hubieren adherido al mismo.

[268] Artículo 205 de la LJS:
1. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo conocerá, en los supuestos y por los motivos establecidos en esta Ley, de los recursos de casación interpuestos contra las sentencias y otras resoluciones dictadas en única instancia por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

[269] Sobre esta materia en general vid. por todos Garberí, J. (2007). *Los procesos civiles de protección del honor, la intimidad y la propia imagen (frente a la libertad de expresión y el derecho a la información*. Bosch. Más reciente vid. Garcimartin Montero, R. (2016). *Proceso civil de tutela de los derechos fundamentales.* Aranzadi Thomson-Reuters.

## 4.1. Juicio civil ordinario para tutela de los derechos fundamentales

De acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Civil, las demandas que tengan por objeto la tutela judicial civil de un derecho fundamental se deducen en el Juicio Ordinario[270]. Por tanto, todos los derechos consagrados en los artículos 14 a 29 de la Constitución española, excepto el artículo 24, se tutelan por los tribunales del orden civil a través del llamado juicio ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El proceso se tramita del mismo modo que cualquier otro juicio ordinario, según lo establecido en los artículos 399 a 436 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero con las siguientes especialidades:

- tiene carácter preferente, tanto en la admisión como en la tramitación;
- es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal;
- contra las sentencias dictadas en estos procesos siempre cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo;
- y no se admite la ejecución provisional de los pronunciamientos indemnizatorios (frente a la regla general según la cual cabe la ejecución provisional de los pronunciamientos que consisten en la entrega de una cantidad de dinero en concepto de indemnización), para evitar el uso abusivo de esta vía con este único objetivo.

## 4.2. Proceso especial de protección de los derechos fundamentales del artículo 18.1 y.4 de la Constitución española

Esta vía especializada es el proceso especial contemplado en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El proceso civil especial previsto en esta ley es el adecuado para el enjuiciamiento de las "intromisiones ilegítimas lesivas de los derechos proclamados en el artículo 18.1 y.4 CE", siempre que el mismo no corresponda a otros órdenes jurisdiccionales (singularmente al orden penal). El concepto de "Intromisión ilegítima" está objetivamente definido en el artículo 7 de esta ley orgánica, donde se recoge un elenco de situaciones que provocan la intromisión ilegítima. No se precisa que la persona que concreta la situación, tenga intención —dolo o culpa— de dañar estos derechos fundamentales. Cuando se da el supuesto objetivo se presume *iuris et de iure* el perjuicio, al que corresponde la indemnización por el daño moral. Estas situaciones, que son los

[270] Artículo 249.1.2º de la Ley De Enjuiciamiento Civil.

hechos constitutivos que fundamentan la demanda, son las siguientes (aunque el listado no es *numerus clausus*):

1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

4. Revelación de datos de la vida privada conocidos por la actividad profesional u oficial de quien los revela[271].

5. Captación, reproducción o publicación de la imagen en lugares o momentos de su vida privada, o fuera de ellos (salvo las excepciones previstas en el artículo 8 de la ley como hechos impeditivos).

6. Utilización del nombre, voz o imagen para fines publicitarios o comerciales, o de naturaleza análoga.

7. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación[272].

8. La utilización del delito por el condenado/a en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas[273].

---

[271] Este es un supuesto de delito de descubrimiento y revelación de secretos.

[272] Constituye este supuesto una suerte de cláusula de cierre del sistema de protección.

[273] Introducido por la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal. La explicación la encontramos en la Exposición de Motivos de la ley, en el apartado XXXI:
( ) No infrecuentemente, en los últimos tiempos han accedido a la programación de los medios de comunicación autores de infracciones penales condenados por sentencia firme que llegan a hacer ostentación de la conducta criminal perpetrada, difunden datos manifiestamente falsos sobre la misma y obtienen además con

9. Aunque no está regulado en esta ley, hay que añadir un supuesto específico contemplado en el artículo 4.3 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (Ley Orgánica 1/1996): "Se considerará intromisión ilegítima cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales".

Como se trata de situaciones alejadas de la accesibilidad, no describiremos el proceso.

## 5. La protección penal

De alguna manera, todo el derecho penal tiene como principal objetivo la garantía de los derechos reconocidos por la Constitución. La mayoría de los bienes jurídicos protegidos por el Código Penal guardan relación con estos derechos. Si echamos una mirada al contenido de los diferentes Títulos que componen el libro II del Código Penal, veremos como esto es así: homicidio y sus formas; aborto no consentido; las lesiones; la manipulación genética; delitos contra la libertad; las torturas; la trata de seres humanos; la libertad e indemnidad sexuales; delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio; delitos contra el honor; delitos contra las relaciones familiares; delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico; delitos contra los derechos de los trabajadores; delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente; delitos contra la seguridad colectiva; de los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos, etc. No es extraño así que el Código Penal se haya presentado como una Constitución en negativo.

Como ya hemos señalado, la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en el orden penal se tramita a través del proceso penal abreviado (artículos 779 a 799 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) con una serie de modificaciones tendentes a hacer realidad la preferencia y sumariedad. Por otro lado, existe un proceso especial para los casos de detención ilegal: el *habeas corpus*, regulado en la Ley Orgánica 6/1984.

ello un lucro económico injustificable. Tales comportamientos atentan contra la dignidad de quienes han sufrido las consecuencias de esos actos y de sus allegados, que son sometidos a una nueva experiencia traumática derivada de esta invasión pública de su honor e intimidad.

El procedimiento de Habeas Corpus tiene como objeto la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial competente, de cualquier persona detenida ilegalmente. A los efectos de esta ley se consideran personas ilegalmente detenidas: a) Las que lo fueren por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurran los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las leyes; b) Las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar; c) Las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las leyes, si transcurrido el mismo, no fuesen puestas en libertad o entregadas al juez/a más próximo al lugar de la detención, d) Las privadas de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida.

Este procedimiento puede instado por: a) El privado de libertad, su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos/as y, en su caso, respecto a las personas menores y personas incapacitadas, sus representantes legales; b) El Ministerio Fiscal; c) El Defensor del Pueblo; d) de oficio, el juez/a competente para tramitarlo (normalmente el juez o la jueza de Instrucción del lugar en que se encuentre la persona privada de libertad).

El procedimiento se inicia, salvo cuando se incoe de oficio, por medio de escrito o comparecencia, no siendo preceptiva la intervención de abogado/a ni de procurador/a. La autoridad gubernativa, agente de la misma o funcionario/a público/a, estarán obligados/as a poner inmediatamente en conocimiento del jueza o jueza competente la solicitud de Habeas Corpus, formulada por la persona privada de libertad que se encuentre bajo su custodia. Promovida la solicitud, el juez/a examinará la concurrencia de los requisitos para su tramitación y dará traslado de la misma al Ministerio Fiscal. Seguidamente, mediante auto, acordará la incoación del procedimiento, o, en su caso, denegará la solicitud por ser esta improcedente. Dicho auto se notificará, en todo caso, al Ministerio Fiscal. Contra la resolución que en uno u otro caso se adopte, no cabrá recurso alguno.

Antes de dictar resolución, oirá el juez/a a la persona privada de libertad o, en su caso, a su representante legal y abogado/a, si lo hubiera designado, así como al Ministerio Fiscal; acto seguido oirá en justificación de su proceder a la autoridad, agentes, funcionario/a público/a o representante de la institución o persona que hubiere ordenado o practicado la detención o internamiento y, en todo caso, a aquella bajo cuya custodia se encontrase la persona privada de libertad; a todos ellos dará a conocer el juez/a las declaraciones del privado de libertad.

En el plazo de veinticuatro horas, contadas desde que sea dictado el auto de incoación, el juez o la jueza practicará todas las actuaciones procedentes y dictará alguna de estas resoluciones:

1. Si estima que la persona no está ilegalmente detenida acordará el archivo de las actuaciones, declarando ser conforme a derecho la privación de libertad y las circunstancias en que se está realizando.

2. Si estima que la persona está ilegalmente detenida se acordará en el acto alguna de las siguientes medidas:

   a) La puesta en libertad del privado de esta, si lo fue ilegalmente.

   b) Que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero, si lo considerase necesario, en establecimiento distinto, o bajo la custodia de personas distintas a las que hasta entonces la detentaban.

   c) Que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición judicial, si ya hubiese transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención.

Por otro lado, aunque el derecho penal debe ser contemplado como la última ratio frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico, conviene ser consciente de que en el Código Penal nos encontramos con algunas disposiciones que se refieren a la discapacidad como una situación que agrava la responsabilidad penal y también con delitos relacionados expresamente con la discriminación que hacen mención expresa a la discapacidad.

Antes de exponer esta protección es importante tener en cuenta que según el artículo 25 del Código Penal

> a los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

También cobra relevancia el concepto de persona con discapacidad necesitada de especial protección que se define como

> aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad

> jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente.

Pues bien, el artículo 22 del Código Penal incluye entre las circunstancias agravantes de los delitos su comisión

> cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurran efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta.

De este modo, cuando un delito se cometa por razón de la discapacidad de la víctima ello aumenta la responsabilidad criminal, haciendo corresponder una pena mayor.

En todo caso, la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su discapacidad aparece mencionada, por ejemplo, como circunstancia de aplicación de la pena de prisión permanente revisable en los casos de asesinato, o para aumentar la pena en el caso de los delitos de tráfico de órganos. El hecho de que el delito se cometa contra personas con discapacidad necesitadas de especial de protección justifica el aumento de las penas o el establecimiento de penas especiales en el caso, por ejemplo, de los delitos de incitación al suicidio (artículo 143 bis); delitos de lesiones (artículos 148 y 153) incluida la mutilación genital (149); delitos de detención ilegal o secuestro (artículo 165); de amenazas (artículo 171), de coacciones, incluido el acoso (artículo 172); torturas o delitos contra la integridad moral (artículo173); agresión sexual (artículo 180); delitos de exhibicionismo y provocación sexual (artículos185, 186); relativos a la prostitución y la explotación sexual (artículos 188 y 189); delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (artículo 197) o contra la salud pública (361 bis). Asimismo, las personas con discapacidad necesitadas de especial protección reciben una atención especial en la regulación de los delitos relacionados con el quebrantamiento de deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono de domicilio y en los delitos contra los derechos y deberes familiares. Específicamente se tipifican delitos relacionados con el abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Por otro lado, el artículo 314 del Código Penal se refiere al delito de discriminación en el empleo por diversas razones entre las que se encuentra ser

persona con discapacidad, castigándolo con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses. Se trata, en todo caso, de una norma de difícil aplicación ya que además del acto y del móvil, se exige un requerimiento de la Administración o una sanción administrativa a la persona empleadora, y que esta no remedie la situación y repare, además, los daños económicos causados.

También merece ser citado el artículo 452 del Código Penal en el que se afirma:

> Incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años la autoridad o el funcionario público que, a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las Leyes.

Además, el Código Penal dentro del Título XXI (Delitos contra la Constitución), posee un Capítulo, el IV, dedicado a enunciar unos delitos relacionados con la discriminación. Se trata de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución, que suelen ser conocidos como los delitos de odio y en ellos se menciona la discapacidad.

Así, el artículo 510. 1 a) establece que serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

> quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad.

Con la misma pena se castiga —artículo 510.1 b) y c)— a quienes

> produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo o públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un

grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, incluyéndose también en ambos casos la mención a la discapacidad.

Por su parte, el artículo 510.2 a) dispone que "serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses" quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones (o distribución de material) que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos, incluyendo de nuevo a las personas con discapacidad.

Igual pena se contempla 510.2 b) para quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón por razón de su pertenencia al mismo, mencionando otra vez a las personas con discapacidad.

Se contempla un agravamiento de las penas cuando se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación hacia las personas con discapacidad; cuando los hechos sean realizados por un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información; cuando los hechos alteren la paz pública o creen un grave sentimiento de inseguridad o temor entre las personas con discapacidad.

El artículo 511 castiga con la pena de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años al particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su discapacidad. Y señala que las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su discapacidad. En el caso de que "los autores sean funcionarios públicos" se impondrán las mismas penas en su mitad superior y la inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años. En todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre uno y tres años al de la duración de la pena impuesta si esta fuera de privación de libertad, cuando la pena impuesta fuera de multa, la pena de inhabilitación especial tendrá una duración de uno a tres años. En todo caso, se atenderá proporcionalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias que concurran en la persona que comete el delito.

Por su parte, el artículo 512 establece la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo de uno a cuatro años, a quienes en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho, entre otras razones, por razón de su discapacidad. Este precepto castiga por tanto conductas discriminatorias que suponen una lesión de la igualdad de trato en las relaciones privadas, como por ejemplo la negativa de un vendedor a vender un producto a una persona con discapacidad por razón de su discapacidad o la prohibición de entrada a un local privado a una persona con discapacidad por razón de su discapacidad.

Asimismo, el artículo 515 considera asociaciones ilícitas las que "fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones" entre otras razones, de nuevo, por razón de discapacidad.

Así, en el caso de que se haya tenido lugar algún hecho susceptible de integrar en el supuesto de hecho de los anteriores delitos, podrá interponerse una denuncia ante el juzgado de instrucción competente (que será el del lugar de comisión del delito). Uno de los problemas de los procesos penales es el de su duración. Sin embargo, los delitos anteriores pueden juzgarse a través del denominado procedimiento abreviado (que en la práctica es el más común de los procedimientos penales), y que se utiliza para el enjuiciamiento de delitos cuya pena no supere los nueve años de privación de libertad o se trate de una pena de otra naturaleza, cualquiera que sea su duración o cuantía (artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Finalmente, cabe mencionar que la discapacidad forma parte de la tipificación de los delitos de genocidio y lesa humanidad en los artículos 607 y 607 bis del Código Penal.

# El amparo constitucional

Por Laura Baamonde Gómez

## 1. Significado y relevancia dentro del sistema español de garantías de los derechos fundamentales

### Finalidad y origen histórico de la garantía

El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional previsto por el constituyente español en 1978, y concretado posteriormente su régimen jurídico por el legislador orgánico, forma parte de las denominadas doctrinalmente como garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales, junto con la tutela ordinaria y el procedimiento preferente y sumario ante la jurisdicción ordinaria.

La creación de un mecanismo de impugnación adicional ante el órgano encargado de ejercer en exclusiva la jurisdicción constitucional tiene su razón de ser en la especial naturaleza de estos derechos, que presentan no solo una dimensión o función subjetiva respecto de las controversias concretas sobre las cuales se proyectan, sino también otra de tipo objetivo, que trasciende la coyuntura particular y permea el resto del ordenamiento. Se convierte así en una "acción constitucional", es decir, no se plantea ante un órgano del Poder Judicial, pues el Tribunal Constitucional, a pesar de la confusión que pueda causar su denominación, no forma parte de aquel, no es una instancia más, sino el máximo órgano en materia de garantías constitucionales (artículo 123.1 de la Constitución española).

De ahí también la especial naturaleza jurídica que se atribuye al amparo constitucional, que viene caracterizado como: extraordinario y subsidiario.

Extraordinario porque no es un recurso ordinario. A través de su interposición solo puede pedirse la protección de determinados derechos. No puede emplearse, sin embargo, para solicitar la aplicación de otras normas constitucionales, ni otras de rango legal o inferior, como tampoco frente a la protección de un derecho solicitada por otro (contra-amparo).

Subsidiario porque solo cabe acudir a esta acción cuando la tutela de esos derechos no se ha satisfecho previamente por los tribunales ordinarios. Es así una garantía adicional y última. Pues en todo caso, los jueces, juezas y tribunales que componen el Poder Judicial son los jueces y juezas naturales de los derechos fundamentales (lectura sistemática de los artículos 5.1 y 7 de la de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Como antecedentes históricos más inmediatos de nuestro actual amparo constitucional, podemos señalar el recurso de amparo ante el Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española. Aunque ciertamente el esquema de la Constitución de 1978 sigue el modelo alemán de la II Postguerra Mundial (*Verfassungsbeschwerde*).

El amparo como instrumento para la protección de los derechos fundamentales tiene su origen primigenio en el derecho mexicano decimonónico, posteriormente desarrollado por otros países iberoamericanos e importado ya a principios del siglo XX en Europa, en el marco de la jurisdicción constitucional concentrada, como una de las competencias del Tribunal Constitucional de Austria.

## La reconfiguración del trámite de admisión del recurso de amparo a partir de la reforma de 2007: su "objetivación"

Cualquier análisis de la naturaleza jurídica del amparo constitucional español sería incompleto sin hacer referencia, aunque sea breve, a la radical modificación sufrida por la figura con ocasión de la aprobación de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Una reforma de la Ley reguladora del Tribunal Constitucional que modificó aspectos muy sustanciales, pero por lo que nos interesa aquí, supuso una profunda transformación en la comprensión del recurso mediante la modificación de su trámite de admisión. En pocas palabras, a partir de este momento el recurso se "objetiva" más respecto de la regulación previa, acentuando esta dimensión frente a la de tipo subjetivo, reforzando la idea de que los derechos

fundamentales deben ser reparados primariamente ante los tribunales ordinarios[274], y solo aquellos casos que acrediten una "especial trascendencia constitucional" (carga procesal de su justificación que recae en el recurrente) serán objeto de conocimiento por el Tribunal.

Ante una situación de gran saturación en el seno del Tribunal Constitucional en la gestión del recurso de amparo, el procedimiento constitucional más usado con diferencia, el legislador orgánico se vio en la tesitura de intervenir y reconfigurar su régimen jurídico ante el inminente riesgo de que este llegase a "morir de éxito". La solución adoptada fue ampliamente criticada por la doctrina ante la preocupación por que de ello se derivase una merma en la tutela de los derechos fundamentales.

Si bien es cierto que esta "objetivación" supone en la práctica un mayor margen de discrecionalidad en manos del órgano para seleccionar los casos que llegan a su deliberación, una debida comprensión integral del régimen de garantías jurisdiccionales de los derechos en España supondría dejar de recelar del trabajo del Poder Judicial en la tutela de los derechos fundamentales, reservando al Tribunal Constitucional un rol más propio de "cierre" del sistema en clave nacional, como máximo intérprete de la Constitución.

Precisamente esa posición particular del Tribunal Constitucional en el esquema de garantías jurisdiccionales —subsidiario del amparo judicial ordinario de un lado; y último remedio procesal doméstico (en la mayoría de los casos) a efectos de ulterior interposición de reclamación ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por vulneración de algún derecho del Convenio de Roma o sus Protocolos ratificados por España)—, merece una especial atención en la parte final de este trabajo, donde abordaremos la articulación de relaciones en ambos sentidos.

## 2. Régimen jurídico del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional

### Detalle de la tramitación del recurso de amparo constitucional

- Derechos susceptibles de ser recurridos en amparo: artículo 14 de la Constitución española, los contenidos en la Sección 1ª capítulo II Título I de la Constitución española (es decir, del 15 al 29), además del artículo

[274] En este punto me remito a mi otra aportación en este proyecto acerca de *El incidente de nulidad de actuaciones*. Donde explico la transformación sufrida por este remedio procesal con motivo de esta reforma del trámite de admisión del recurso de amparo en términos de "objetivación".

30.2 (artículo 53.2 de la Constitución española). Debe aclararse que solo las alegaciones sobre estos derechos serán tomadas en consideración por el Tribunal, pero, además, con la precisión de que aquello que no sea propiamente un derecho quedaría también excluido, por ejemplo, el principio de cooperación con confesiones religiosas del artículo 16. 3 de la Constitución.

Tampoco por esta vía se pueden alegar vulneraciones de derechos contenidos en tratados internacionales en materia de derechos humanos, al menos no de modo autónomo, pues estos son relevantes en la medida en que en virtud del artículo 10.2 de la Constitución española deben tomarse en consideración para la interpretación de los derechos previstos en nuestra Constitución.

- Procedimiento: A continuación, se expondrá el procedimiento para la interposición, tramitación y resolución del amparo constitucional. En todo caso, antes de comenzar debe destacarse que, en términos generales, puede hablarse de una suerte de "flexibilidad procesal" en la actitud del Tribunal, que se ha venido caracterizando en su desempeño por no ejercer un formalismo enervante, sino por favorecer la llegada de los asuntos a su conocimiento. Sin perjuicio de algunas cuestiones susceptibles de mejora en relación con la interpretación del agotamiento de la vía ordinaria y la necesidad (o no) de presentación del incidente de nulidad de actuaciones[275] o en atención a la justificación del requisito de la "especial trascendencia constitucional".
- Requisitos: La subsidiariedad. Para asegurar el carácter subsidiario del amparo constitucional deben cumplirse las siguientes formalidades:
    - Haber sido parte en la vía judicial previa: se exige a quien "razonablemente" pudo ser parte.
    - Agotamiento de la vía judicial (agotamiento formal): cuáles sean las acciones y recursos que deban agotarse se analiza de manera casuística. La única norma de alcance general al respecto es la nueva interpretación del incidente de nulidad de actuaciones tras la reforma de 2007. El agotamiento hace referencia a la existencia de remedios ante los tribunales ordinarios, y solo puede exigirse respecto de los manifiestamente procedentes. El problema en la práctica es la delimitación de la frontera entre la procedencia y la viabilidad de la acción, así como entre las intenciones dilatorias y la extemporaneidad del amparo.

[275] En este punto me remito de nuevo a mi otra aportación en este proyecto acerca de *El incidente de nulidad de actuaciones*. Donde explico la transformación sufrida por este remedio procesal con motivo de esta reforma del trámite de admisión del recurso de amparo en términos de "objetivación".

- Invocación previa del derecho vulnerado (agotamiento material): no basta con hacer una cita "ritual" del precepto constitucional invocado, sino que se exige una alegación que provoque una auténtica discusión ante la jurisdicción ordinaria; la invocación debe producirse tan pronto como se tuvo ocasión para ello. Lo que se pretende es que los tribunales ordinarios que han tomado parte en el amparo judicial previo hayan tenido la posibilidad efectiva de reparar.

– Objeto de impugnación: De acuerdo con la propia esencia que caracteriza a los derechos fundamentales, será objeto de cuestionamiento a través del amparo constitucional cualquier actuación (u omisión, o mera vía de hecho) de los poderes públicos, salvo la ley y normas con rango de ley.

Nuestro ordenamiento no prevé la posibilidad de que las personas particulares susciten procedimiento de declaración de inconstitucionalidad de normas con rango de ley, pero no impide que puedan impugnar los actos de aplicación derivados, lo que puede conllevar ulteriormente el planteamiento eventual de una autocuestión o cuestión interna de inconstitucionalidad en los términos del artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

La noción de poderes públicos requiere de una interpretación amplia del concepto, y en el caso de entes público-privados habría que determinar la concurrencia de la noción de "imperio". Además, en principio, la jurisdicción del Tribunal se extendería solo a actos internos, no obstante, merece la pena destacar qué ocurre respecto de actos de Estados extranjeros u organizaciones internacionales con efectos en nuestro territorio:

- Actuaciones producidas en España por Estados extranjeros: se aplica la doctrina de la inmunidad relativa; habrá que distinguir entre actos de soberanía y actos de gestión.
- Actos internos que pretenden dar eficacia en España a actos de un poder público extranjero (extradiciones, ejecución de euroórdenes, exequátur): el Tribunal ha entendido que en estos casos procede un control indirecto del acto externo, debe garantizarse que no se vulnera el "contenido absoluto o contenido esencial" de los derechos fundamentales, pero el parámetro no será necesariamente el canon interno, sino que se determinará ese contenido mínimo a partir de la interpretación de los mecanismos internacionales de protección.
- Actos de organizaciones internacionales: en primer lugar, los actos internos de ejecución o desarrollo son fiscalizables sin duda;

en segundo lugar, los actos de las organizaciones internacionales o supranacionales propiamente dichos, aquí la regla general sería que no, pero la Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional1/2004 ha dejado la puerta abierta a controlar esos actos en supuestos muy extraordinarios en los que se lesionen gravemente principios y valores constitucionales básicos sin que los mecanismos internacionales o supranacionales reparen dichas vulneraciones (un reconocimiento a la Teoría de los contra-límites como afirmación de la supremacía constitucional).

No está previsto el amparo contra actos de particulares, al menos, no desde el punto de vista procesal, pues la jurisprudencia constitucional viene admitiendo la eficacia horizontal de algunos derechos fundamentales desde los primeros años de su actividad. El problema, como veremos a renglón seguido, es que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no contempla un cauce de admisión para ellos. Una carencia que en términos prácticos se ha solucionado imputando al órgano judicial la vulneración del derecho al no haberle dado la protección debida. Se emplea así una suerte de "ficción procesal" que indudablemente contraviene el artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, pero que resulta operativa para la admisibilidad de estos casos, en tanto no se ha reformado la Ley reguladora.

- Requisitos: cauce de admisión y plazo correspondiente:
  - Artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: por esta vía se canalizan las impugnaciones frente a actos del Poder Legislativo sin valor de ley. El plazo de interposición es 3 meses desde el acto. Pero aquí debe hacerse la precisión de que este amparo no es subsidiario en el sentido que mencionamos más arriba, porque no hay vía ordinaria previa (estos actos no son susceptibles de revisión judicial), no obstante, en su caso, habrá que acudir a los mecanismos de reconsideración parlamentaria primero.
  - Arts. 43 y 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: son los cauces de admisión de impugnaciones frente a actos de la Administración pública y órganos judiciales respectivamente. Los plazos son ahora de 20 y 30 días respectivamente. Y ambas vías tienen en común exigir: haber agotado la vía jurisdiccional previa (subsidiaridad formal) y haber denunciado la vulneración tan pronto como se tuvo conocimiento de la misma (subsidiaridad material).

No es infrecuente la existencia de "amparos mixtos", es decir, aquellos en los que se impugnan contemporáneamente tanto actuaciones de tipo

gubernativo (artículo 43) como resoluciones judiciales de la vía previa (artículo 44). En esos casos ha entendido el Tribunal que el plazo aplicable es el de 30 días, más favorable para el recurrente. Siempre que sea un amparo auténticamente mixto, no admitiendo fraudes procesales que intenten alargar el plazo de interposición artificialmente.

El *dies a quo* es la fecha de en la que se tuvo conocimiento de la comunicación fehaciente de la resolución que puso fin a la vía previa.

Por razones de completitud, debe señalarse la existencia de los llamados "amparos electorales", bien contra la proclamación de candidatos (artículo 49 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General); bien contra la proclamación de electos (artículo 114 de la misma ley).

Como ya alertábamos desde algún apartado precedente, desde la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, debemos tener en cuenta entre los remedios procesales previos a la interposición del recurso de amparo el "incidente de nulidad de actuaciones" (artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)[276]. Desde entonces, este remedio procesal procede frente a cualquier vulneración de derechos fundamentales de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución española (mientras que antes solo operaba en casos de incongruencia de la sentencia o de defectos procesales de forma que causasen indefensión). Se plantea ante la última instancia judicial que haya debido pronunciarse frente a vulneraciones nuevas y autónomas que no haya habido oportunidad de plantear con anterioridad y que debido a la firmeza de la resolución ya no son susceptibles de ser canalizadas a través del sistema de recursos. Una reforma cuyo rendimiento práctico es cuestionable al generar dudas sobre la procedencia o no de su interposición como paso previo al planteamiento del amparo constitucional.

- Legitimación para interponer el amparo: De acuerdo con el artículo 162 1 b) de la Constitución española: el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal (que participará en todo caso en el procedimiento de amparo), y, obviamente, toda persona física o jurídica que presente un interés legítimo y que haya sido parte en el proceso (exigencia que conecta con el requisito de la subsidiariedad).

[276] En este punto me remito de nuevo a mi otra aportación en este proyecto acerca de *El incidente de nulidad de actuaciones*. Donde explico la transformación sufrida por este remedio procesal con motivo de esta reforma del trámite de admisión del recurso de amparo en términos de "objetivación".

En cuanto a la legitimación del Defensor y de la Fiscalía, aclarar que no necesitan consentimiento del interesado. Aunque lo cierto es que apenas han empleado esta posibilidad.

Sobre la noción de interés legítimo, debe partirse de un concepto amplio. Comprensivo de toda persona cuyo círculo jurídico pueda resultar afectado por la violación de un derecho fundamental, aunque la violación no se haya producido directamente en su contra (Sentencia del Tribunal Constitucional 298/2006, entre otras).

La legitimación de los particulares va en coherencia con la propia atribución de titularidad sobre los derechos fundamentes, así, las personas extranjeras (en conexión con la idea de dignidad humana) y las personas jurídicas, podrán interponer el amparo en tanto en cuanto ostenten derechos fundamentales. Además, cabe recordar que en el caso de las jurídico-públicas esta titularidad es especialmente restringida por la propia naturaleza de los derechos fundamentales como freno al poder público.

Asimismo, el artículo 47.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prevé que pueda haber coadyuvantes, y está también prevista la intervención del Abogado del Estado para aquellos casos en que estuviera interesada la Administración Pública (artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

- Requisito: La justificación de la "especial trascendencia constitucional" del recurso:

Artículo 50. 1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional**:**

que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

Es decir, desde la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007, para que un recurso sea admitido a trámite, además de la alegar la vulneración de uno o más derechos susceptibles de amparo constitucional y cumplir con los plazos y las exigencias de subsidiariedad que hemos referido, deberá acreditar de manera insubsanable la "especial trascendencia constitucional" del mismo (que el problema tenga relevancia objetiva o general) (artículo 49.1 de la Ley Orgánica del Tribunal

Constitucional). A efectos prácticos, para saber en qué casos el Tribunal Constitucional va a considerar que concurre esta característica tomamos como referencia lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009 (FJ 2º) que resultó fundamental en la definición de este requisito (no suponiendo de ningún modo un *numerus clausus*) y que esquematizamos en los siguientes puntos:

- Cuando el recurso plantee un problema o faceta de un derecho fundamental sobre el que no haya doctrina;
- Cuando el recurso dé ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar de doctrina (por estudio interno, nuevas realidades sociales o cambio de doctrina en los tribunales internacionales);
- Cuando la vulneración provenga de la ley u otra disposición general;
- Cuando la vulneración provenga de una reiterada interpretación de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva de derechos fundamentales;
- Cuando la doctrina del Tribunal se esté incumpliendo reiteradamente por la jurisdicción ordinaria;
- Cuando el órgano jurisdiccional incurra en negativa manifiesta de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional;
- Cuando, sin estar en los supuestos anteriores, el asunto del caso concreto merezca el conocimiento del Tribunal por razones políticas, económicas ;

Para finalizar con la "especial trascendencia constitucional", y antes de entrar a comentar la tramitación de los recursos en el seno del Tribunal, merece la pena destacar que este nuevo requisito y su aplicación en el trámite de admisión ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la importante Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Caso Arribas Antón vs. España, de 20 de enero de 2015. Una resolución, que, si bien no apreció vulneración alguna del Convenio de Roma, sí destacó que la práctica del Tribunal español de no argumentar las inadmisiones ni las admisiones (con carácter sistemático, se entiende, porque existían alusiones puntuales) en relación con la justificación de la particular relevancia constitucional, suponía una patente mala administración de justicia. Lo que conllevó un cambio en la manera de proceder del órgano en su posterior labor, empezando a introducir en los casos admitidos (recordemos que las inadmisiones no se publican) una referencia a la causa de "especial trascendencia constitucional" concurrente, a los efectos facilitar información relevante

para la interposición futura de acciones de amparo. Aspecto cuya relevancia fue reconocida por el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2015[277].

- Tramitación del recurso.
- Demanda: Satisfechos todos los requisitos analizados en los puntos anteriores, la persona que recurre debe presentar la demanda de amparo asistido por abogado/a y procurador/a (artículo 81 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Siento gratuita dicha interposición, sin perjuicio de la posibilidad de imposición de costas (artículo 95). La demanda fijará los límites del proceso, que no podrá ampliarse en trámite de alegaciones por ninguna de las partes.
- Admisión: La determina bien la Sección por unanimidad; o la Sala, mediante providencia. (artículo 50 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). El 95 % aproximadamente de los recursos de amparo interpuestos son inadmitidos, también por providencia, solo recurrible en súplica por el Ministerio Fiscal en el plazo de 3 días (artículo 50.3 de la Constitución española).

Si el recurso se admite a trámite se solicitan las actuaciones (artículo 51.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional:

> la Sala requerirá con carácter urgente al órgano o a la autoridad de que dimane la decisión, el acto o el hecho, o al Juez o Tribunal que conoció del procedimiento precedente para que, en plazo que no podrá exceder de diez días, remita las actuaciones o testimonio de ellas

Una vez vistas se dará plazo a las partes para formular alegaciones (artículo 52.1):

> [r]*ecibidas las actuaciones y transcurrido el tiempo de emplazamiento, la Sala dará vista de las mismas a quien promovió el amparo, a los personados en el proceso, al Abogado del Estado, si estuviera interesada la Administración Pública, y al Ministerio Fiscal. La vista será por plazo común que no podrá exceder de veinte días, y durante él podrán presentarse las alegaciones procedentes*.

- Incidentes que pueden darse durante la tramitación: Acumulación de causas (artículo 83 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), práctica de prueba (artículo 89, poco habitual en la práctica, pues el

[277] "constituye una exigencia de certeza que este Tribunal explicite el cumplimiento de este requisito (la especial trascendencia constitucional), haciendo así recognoscibles los criterios de aplicación empleados al respecto por el TC" (FJ 3).

Tribunal fundamenta su decisión a partir de los hechos probados en la vía judicial previa), suspensión del acto recurrido (como medida cautelar —artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional—, es frecuente respecto de penas privativas de libertad de corta duración, extradiciones y expulsiones).

- Sentencia: Corresponde normalmente a la Sala, aunque puede deferirse a una Sección (cuando se aplique doctrina consolidada, artículo 52.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) o incluso ser resuelta por el Pleno si este avoca el amparo para sí (artículos 10.1 n) y 13).

Si la sentencia es estimatoria, el artículo 55.1 contempla que deben contener alguno de los siguientes pronunciamientos:

- mero reconocimiento o declaración del derecho vulnerado (ejemplo: derecho al honor);
- restablecimiento en el pleno goce del derecho (ejemplo: puesta en libertad de la persona detenida con vulneración de su derecho de libertad personal);
- anulación del acto impugnado (ejemplo: sentencias vulneradoras/no protectoras de derechos). Si es por motivos formales se produce un reenvío (se retrotraen las actuaciones); si es por motivos sustanciales el Tribunal Constitucional resuelve sobre el fondo.

Puede darse, en cambio, que el caso termine de forma anormal, por desistimiento o pérdida de objeto, por ejemplo. Dependiendo del caso, puede resolverse por auto o sentencia.

Lo que no admite discusión es que las sentencias del Tribunal Constitucional no son fiscalizables, salvo presentación del recurso de aclaración (artículo 93 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Cuestión aparte es la posibilidad de presentar una acción ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pero técnicamente no sería un recurso contra la sentencia de amparo.

Rendimiento de la garantía: conexión con las garantías internacionales de los derechos fundamentales y especial referencia a la articulación de relaciones con la jurisdicción ordinaria.

Para analizar el rendimiento del recurso de amparo como garantía de los derechos fundamentales en España, baste con señalar su relevancia cuantitativa. Este procedimiento representa más del 95 % de los asuntos que entran al registro del Tribunal Constitucional. Según la Memoria de actividad del órgano del año 2021 (la más reciente disponible), se ingresaron un total de 8 370 asuntos jurisdiccionales nuevos, de los cuales 8 294 correspondieron a recursos de

amparo. Dato que por sí solo explica muchas de las afirmaciones contenidas a lo largo del texto.

Para intentar no reiterar cuestiones ya aludidas previamente, sirva este epígrafe para reflexionar, siquiera someramente acerca del recurso de amparo y el Tribunal Constitucional dentro del esquema multinivel de protección de los derechos, en particular en lo que afecta a su vínculo con las garantías internacionales y a su relación con la jurisdicción ordinaria.

Por lo que respecta a la primera de las cuestiones, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional constituye una acción privilegiada para la recepción de los estándares internacionales en materia de derechos humanos suscritos por España en los términos del artículo 10.2 de la Constitución española, regla particular de interpretación de los derechos fundamentales: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

Un precepto que establece una cláusula de apertura de la Constitución española al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que no significa que las referencias a los tratados internacionales permitan automáticamente la elevación a rango constitucional de derechos fundamentales nuevos y autónomos. Su valor es interpretativo, coadyuvando a la interpretación (delimitación de contenido) de los derechos ya previstos en nuestro catálogo constitucional.

En cuanto a su ámbito de aplicación, vincula a todos los poderes públicos que participen de la tarea de interpretar los derechos fundamentales de la Constitución española (obligación material de interpretación conforme). Pero incluso va más allá, porque no se circunscribe solo a los etiquetados técnicamente como tales, sino que afecta a todos los enunciados del Título I, abarcando también los Principios Rectores del Capítulo III que en puridad no tienen la consideración de derechos fundamentales (por comparación con los del Capítulo II). En todo caso, el Tribunal Constitucional ha negado que pueda alegarse autónomamente una presunta vulneración del artículo 10.2 de la Constitución española en amparo.

Teniendo esto presente, la apertura a estos instrumentos internacionales de protección —y, sin desmerecer el rol y la relevancia del sistema de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas— es especialmente importante en el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950), y la

jurisprudencia respecto del mismo desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo). Recordemos que España ratifica el Convenio, entra a formar parte del Consejo de Europa y se somete a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 1979. Una pertenencia que supone, desde la perspectiva objetiva, que la doctrina jurisprudencial que este genere podrá ser invocada en el ámbito interno (para la interpretación del Título I de nuestra Constitución) en aplicación del artículo 10. 2 de la Constitución española. De hecho, el Tribunal Constitucional recurre habitualmente a ella para diversas tareas relacionadas con la tutela de los derechos, como: interpretar y darles contenido, identificar contenidos conexos, delimitar su contenido esencial, valorar la especial trascendencia constitucional de un recurso de amparo o concretar el alcance de la cultura jurídica a efectos de concretar a su vez el alcance del derecho. Llegando incluso a afirmar que la declaración por aparte del Tribunal de Estrasburgo de vulneración de un derecho del Convenio, supone, automáticamente, la lesión de un derecho constitucionalmente protegido, debiendo repararse tal lesión en el ámbito interno (Sentencia del Tribunal Constitucional 245/1991, Caso Bultó).

Debe destacarse, que el Convenio de Roma, consciente de la diversidad de estándares entre los Estados parte y el propio subsistema del Consejo de Europa, introdujo una cláusula de salvaguardia en su artículo 53 del CEDH: "ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte". Es decir, no puede tomarse en consideración el CEDH o la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de asumir una interpretación más restrictiva a la que correspondería con arreglo al derecho interno.

Además de lo dicho respecto del Consejo de Europa, la pertenencia de España a la Unión Europea desde 1986 también tiene relevancia para el status jurídico de los derechos fundamentales, puesto que la aplicación del derecho de la Unión Europea puede incidir en los derechos de los ciudadanos y ciudadanas sometidas a la jurisdicción española, y lo mismo en los demás Estados Miembros. Nuestro Tribunal Constitucional también ha aceptado el derecho de la Unión Europea como canon interpretativo para el Título I de la Constitución en el sentido previsto en el artículo 10. 2 de la Constitución española (Sentencia del Tribunal Constitucional 64/1991). Una Unión Europea cuya evolución en la protección de los derechos fundamentales ha ido siendo cada vez más intensa, contando actualmente con una Carta de los Derechos Fundamentales de la

Unión Europea (publicada como anexo al Tratado de Lisboa, pero con idéntico valor al de los Tratados, *ex* artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea)

Si bien a tenor del artículo 51.1 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea las disposiciones de la Carta van dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión y los Estados Miembros en aplicación del derecho de la Unión, configurando un ámbito de aplicación limitado, no obstante, nuestro Tribunal Constitucional la ha utilizado como canon interpretativo de manera reiterada en virtud del artículo 10. 2 de la Constitución española (Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000 datos de carácter personal; 53/2002 —asilo—; 17/2006 tutela judicial efectiva), sin necesidad de conexión con la aplicación del derecho de la Unión. No ha tenido reparo en hacer referencias a su articulado (Sentencias del Tribunal Constitucional 66/2015, 77/2014, 198/2012, 185/2012, 133/2010, 77/2010) y al propio rol del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya jurisprudencia en interpretación de los derechos contenidos en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea es crucial a efectos del artículo 10. 2 de la Constitución española, y a la que se ha referido incluso en casos no conectados con el derecho de la UE (Sentencias del Tribunal Constitucional 66/2015, 77/2014).

Al igual que sucedía con el subsistema anterior, tanto el Tribunal Constitucional como la doctrina han admitido de manera unánime que el artículo 10. 2 de la Constitución española no puede emplearse en sentido regresivo, permitiendo rebajas en el nivel de protección nacional (constitucional, jurisprudencia constitucional). No obstante, en el ámbito de la Unión Europea el principio de primacía y la necesidad de que este derecho sea interpretado y aplicado de manera uniforme en todos los Estados Miembros ha generado "desajustes" en esta máxima. Sirva como ejemplo el Caso Melloni (Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2014). Primera ocasión en la que el Tribunal Constitucional eleva una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo sobre la aplicación de una orden europea de detención y entrega solicitada por las autoridades italianas, siendo el estándar español de protección más elevado. Al tratarse de un caso, como vimos más arriba, de un acto de un Estado extranjero con efectos en España, se consideró que bastaba con satisfacer el "contenido absoluto" del derecho, una categoría manejada en situaciones como esta de "infracciones indirectas", pero que deja abierto el riesgo a que el Tribunal Constitucional, en su papel de "juez europeo", comience a interpretar los derechos fundamentales "a la baja" en asuntos puramente nacionales o no conectados con la aplicación del derecho de la Unión Europea. O, en sentido contrario, que inaplique el derecho europeo y reviva la Teoría de los contra-límites.

Sin duda un relevante problema constitucional el del "diálogo de Tribunales" en un escenario de tutela multinivel de los derechos donde las distintas cortes "vértice" (Tribunales Constitucionales, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y, en cierto modo también los Tribunales Supremos nacionales) tienen una pretensión legítima de tener la última palabra dentro de su esfera competencial.

En todo caso, y por lo que respecta al ámbito doméstico español y la articulación de relaciones entre el Tribunal Constitucional y los titulares del Poder Judicial, debe recordarse lo siguiente:

- El juez/a natural de los derechos fundamentales es el juez/a ordinario. El recurso de amparo es un mecanismo extraordinario y subsidiario. Especialmente "objetivado" a partir de la reforma del trámite de admisión con ocasión de la aprobación de la Ley Orgánica 6/2007, y la definición de los supuestos de "especial trascendencia constitucional" (Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009).
- El artículo 123 de la Constitución española dispone que el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo en materia de garantías constitucionales (que lo es el Tribunal Constitucional). En palabras del profesor Rubio Llorente, "Supremo no hay más que uno, pero no es el verdadero". Pues, las resoluciones del Tribunal Constitucional son de obligado seguimiento por los jueces, juezas y tribunales en la interpretación del ordenamiento jurídico (artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y, además, no son fiscalizables por ningún otro órgano nacional (artículo 4 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

## 3. Potencialidades del recurso de amparo constitucional en la protección de la accesibilidad universal

### Puntos fuertes

- El recurso de amparo constitucional, en la medida en que se interpone ante el Tribunal Constitucional, máximo órgano en materia de garantías constitucionales y de "cierre" del sistema español de protección de los derechos fundamentales (en el nivel doméstico), cuyas resoluciones son de obligado cumplimiento por todos los operadores jurídicos, tiene una proyección objetiva que trasciende las situaciones subjetivas individuales y permea sobre el resto del ordenamiento jurídico. Es decir, tiene una capacidad transformadora muy destacable.

- En relación con esa dimensión objetiva, debe destacarse, que, tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007, el amparo constitucional constituye un remedio extraordinario, y, "más subsidiario" si cabe, que en épocas precedentes, reforzando con ello la responsabilidad primaria de los tribunales ordinarios en la tutela de los derechos fundamentales, y reservando al Tribunal Constitucional un rol más circunscrito a la unificación de criterios y la interpretación evolutiva de los derechos.
- Precisamente, entre los supuestos que acreditan que un caso presenta "especial trascendencia constitucional" se encuentran situaciones relacionadas con esa interpretación evolutiva de los derechos: cuando se suscitan supuestos nuevos (nuevos alcances o facetas de derechos dignos de tutela), cuando el Tribunal considera que su jurisprudencia debe ser renovada sobre una cuestión (por ejemplo, para su adecuación a los nuevos estándares internacionales de referencia de acuerdo con el artículo 10.2 de la Constitución española), cuando la vulneración de derechos trae causa de una norma de alcance general (con eventual elevación de autocuestión de inconstitucionalidad) o más generalmente cuando el Tribunal debe afirmar su interpretación de los derechos frente a la actividad de los jueces y tribunales. Todo ello especialmente relevante para la demanda de protección de derechos necesitados de mayor optimización como podría ser el caso de la accesibilidad universal.
- Un amparo constitucional interpretado en su debida articulación de relaciones —de un lado, con la jurisdicción ordinaria (ante la que se sustancia la vía previa); y los estándares internacionales de protección (que recibe en clave interpretativa, o, que, en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, le suceden en el tiempo)— puede ser un instrumento muy eficaz en términos de tutela estructural de los derechos.

## Puntos débiles

- La restricción de los derechos susceptibles de ser invocados en el amparo a los previstos en el artículo 53.2 de la Constitución española, sin perjuicio de que se admita su interpretación sistemática o en conexión con otros enunciados constitucionales, dificulta articular ciertas demandas ante el Tribunal Constitucional a través de esta garantía.
- La reforma del año 2007 "objetivando" el amparo constitucional y "compensándolo" ante la jurisdicción ordinaria con la ampliación del ámbito de aplicación del incidente de nulidad de actuaciones no ha generado los efectos deseados, muy al contrario, parece haber

introducido una cierta distorsión, dificultando en algunos casos el propio acceso al recurso de amparo en la interpretación del agotamiento de los remedios procesales previos.

- Las dificultades que plantean los "desajustes" de la tutela multinivel de los derechos, el complejo "diálogo de tribunales" y las particularidades del derecho de la Unión Europea en casos de diversidad de estándares.

# Comunicaciones Comité Accesibilidad

Por Francisco Bariffi

## Comunicación Nº 1/2010. Szilvia Nyusti y Péter Takács *vs.* Hungría. Dictamen aprobado por el Comité en su noveno período de sesiones (15 a 19 de abril de 2013)[278]

### Cuestión

Falta de accesibilidad de toda la red de cajeros automáticos de OTP para las personas con discapacidad visual. Obligación de asegurar accesibilidad universal de servicios bancarios de entidad privada (artículo 9 párrafo 2.b).

### Antecedentes fácticos

Ambos autores (Szilvia Nyusti y Péter Takács) son personas con grave discapacidad visual. Firmaron independientemente con la entidad de crédito OTP Bank Zrt. (OTP) sendos contratos de prestación de servicios de cuenta corriente particular que les daban derecho a usar tarjetas bancarias. No obstante, los autores no pueden usar los cajeros automáticos sin ayuda, porque los cajeros de OTP no tienen teclados marcados con caracteres en braille ni un sistema de voz que les dé instrucciones o asistencia para las transacciones con tarjeta. Los autores pagan las mismas comisiones anuales por los servicios de tarjeta bancaria y transacciones que el resto de los clientes. Sin embargo, no pueden utilizar los servicios proporcionados por estos cajeros como los clientes videntes, por lo que reciben menos servicios por las mismas comisiones (párrafo 2.1).

[278] CRPD/C/9/D/1/2010, 21 de junio de 2013.

**Argumentos del Estado**

El Estado parte toma efectivamente la posición de que, con arreglo a su marco jurídico vigente, la obligación de garantizar la accesibilidad de los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo para las personas con discapacidad visual en pie de igualdad con las demás no se aplica a las entidades privadas, como OTP, y no afecta a las relaciones contractuales (párrafo 9.3)

**Observaciones del Comité**

El Comité recuerda que, en virtud del artículo 4, párrafo 1 e), de la Convención, los Estados partes se comprometen a "tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad". A tal efecto, **los Estados partes están obligados, en virtud del artículo 9 de la Convención, a adoptar medidas pertinentes para asegurar el acceso** de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a, entre otras cosas, los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos, determinando y eliminando los obstáculos y barreras de acceso. Los Estados partes deben, en particular, adoptar las medidas pertinentes para desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público (artículo 9, párrafo 2 a), de la Convención) **y asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad** (artículo 9, párrafo 2 b)) (párrafo 9.4).

El Comité observa, en primer lugar, que el Estado parte ha reconocido que la accesibilidad de los servicios de los cajeros automáticos y otros servicios bancarios para las personas con discapacidad visual y otros tipos de discapacidad constituía un verdadero problema que requería una solución aceptable para todas las partes interesadas. Observa además que el Estado parte ya ha determinado tres aspectos necesarios para alcanzar este objetivo, a saber: 1) la accesibilidad de los cajeros automáticos y otros servicios bancarios para todas las personas con discapacidad; 2) el logro gradual de esa accesibilidad general debido al costo que entraña; y 3) la accesibilidad de los cajeros automáticos y otros servicios bancarios prestados por todas las entidades financieras que operan en el territorio del Estado parte, y no solo por OTP (párrafo 9.5).

Si bien toma debidamente en consideración las medidas adoptadas por el Estado parte para mejorar la accesibilidad de los cajeros automáticos de OTP y

otras entidades financieras para las personas con discapacidad visual y de otro tipo, el Comité observa que **ninguna de estas medidas ha garantizado a los autores u otras personas en situación análoga la accesibilidad de los servicios de tarjeta bancaria prestados por los cajeros automáticos de OTP. Por consiguiente, el Comité considera que el Estado parte ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 9, párrafo 2 b)**, de la Convención (párrafo 9.6).

## Comunicación Nº 8/2012. X. *vs.* Argentina. Dictamen aprobado por el Comité en su 11º período de sesiones (31 de marzo a 11 de abril de 2014)[279]

### Cuestión

Libertad y seguridad personal en contextos de detención. El autor alega que ha sido discriminado toda vez que las autoridades no tomaron en cuenta su discapacidad ni su estado de salud al internarlo en el Hospital Penitenciario Central del CPF de Ezeiza, ni llevaron a cabo los ajustes razonables necesarios para garantizar su integridad personal.

### Antecedentes fácticos

El autor (ciudadano de Argentina) se encuentra cumpliendo condena en un centro penitenciario y tiene discapacidad (hemianopsia homónima izquierda en ambos ojos y trastornos en el equilibrio de orden perceptivo, cognitivo y de orientación visoespacial). En 2010 inicia un programa de rehabilitación bajo la modalidad de internación. Acto seguido solicita el cambio de la medida de detención preventiva por arresto domiciliario alegando que necesitaba seguir recibiendo tratamiento de rehabilitación similar al que había recibido desde que sufrió el accidente cerebrovascular, mediante modalidad de hospital de día con frecuencia diaria; que requería un ámbito de alojamiento adecuado a su situación de discapacidad; y que debía considerarse la distancia entre el centro de reclusión y el hospital de rehabilitación. El Tribunal competente consideró que el estado físico y la situación médica del autor no permitían concluir que le fuera imposible recuperarse estando privado de libertad o que no pudiera ser atendido adecuadamente en la prisión y trasladado fuera de ella cuando fuese necesario en una ambulancia de alta complejidad y acompañado de un médico.

[279] CRPD/C/11/D/8/2012, 18 de junio de 2014.

**Argumentos del Estado**

El Estado parte alega que la solicitud de detención domiciliaria resultaba inconsistente, pues en cualquier supuesto el autor requería ser trasladado al centro rehabilitador. En cuanto a las condiciones de detención, el Estado destaca los informes presentados han constatado in situ el estado del hospital penitenciario, el equipamiento de rehabilitación y médico, la asistencia de un enfermero las 24 horas, la accesibilidad del baño de uso exclusivo del autor, la existencia y funcionamiento de un ascensor, así como de una puerta habilitada para que pudiera acceder al patio de recreación. El autor recibió idéntico trato que cualquier otra persona que se hallase en su situación. El régimen de prisión domiciliaria constituye la excepción a la norma general, siendo la práctica de los tribunales ordenar la detención de los condenados en establecimientos carcelarios comunes o en hospitales penitenciarios, sin la concesión de beneficios indebidos. (párrafos 4.7, 4.8. y 4.9).

**Observaciones del Comité**

El Comité toma nota de las alegaciones del autor de que su habitación-celda en el CPF de Ezeiza es inadecuada para una persona con discapacidad. **Los ajustes realizados por las autoridades penitenciarias no resultan** suficientes, toda vez que las dimensiones del baño no están adaptadas al uso de una silla de ruedas; la silla de plástico semiadaptada en el baño no guarda las medidas de seguridad indispensables; y no puede desplazarse por sus propios medios para acceder al sanitario y a la ducha, por lo que depende de la asistencia del enfermero u otra persona. Si bien es cierto que se instaló un timbre de llamada, en la práctica muchas veces la respuesta no es oportuna. Su piel se ha escarado en reiteradas ocasiones por no contar con un colchón antiescaras y sus movimientos se encuentran sumamente limitados**. En la práctica solo puede realizar sus necesidades básicas mediante el uso de instrumentos que le colocan en su cama y la falta de asistencia de terceras personas no le permite realizar un cuidado cotidiano de su higiene. La falta de infraestructura adecuada para personas con su discapacidad, y las precarias condiciones de detención constituyen un atropello a su dignidad y un trato inhumano** (párrafo 8.4).

El Comité recuerda que conforme al artículo 14, párrafo 2 de la Convención, **las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad tienen derecho a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la Convención, incluida la realización de ajustes razonables**. Asimismo, también recuerda que **la accesibilidad es un principio general de la Convención y, en tal sentido, se aplica también a aquellas situaciones en las que las personas con discapacidad son privadas de su libertad**. El **Estado parte tiene la**

**obligación de garantizar que sus centros penitenciarios permitan la accesibilidad de todas las personas con discapacidad que lleguen a ser privadas de su libertad** ( ) En el presente caso, el Comité reconoce los ajustes realizados por el Estado parte para eliminar las barreras de acceso en el entorno físico del autor en el centro penitenciario. Sin embargo, considera que **el Estado parte no ha probado fehacientemente que las medidas de ajuste tomadas en el complejo penitenciario sean suficientes para garantizar el acceso del autor al cuarto de baño y ducha, al patio y al servicio de enfermería, de la manera más independiente posible**. En este sentido el Comité observa que el Estado no ha alegado la existencia de obstáculos que le impidan tomar todas las medidas necesarias para facilitar la movilidad del autor en su entorno y tampoco ha desvirtuado las alegaciones del autor sobre la persistencia de barreras arquitectónicas. Por consiguiente, el Comité considera que, en ausencia de suficientes explicaciones, **el Estado parte ha incumplido sus obligaciones en relación con el artículo 9, párrafo 1, apartados a) y b) y el artículo 14, párrafo 2 de la Convención** (párrafo 8.5).

Habiendo arribado a la anterior conclusión, en las circunstancias del presente caso, el Comité considera que como resultado de **la falta de accesibilidad y ajustes razonables suficientes se colocó al autor en unas condiciones de detención precarias incompatibles con el derecho consagrado en el artículo 17** de la Convención (párrafo 8.6).

## Comunicación núm. 13/2013. Michael Lockrey *vs.* Australia. Dictamen aprobado por el Comité en su 15º período de sesiones (29 de marzo a 21 de abril de 2016)[280]

### Cuestión

Una persona sorda y usuaria de la lengua de señas alega discriminación por denegación de un intérprete para desempeñarse como jurado ciudadano. En su lugar el Estado dispensa a la persona de su tarea por entender que la inclusión del intérprete podría menoscabar “la preservación del secreto de las deliberaciones del jurado”.

### Antecedentes fácticos

El autor es sordo y necesita subtitulado en directo mediante estenotipia para poder interactuar con otras personas en comunicaciones oficiales. El 28 de

[280] CRPD/C/15/D/13/2013, 30 de mayo de 2016.

febrero de 2012, la Sheriff de Nueva Gales del Sur le envió una citación para actuar como jurado el 26 de marzo de 2012 (primera citación). Entre el 28 de febrero y el 19 de marzo de 2012, el autor se dirigió en reiteradas ocasiones a la Oficina del Sheriff para pedir que se le facilitara subtitulación mediante estenotipia de las actuaciones a fin de poder participar en el proceso de selección de los jurados en igualdad de condiciones con los demás candidatos. No obtuvo respuesta. El 27 de julio de 2012, la Sheriff denegó la petición del autor y señaló que "la participación de una persona con deficiencia auditiva como jurado es posible ( ) mediante el empleo de bucles magnéticos".

**Argumentos del Estado**

El Estado parte sostiene que el Gobierno de Nueva Gales del Sur ofrece ajustes razonables a muchas personas con discapacidad que han sido convocadas para ejercer como jurados, como los bucles magnéticos y la tecnología de transmisión de sonido por infrarrojos. Asimismo, señala que la Ley de 2010 por la que se modifica la Ley del Jurado (Nueva Gales del Sur), que entró en vigor el 31 de enero de 2014, reformó la Ley del Jurado de 1977 (Nueva Gales del Sur) y sustituyó la inhabilitación para actuar como jurado por la posibilidad de ser dispensado por una causa justificada. En virtud de la reforma, una persona que no pueda desempeñar las funciones de jurado debido a una enfermedad, dolencia o discapacidad, tendrá derecho a una dispensa permanente o a una dispensa por causa justificada, dependiendo de la naturaleza de la enfermedad, dolencia o discapacidad.

**Observaciones del Comité**

La definición de **discriminación por motivos de discapacidad** del artículo 2 de la Convención indica expresamente que "**incluye** todas las formas de discriminación, entre ellas, la **denegación de ajustes razonables**". En el presente caso, el autor fue citado en tres ocasiones para participar en un jurado, incluidas dos veces después de haber indicado que estaba dispuesto a participar en la selección, pero que para ello necesitaría subtitulación mediante estenotipia ( ) el Comité recuerda **que la discriminación puede producirse como efecto discriminatorio de una norma o medida que aparentemente es neutral o no tiene la intención de discriminar, pero que afecta de manera desproporcionada a las personas con discapacidad**. Asimismo, de conformidad con el artículo 5, párrafo 1, los Estados partes deben velar por que todas las personas sean iguales ante la ley y tengan derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna, y que, en virtud del artículo 5, párrafo 3, los Estados partes deben **adoptar** todas las **medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables** a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación (párrafo 8.3).

El Comité considera que, **cuando valoran si las medidas de ajuste son razonables y proporcionadas, los Estados partes disponen de cierto margen de apreciación**. Sin embargo, los Estados partes deben velar por que **esa evaluación se haga de manera exhaustiva y objetiva**, abarcando todos los elementos pertinentes, antes de llegar a la conclusión de que las medidas de apoyo y adaptación de que se trate constituirían una carga desproporcionada o indebida para un Estado parte ( ) el Comité observa que **los ajustes realizados por el Estado parte para las personas con deficiencias auditivas no permitirían al autor participar en un jurado en igualdad de condiciones con las demás**. También observa que, aunque el Estado parte sostiene que el recurso a estenotipistas incide en la complejidad, el costo y la duración de los juicios, no proporciona datos o análisis para demostrar que constituiría una carga desproporcionada o indebida. Por otra parte, **si bien debe respetarse el principio de confidencialidad de las deliberaciones del jurado, el Estado parte no proporciona ningún argumento que justifique que no podían hacerse ajustes, como un juramento especial ante un tribunal, para permitir que la persona que proporciona la subtitulación mediante estenotipia preste ese servicio sin afectar a la confidencialidad de las deliberaciones del jurado** ( ) el Comité considera que el Estado parte no ha tomado las medidas necesarias para proporcionar ajustes razonables al autor y concluye que la negativa a prestar servicios de subtitulación mediante estenotipia, sin una evaluación exhaustiva de si ello constituiría una carga desproporcionada o indebida, constituye discriminación por discapacidad y vulnera los derechos que asisten al autor en virtud del artículo 5, párrafos 1 y 3, de la Convención (párrafos 8.4. y 8.5).

El Comité señala que **formar parte de un jurado es un aspecto importante de la vida cívica en el sentido del artículo 9, párrafo 1**, puesto que constituye una manifestación de ciudadanía activa ( ) El Comité recuerda también que, según su Observación general núm. 2 (2014) sobre el artículo 9: accesibilidad, **la obligación de ofrecer accesibilidad es incondicional y que es importante abordar la accesibilidad en toda su complejidad, incluida la comunicación**. Del mismo modo, se debe garantizar el acceso en igualdad de condiciones de manera efectiva, respetando la prohibición de discriminación; y la denegación del acceso debería considerarse un acto de discriminación. En el presente caso, **al negarse a proporcionar subtitulación mediante estenotipia, el Estado parte no tomó las medidas pertinentes para que el autor pudiera actuar como jurado, con lo que le impidió participar en un claro "aspecto de la vida", vulnerando los derechos que le asisten en virtud del artículo 9, párrafo 1**, leído por separado y conjuntamente con los artículos 2, 4 y 5, párrafos 1 y 3, de la Convención.

El Comité recuerda que, de conformidad con el **artículo 21 b)** de la Convención, los Estados partes deben adoptar todas las **medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho a la libertad de expresión y opinión, incluida la libertad de recabar, recibir y facilitar información e ideas en igualdad de condiciones con las demás y mediante cualquier forma de comunicación, aceptando y facilitando distintos medios y formatos de comunicación en las relaciones oficiale**s ( ) En vista de lo cual, el Comité considera **que la negativa a proporcionar al autor el formato de comunicación que necesita para desempeñar la función de jurado y, por lo tanto, expresarse en relaciones oficiales, constituye una violación del artículo 21 b),** leído por separado y conjuntamente con los artículos 2, 4 y 5, párrafos 1 y 3, de la Convención (párrafo 8.8).

El Comité recuerda que, a tenor de lo dispuesto en el **artículo 13,** los Estados partes deben **garantizar el acceso efectivo a la justicia a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás a fin de facilitar su intervención efectiva en calidad de "participantes directos e indirectos en todas las etapas de los procedimientos judiciales**", entre otras cosas proporcionando ajustes de procedimiento y adecuados a la edad. El Comité señala que **la función de jurado es parte integrante del sistema judicial de Australia y, en consecuencia, constituye "participación" en los procedimientos judiciales**. Recuerda, además, que en el artículo 29 b) se pide a los Estados que se comprometan a promover activamente un entorno en el que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la dirección de los asuntos públicos, sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás, y fomentar su participación en los asuntos públicos (párrafo 8.9).

## Comunicación núm. 19/2014. Fiona Given *vs.* Australia. Dictamen aprobado por el Comité en 19º período de sesiones (14 de febrero a 9 de marzo de 2018).[281]

### Cuestión

La autora sostiene que el Estado parte vulneró sus derechos al negarle el derecho a instalaciones y procedimientos electorales accesibles; a emitir un voto en secreto utilizando tecnología de apoyo; y a ser asistida por la persona de su elección.

[281] CRPD/C/19/D/19/2014, 29 de marzo de 2018.

## Antecedentes fácticos

La autora presenta parálisis cerebral y, como consecuencia de ello, su control muscular y habilidad motriz fina son limitados y no puede hablar. Utiliza una silla de ruedas con motor para desplazarse y un sintetizador de voz electrónico para comunicarse. El 7 de septiembre de 2013 se celebran elecciones federales. El día de los comicios, la autora deseaba emitir un voto en secreto en igualdad de condiciones con los demás votantes. Sin embargo, debido a su escasa habilidad motriz, no podía marcar una papeleta, plegarla y depositarla en una urna sin asistencia de otra persona, lo cual comprometería la confidencialidad del voto. La autora indica que, para emitir un voto en secreto de manera independiente, requiere acceso a un sistema de voto electrónico, por ejemplo, una interfaz informática. La autora acudió al colegio electoral de la Comisión Electoral en la División Electoral de Sídney Norte en compañía de su asistente. Sin embargo, la presidenta de la mesa se negó a atender la solicitud de asistencia de la autora alegando que estaba "demasiado ocupada" y le dijo que pidiera ayuda a su asistente.

## Argumentos del Estado

Por lo que se refiere a la cuestión de la tecnología, el Estado parte considera que la obligación dimanante del artículo 29 a) ii) de la Convención no exige que los Estados partes en la Convención faciliten nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo a todos los votantes que no puedan votar sin asistencia. El Estado parte reivindica su amplia discrecionalidad para decidir el modo en que utiliza sus recursos limitados y que es justificable que, en esta etapa, no haya fomentado el desarrollo y empleo de tecnología de la información y las comunicaciones, en relación con las votaciones y las elecciones, para todas las personas con un tipo de discapacidad similar al de la autora.

## Observaciones del Comité

El Comité recuerda que el **artículo 29** de la Convención **exige a los Estados partes velar por que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, entre otras cosas garantizando su derecho a votar** (...) En cuanto a la **accesibilidad de los procedimientos de voto**, el Comité recuerda que **la accesibilidad se relaciona con grupos de personas, mientras que los ajustes razonables se refieren a casos individuales**. Esto significa que **la obligación de proporcionar accesibilidad es una obligación ex ante**. Por tanto, los Estados partes tienen la obligación de proporcionar accesibilidad antes de recibir una petición individual para entrar en un lugar o utilizar un servicio (párrafo 8.5).

El Comité recuerda asimismo que, **de conformidad con el artículo 9, párrafo 1**, de la Convención, los Estados partes **adoptarán medidas adecuadas para garantizar el acceso** de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, **a la información y las comunicaciones, lo que incluye las tecnologías y los sistemas de información y comunicaciones**. El Comité recuerda también que, a tenor de lo dispuesto en el **artículo 9, párrafo 2 g),** de la Convención, los Estados partes también deberían adoptar las **medidas pertinentes para promover el acceso** de las personas con discapacidad **a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones**. El Comité recuerda, además, que la importancia de la tecnología de la información y las comunicaciones reside en su capacidad de abrir una amplia gama de servicios, transformar los existentes y generar una mayor demanda de acceso a la información y los conocimientos, en particular entre poblaciones excluidas y desatendidas, como las personas con discapacidad. En ese sentido, **es posible utilizar nuevas tecnologías para promover la participación plena y en igualdad de condiciones** de las personas con discapacidad en la sociedad, pero solo si se diseñan y producen de tal modo que se garantice su accesibilidad (párrafo 8.6)

En el presente caso, **el Comité observa** el argumento del Estado parte de que la autora tenía la posibilidad de solicitar asistencia a la persona de su elección para emitir el voto. Sin embargo, observa también **que ninguna de las opciones de que disponía la autora en las elecciones federales de 2013 le hubieran permitido votar como ella deseaba, es decir, sin tener que revelar su elección política a su acompañante**. El Comité observa, además, que el acceso a un sistema de voto electrónico hubiera permitido a la autora emitir un voto en secreto de forma independiente sin revelar su elección política a nadie, en igualdad de condiciones con las demás personas (párrafo 8.7)

En cuanto al argumento del Estado parte de que las barreras que impiden el acceso a objetos y servicios existentes deberían eliminarse gradualmente teniendo en cuenta las limitaciones en los recursos y de que un considerable aumento de los gastos puede constituir una carga desproporcionada, **el Comité recuerda que la obligación de proporcionar accesibilidad es incondicional.** Por consiguiente, **la entidad obligada a asegurarla no puede excusarse en la carga que supone proporcionar acceso a las personas con discapacidad para no hacerlo** (párrafo 8.8)

El Comité considera que **el hecho de no proporcionar acceso a la autora a una plataforma de voto electrónico** que ya estaba disponible en el Estado parte, **sin proporcionarle una alternativa para que pudiera votar sin tener que revelar su intención de voto a otra persona, constituyó una denegación**

**de los derechos** que la asisten en virtud del artículo 29, apartado a) i) y ii), leído conjuntamente con los artículos 5, párrafo 2; 4, párrafo 1 a), b), d), e) y g); y 9, párrafos 1 y 2 g), de la Convención (párrafo 8.9).

## Comunicación núm. 21/2014. Dictamen aprobado por el Comité en su 14º período de sesiones (17 de agosto a 4 de septiembre de 2015).[282]

### Cuestión

Una persona ciega alega discriminación por denegación al reclamo de incluir sistemas de audio digital que le permitan escuchar la información desplegada en las pantallas en las paradas de la línea 3 de tranvía. La autoridad de transporte entiende que el reclamo no es discriminatorio en tanto que la información requerida por sistemas de audio es posible ser obtenida por otros medios.

### Antecedentes fácticos

El autor es una persona ciega y depende del transporte público para realizar sus actividades cotidianas, tanto para fines personales como profesionales. Utiliza sobre todo la línea 3 de tranvía de la ciudad de Linz. En marzo de 2004, Linz Linien GmbH comenzó a equipar las paradas de tranvía de la ciudad con sistemas de audio digital que reproducen el texto escrito de los paneles de información digital al pulsar un botón de un transmisor portátil. El autor explica que, gracias a ese sistema, él y otras personas con deficiencia visual pueden acceder a toda la información relativa al transporte en igualdad de condiciones. En agosto de 2011, Linz Linien GmbH amplió el recorrido de la línea 3 de tranvía, pero no instaló el sistema de audio digital en ninguna de las nuevas paradas, en las que la información para los pasajeros solo está disponible visualmente. Por lo tanto, para tener acceso a la información, el autor tiene que preguntar a los transeúntes, lo que le dificulta llegar a las nuevas paradas y le impide utilizarlas en condiciones de igualdad con los demás. El 2 de mayo de 2013, el Tribunal de Distrito consideró que la falta de un sistema de audio digital no constituía una barrera para la utilización de los servicios de transporte por las personas con deficiencia visual.

### Argumentos del Estado

El Estado parte considera que, en el caso en cuestión, después de una evaluación exhaustiva y objetiva de los hechos, el Tribunal de Distrito de Linz y

[282] CRPD/C/14/D/21/2014, 21 de septiembre de 2015.

el Tribunal Regional de Linz concluyeron que, de conformidad con la Ley, el hecho de que no se hubiese instalado un sistema de audio en las paradas utilizadas por el autor no constituía discriminación indirecta contra él. Los tribunales fundaron sus conclusiones en el hecho de que por esas paradas solo circulaban tranvías de la línea 3 a intervalos periódicos de entre siete y ocho minutos. Dado que el horario habitual y las interrupciones y complicaciones de la circulación previsibles y previstas también estaban disponibles en Internet para los pasajeros con ceguera, mediante un sistema de reconocimiento de voz, el sistema de audio solo sería útil en los casos de cancelación provisional o completa imprevisibles, algo que es sumamente improbable y muy inusual (párrafo 4.6)

**Observaciones del Comité**

El Comité recuerda que "[**l]a accesibilidad se relaciona con grupos de personas, mientras que los ajustes razonables se refieren a casos individuales. Esto significa que la obligación de proporcionar accesibilidad es una obligación ex ante**. Por tanto, los Estados partes tienen la **obligación de proporcionar accesibilidad antes de recibir una petición individual** para entrar en un lugar o utilizar un servicio". Recuerda asimismo que **"[l]a 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** (para 8.4).

En el presente caso, el **Comité observa que la información disponible visualmente en las paradas de la línea 3 es un servicio complementario que tiene por objeto facilitar la utilización de la línea de tranvía, y que, como tal, esa información forma parte del servicio de transporte prestado**. Por tanto, la cuestión que el Comité tiene ante sí es **determinar si el Estado parte ha adoptado o no medidas suficientes para garantizar que la información sobre los servicios de transporte proporcionados a las personas sin discapacidad también se ofrezca —en condiciones de igualdad— a las personas con deficiencia visual** (párrafo 8.6)

Las personas con discapacidad **encuentran barreras técnicas y en el entorno, tales como la falta de información en formatos accesibles**. De conformidad con el artículo 9, párrafo 1, de la Convención, "los Estados partes adoptarán **medidas pertinentes para asegurar el acceso** de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al [ ] **transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones**". El artículo 9, párrafo 2 f), de la Convención establece que "[l]os Estados partes también adoptarán las medidas

pertinentes para [ ] [**p]romover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información**". Asimismo, el Comité recuerda que la importancia de la tecnología de la información y de las comunicaciones radica en su capacidad de poner al alcance un amplio abanico de servicios, transformar los servicios ya existentes y crear una mayor demanda de acceso a la información y el conocimiento, particularmente en las poblaciones subatendidas y excluidas, como las personas con discapacidad. En este contexto, para promover la participación plena de las personas con discapacidad en la sociedad en igualdad de condiciones **pueden utilizarse las nuevas tecnologías, pero solo si están diseñadas y producidas de una forma que garantice su accesibilidad**. **Las nuevas actividades de inversión, investigación y producción deben contribuir a eliminar la desigualdad, y no a crear nuevas barreras**. Por ello, en el artículo 9, párrafo 2 h), se pide a los Estados partes que promuevan el diseño, el desarrollo, la producción y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles en una etapa temprana, a fin de que estos sistemas y tecnologías sean accesibles al menor costo. El Comité recuerda además que, en virtud del artículo 5, párrafo 2, de la Convención, "[l]os Estados partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo", y que la **denegación de acceso al entorno físico, el transporte, la información y la comunicación o a los servicios abiertos al público debe estar claramente definida como un acto de discriminación prohibido** (párrafo 8.5).

A este respecto, el Comité observa que Linz Linien GmbH comenzó a equipar las paradas de tranvía de la ciudad con sistemas de audio digital en marzo de 2004. **En agosto de 2011, Linz Linien GmbH amplió el recorrido de la línea 3 de tranvía, pero no dotó ninguna de las nuevas paradas del sistema de audio digital, que los proveedores del servicio ya conocían y podrían haber instalado a un costo reducido en el momento de la ampliación de la línea**. El Comité observa además el argumento del autor de que **el sistema de audio le habría permitido a él y a otras personas con deficiencia visual acceder de forma inmediata a la información en tiempo real disponible visualmente en igualdad de condiciones con los demás, cosa que no permiten las alternativas que tienen a su disposición, a saber, diversas aplicaciones accesibles vía Internet y el teléfono móvil y el sistema de emisión de mensajes de voz sobre la línea**. Por tanto, **el hecho de que el Estado parte no instalase el sistema de audio cuando amplió la línea de tranvía dio lugar a una denegación del acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones y a las instalaciones y los servicios**

**abiertos al público en igualdad de condiciones con los demás**, lo que, por consiguiente, constituye una violación de los artículos 5, párrafo 2; y 9, párrafos 1 y 2 f) y h), de la Convención (párrafo 8.6).

## Comunicación núm. 26/2014. Dictamen aprobado por el Comité en su 19º período de sesiones (14 de febrero a 9 de marzo de 2018).[283]

### Cuestión

Accesibilidad a la vivienda privada y derechos de copropiedad de vecinos. El Estado parte sostiene que la comunicación versa sobre un procedimiento civil en relación con una servidumbre de paso de peatones y vehículos concedida al dueño de una propiedad vecina (el titular del predio dominante) sobre la propiedad del padre del Sr. Bacher (el dueño del predio sirviente). Tras examinar el caso con detenimiento, los tribunales llegaron a la conclusión de que la estructura de madera no respetaba la servidumbre concedida al dueño de la propiedad vecina y debía ser desmantelada.

### Antecedentes fácticos

El Sr. Bacher nació con síndrome de Down. Presenta un trastorno del espectro autista y ocasionalmente necesita una silla de ruedas. El Sr. Bacher vive en el municipio de Vomp, en una casa que su familia compró en 1983. La casa, así como las dos casas vecinas, solo son accesibles por una senda. Los padres del Sr. Bacher instalaron una senda con una cubierta para permitir el acceso a la viviendo con autorización del obra. Un vecino, el Sr. R., impugna la nueva obra alegando que la misma le impide acceder a su vivienda utilizando un vehículo. El Sr. R. demandó a los padres del autor ante el Tribunal de Distrito de Schwaz aduciendo que la cubierta instalada había reducido la anchura del camino de 1,5 a 1,25 m, y que su altura lo que vulneraba su derecho de paso. El 17 de julio de 2002, el Tribunal falló a favor del Sr. R. y ordenó la demolición de la cubierta.

### Argumentos del Estado

Según el Estado parte: a) la servidumbre en juego en el caso que se examina es un derecho “absoluto” que obliga al padre de la autora; b) en ese contexto, sobre el Estado parte no recae una obligación positiva general de proteger a determinados grupos de personas en el ámbito concreto de los derechos y obligaciones civiles; c) solo pueden imponerse restricciones si están previstas

[283] CRPD/C/19/D/26/2014, 6 de abril de 2018.

por la ley, se corresponden con un legítimo interés público y no son desproporcionadas; d) las obligaciones contraídas en virtud del artículo 9, párrafo 1, de la Convención, no generan la obligación de garantizar que los intereses de las personas con discapacidad justifiquen, por sí solos, una injerencia en los derechos de propiedad; y e) los intereses de las partes podrían haberse reconciliado con la elección de una estructura diferente para cubrir el camino.

**Observaciones del Comité**

El Comité recuerda también que **ese tipo de controversias se rige por el ordenamiento jurídico del Estado parte**, sobre el que, en cualquier caso, **recae la responsabilidad última de garantizar que los derechos consagrados en la Convención** sean respetados, **incluido el derecho de las personas con discapacidad a tener acceso a su vivienda, y también a tener acceso a la vida de la comunidad y a los servicios públicos, como la educación y la salud**. Así pues, **aunque las controversias** resultantes de la construcción de una cubierta en un camino **afecten a dos particulares, el Estado parte tiene, entre otras, la obligación de garantizar que las decisiones adoptadas por sus autoridades no vulneren los derechos consagrados en la Convención** (párrafo 9.2)

Los Estados partes **no solo tienen la obligación de respetar los derechos** consagrados en la Convención, por lo cual deben abstenerse de vulnerarlos**, sino que también tienen la obligación de protegerlos, adoptando medidas para evitar la injerencia directa o indirecta de particulares en el disfrute de esos derechos**. Por ello, aunque en la Convención se establecen esencialmente derechos y obligaciones entre el Estado y los particulares, las disposiciones del Pacto tienen una proyección en las propias relaciones entre particulares. **Una cuestión de derechos de propiedad relacionada con el ejercicio de un contrato entre particulares y el conflicto que pueda derivarse de dicha cuestión debe, por tanto, interpretarse a la luz de la Convención**. Por consiguiente, **cuando los tribunales del Estado parte intervinieron** para resolver el conflicto entre las partes, **estaban obligados por la Convención**. **No es, pues, válido el argumento del Estado parte de que la presente comunicación plantea un conflicto exclusivamente entre particulares, sin relevancia frente la Convención** (párrafo 9.3)

Las personas con discapacidad **deben tener igualdad de acceso a todos los bienes, productos y servicios abiertos al público o de uso público de una manera que garantice su acceso efectivo y en condiciones de igualdad y respete su dignidad**. El Comité recuerda que, **a la hora de valorar si las medidas de ajuste son razonables y proporcionadas, los Estados partes**

**disponen de cierto margen de apreciación**. También considera que, en general, corresponde a los tribunales de los Estados partes en la Convención evaluar los hechos y las pruebas en cada caso particular, a menos que se demuestre que la evaluación fue claramente arbitraria o equivalió a una denegación de justicia. En el presente caso, **la función del Comité es evaluar si las decisiones adoptadas por los tribunales del Estado parte han permitido que se respeten los derechos del Sr. Bacher en virtud del artículo 9, leído por separado y conjuntamente con el artículo 3 de la Convención**. (párrafo 9.7).

**El Comité observa** que **el desmantelamiento de la techumbre del camino** que conduce a la casa de la familia Bacher **no solo limita el acceso del Sr. Bacher a su domicilio, sino que también limita su acceso a las actividades sociales y los servicios públicos que necesita para su vida cotidiana, como la educación, las instituciones de salud y los servicios públicos en general**. (párrafo 9.8).

El **Comité observa** que, en su decisión de 9 de febrero de 2012, el Tribunal de Distrito de Schwaz adoptó la misma línea de las decisiones anteriores de los tribunales del Estado parte en el presente caso: **no llevó a cabo un análisis exhaustivo de las necesidades especiales del Sr. Bacher, a pesar de que habían sido claramente mencionadas por sus padres, como había sido el caso en todas las citaciones y audiencias judiciales anteriores**. En vez de ello, **las autoridades del Estado parte consideraron que el objeto del proceso judicial "no tenía nada que ver con los derechos de las personas con discapacidad"**, y se centraron en la solución de la cuestión de los derechos de propiedad que estaban en juego. Así pues, **las consecuencias multidimensionales de las decisiones adoptadas por las autoridades del Estado parten sobre los derechos de acceso del Sr. Bacher fueron ignoradas**, dejando a su familia la responsabilidad de encontrar la forma de hacer posible su acceso a su vivienda y a los servicios públicos externos que necesita para su vida diaria. Por consiguiente, **el Comité considera que el fallo del Tribunal de Distrito de Schwaz de 9 de febrero de 2012**, leído en el contexto de las anteriores decisiones judiciales adoptadas por los tribunales del Estado parte en el caso**, constituye una denegación de justicia al Sr. Bacher en violación del artículo 9**, leído por separado y conjuntamente con el artículo 3, de la Convención (párrafo 9.9).

## Listado de estudios de apoyo

Álvarez Lozano, Ítalo Giancarlo. Estudio La oficina de atención a la discapacidad (OADIS). Estudio sobre el juicio de proporcionalidad. Estudio bienes y servicios a disposición del público.

Álvarez Moreno, María Teresa. Estudio Derechos de los consumidores, usuarios y accesibilidad.

Aniballi, Claudia. Estudio La inactividad de la Administración. Estudio tipos de accesibilidad: física, cognitiva, sensorial.

Ansuátegui Roig, Javier. Estudio745 Costes y derechos. La limitación de los derechos por su coste. Especial referencia a la limitación de la accesibilidad.

Baamonde Gómez, Laura. Estudio Incidente de nulidad de actuaciones. Estudio Defensor del Pueblo. Estudio El recurso de amparo constitucional.

Bariffi, Francisco Javier. La garantía de la accesibilidad en el ámbito Internacional (Regional y Universal).

Blázquez Agudo, Eva María, Estudio Empleo. Accesibilidad en el empleo. Significado, régimen jurídico y garantías.

Bonell Pagano, Carla Carolina. Estudio Jurisprudencial sobre el contenido esencial de los derechos. Estudio sobre accesibilidad en el ámbito rural.

Celador Angón, Oscar, Estudio Libertad de conciencia y religiosa. Significado, régimen jurídico y garantías. La proyección de la Accesibilidad.

De Luis Romero, Elena, Estudio La accesibilidad universal al agua y saneamiento

Domínguez Vila, Antonio y Molina Cruz, Juan Antonio. Estudio sobre Accesibilidad en el ámbito de las comunidades autónomas.

Dorado Porras, Javier. Estudio La garantía de la accesibilidad en la LGDPD.

Descalzo González, Antonio. Estudio Accesibilidad en materia de información y comunicaciones.

Fernández Le Gal, Annaick. Estudio Ministerio Fiscal.

García Medina, Javier. Estudio Asistencia jurídica gratuita y discapacidad.

Guilarte Martín-Calero, Cristina. Estudio derechos personales y vida privada familiar.

Hernández San Juan, Isabel. Estudio Descripción general del tratamiento de la accesibilidad en el ámbito local.

Lema Añón, Carlos. Estudio La accesibilidad en el ámbito del derecho a la protección de la salud.

Marchant Vivanco, Eduardo Cristóbal. Estudio Diseño Universal, significado y estatus jurídico. Estudio la accesibilidad como obligación. Estudio Los ajustes razonables. Significado y estatus jurídico. Estudio La accesibilidad como derecho.

Martínez-Pujalte López, Antonio-Luis, Estudio Accesibilidad y Participación Política.

Pedraza Córdoba, Juanita Del Pilar. Estudio Relaciones entre ciudadano y Administraciones Públicas.

Pérez de la Fuente, Oscar, Estudio La accesibilidad en las situaciones de riesgo y emergencias humanitarias. Régimen jurídico y garantías.

Presno Linera, Miguel Ángel, Estudio Libertad de circulación y accesibilidad y Estudio Libertades de expresión, de información y de accesibilidad.

Pindado García, Fernando Guillermo. Estudio Arbitraje, discapacidad y accesibilidad.

Quintero Lima, María Gema. Estudio Accesibilidad y Protección Social. Significado, régimen jurídico y garantías.

Quiroz, Paloma. Estudio Responsabilidad patrimonial de la Administración. Estudio Procedimiento Administrativo Sancionador. Estudio Contencioso-Administrativo. Infracciones y Sanciones en el orden social.

Razo Godínez, Laura Cecilia. Estudios medios de transporte. Estudio espacios públicos urbanos y edificaciones.

Rey Martínez, Fernando. El significado de la educación inclusiva. El problema de la no inclusión educativa del alumnado con discapacidad.

Ribotta, Silvina, Machiaro, Fausto, Navia, Carlos, Estudio ordenación de centros. Estudio evaluación del alumnado. Estudio organización del currículum. Estudio formación del profesorado. Estudio accesibilidad de los entornos educativos. Estudio Otros temas educación.

Rojas Buendía, María Del Mar, Estudio La participación accesible de las personas con discapacidad. Estudio Derechos de reunión, asociación y accesibilidad. Estudio accesibilidad, ocio, deporte y cultura.

Serra, María Laura. Estudio Derecho a la vida independiente y accesibilidad. Estudio La accesibilidad como exigencia de no discriminación.

Vidal Fernández, Begoña. Estudio Tutela judicial especial en el orden contencioso-administrativo. Estudio Tutela judicial especial de los derechos en el orden jurisdiccional Civil. Estudio Tutela judicial especial en el orden laboral.

@RPDiscapacidad

facebook.com/RPDiscapacidad

instagram.com/rpdiscapacidad

www.rpdiscapacidad.gob.es

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030
REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD