

EL AJUSTE RAZONABLE COMO EXPRESIÓN DE IGUALDAD

Patricia Cuenca Gómez

Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid.

Ponencia presentada en la Conferencia ALFA: Discriminación y grupos en situación de vulnerabilidad: género y discapacidad (2, 3 y 4 de septiembre de 2014, Lima, Perú).

En esta ponencia, pretendo realizar algunas reflexiones que contribuyan a aclarar el concepto de ajuste razonable y a determinar sus límites¹. Ello exige esclarecer la relación existente entre la accesibilidad universal y los ajustes razonables y entrar en el análisis del concepto de razonabilidad. En ambas tareas se pondrá de relieve la íntima relación existente entre la idea de ajuste razonable y el principio de igualdad. Finalmente, haré referencia a algunas breves consideraciones que deben ser tenidas en cuenta a la hora de implementar la obligación de accesibilidad (incluyendo la realización de ajustes) en las legislaciones internas.

1. Accesibilidad universal y ajustes razonables.

Aunque la idea de eliminación de obstáculos y barreras siempre ha estado de algún modo presente en la historia de la discapacidad, desde los presupuestos del denominado modelo social - extendido en los últimos decenios del siglo XX y en lo que llevamos del siglo XXI - la accesibilidad se convierte en un eje central en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad.

El modelo social se caracteriza por entender que las dificultades que las personas con discapacidad encuentran para su plena participación en la sociedad y las restricciones que padecen en el ejercicio y disfrute de sus derechos no tienen su origen en las limitaciones personales de los individuos (ocasionadas por el padecimiento de una deficiencia), sino en las limitaciones de la propia sociedad². Esta idea fuerza contribuye a poner de relieve que las condiciones de acceso a todas las estructuras de la vida social

¹ Esta ponencia se basa en gran parte (con el permiso de su autor) en el trabajo de Rafael de Asís, “Lo razonable en el concepto de ajuste razonable”, actualmente en prensa y en las discusiones que sobre este tema hemos venido manteniendo en los últimos meses.

² Sobre el modelo social PALACIOS, A., *El modelo social de la discapacidad*, Colección CERMI, Madrid 2008.

y al ejercicio de los propios derechos están diseñadas desde unos patrones de normalidad impuestos por quienes responden “a los parámetros físicos y psíquicos del estereotipo culturalmente dominante” generando barreras excluyentes para las personas que no encajan en el modelo de ciudadano estándar³. Desde este punto de vista, adquiere pleno sentido la exigencia de (re)diseñar y adaptar estas condiciones de acceso haciéndolas incluyentes, teniendo en cuenta las necesidades y la situación de todas las personas, incluidas las personas con discapacidad⁴ y eliminando cualquier barrera.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD)⁵ tiene como objetivo “*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*”. Asumiendo la mirada propia del modelo social desde su Preámbulo la Convención reconoce que la discapacidad resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras sociales, debidas a la actitud y al entorno, que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás y muestra su preocupación por la persistencia de estos obstáculos. Desde estos parámetros la CDPD incluye múltiples referencias a la accesibilidad universal⁶. La accesibilidad universal se menciona ya en el mismo Preámbulo destacando su importancia “*para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales*”⁷; está también incluida en los principios generales del artículo 3 y regulada en el artículo 9. Este precepto establece: “*A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma*

³ COURTIS, C., “Discapacidad e inclusión social”, *cit.*, p. 7. Como señala este autor, por ejemplo, “al situar en una oficina gubernamental en un tercer piso sin ascensor se asume – a veces, inconscientemente – que todo usuario está en condiciones de subir escaleras. Al consagrar como método único de votación la elección entre boletas impresas en un cuarto oscuro al que se ingresa individualmente, se asume que todo votante puede leer las boletas”. También MORRIS, J., *Pride against prejudice*, *cit.*, pp. 15 y ss. cuestiona las categorías de la normalidad/anormalidad en relación con la discapacidad y califica la normalidad como una construcción social opresora. Con carácter general afirma FERRAJOLI, L., “La democracia constitucional” en COURTIS, C., *Desde otra mirada. Textos de la teoría crítica del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2001, p. 267: “Siempre en un determinado momento, el velo de la ‘normalidad’ que ocultaba las opresiones de los sujetos débiles ha sido desagarrado por sus luchas y reivindicaciones”.

⁴ Desde el modelo social, el problema de la “falta de” accesibilidad deja de ser abordado desde la toma de medidas especiales dentro de un proceso de rehabilitación, pasando a serlo desde la búsqueda de respuestas adecuadas, en condiciones de igualdad, a las necesidades de todas las personas.

⁵ Aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de Naciones Unidas en Nueva York y en vigor desde el 3 de mayo de 2008.

⁶ Vid. sobre esta noción ROIG, R. y otros, *La Accesibilidad Universal en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005.

⁷ Para conocer la Convención resulta obligada la lectura de PALACIOS, A., *El modelo social de la discapacidad*, antes citada.

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". La accesibilidad aparece también en la regulación de diferentes derechos concretos a lo largo de la Convención.

Como ha señalado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su *Comentario General* número 2 (2014) "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"⁸. En este sentido considera que el artículo 9 de la Convención "consagra claramente la accesibilidad como la condición previa para que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente, participar plenamente y en pie de igualdad en la sociedad y disfrutar de manera irrestricta de todos sus derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás". Ciertamente, según apunta Rafael de Asís, la accesibilidad universal en la CDPD se conecta y se justifica tomando como referencia otros tres grandes derechos: vida independiente, participación en la vida social e igualdad de oportunidades⁹.

Es posible entender por vida independiente "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"¹⁰. El artículo 19 de la Convención se refiere al derecho a vivir de forma independiente señalando: "*Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en*

⁸ Disponible en

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/2&Lang=en.

⁹ ASÍS ROIG, R.DE, Rafael de Asís, "Lo razonable en el concepto de ajuste razonable", en prensa.

¹⁰ Así es como la define el artículo 2 de la Ley española General de los derechos de las personas con discapacidad del año 2013.

especial que: a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico”.

La participación plena en la vida social no sólo es un principio mencionado en el artículo 3, sino también un derecho presente en la propia definición de la discapacidad¹¹. Así, en su artículo 1 puede leerse: *“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.*

Pero sin duda, como también subraya R. de Asís, es la igualdad de oportunidades el derecho que sirve de justificación a la accesibilidad y que, de alguna manera, integra a los dos anteriores¹². Esta igualdad, como ha señalado N. Bobbio, “apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales”¹³. Implica, así, “la adopción de medidas orientadas a eliminar los obstáculos que impiden que los individuos compitan en condiciones de igualdad”¹⁴. Ahora bien, como ha señalado M.C. Barranco, puede revelarse insuficiente para asegurar la igualdad de derechos. En efecto, “es posible considerar situaciones en las que dos sujetos tengan las mismas oportunidades para competir, pero se produzcan circunstancias que hagan que de hecho, siempre ganen los sujetos que forman parte de un determinado grupo”¹⁵. Y ello es así porque en muchos casos, la reflexión sobre la igualdad se proyecta no ya sobre situaciones o prácticas concretas sino más bien sobre estructuras sociales. De ahí que sea importante, cuando hablamos de igualdad de

¹¹ Como apunta MEGRET, F., “The disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?”, *Humans Rights Quartely*, núm. 30, 2008, pp. 494-516 si bien este contenido aparece expresamente en la Convención como un principio general sería posible defender su articulación también como un derecho que combina y trasciende los contenidos del derecho “a la participación en la vida política y pública” y del derecho a la “participación en la vida cultural, la recreación, el ocio ya deporte” reconocidos expresamente en su articulado. Este derecho expresaría una demanda más amplia dirigida no sólo al Estado sino también a la organización social en general, que exigiría que las personas con discapacidad puedan participar activamente en la sociedad y en las diversas comunidades de las que forman parte.

¹² ASÍS ROIG, R.DE, Rafael de Asís, “Lo razonable en el concepto de ajuste razonable”, en prensa.

¹³ BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, trad. de P. Aragón, Paidós, Barcelona 1993, p. 78.

¹⁴ BARRANCO, M.C., *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas n. 47, Dykinson, Madrid 2011, p. 36.

¹⁵ IDEM, p. 38.

oportunidades, manejar un concepto amplio de oportunidades que integre también la reflexión sobre situaciones estructurales¹⁶.

Para la completa comprensión de la accesibilidad es preciso tener en cuenta:

- 1) Que en tanto la accesibilidad universal está relacionada con la participación en la vida social se trata de una exigencia que no se proyecta sobre cualquier bien, producto o servicio sino sobre con aquellos que pueden relacionarse con dicha participación. De esta forma se entiende la estrecha relación que existe entre la accesibilidad y la no discriminación. La demanda de accesibilidad se produce en comparación con los bienes, productos y servicios que algunos (la mayoría) disfrutan y se vinculan a la vida social¹⁷.
- 2) Beneficia a toda la sociedad y no solo a las personas con discapacidad, como también ha subrayado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- 3) Se proyecta no sólo en el entorno físico, sino también en el entorno cognitivo y comunicacional y por tanto se proyecta no sólo sobre las personas con discapacidades físicas, sino también con discapacidades sensoriales, mentales e intelectuales. Como ha señalado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Debe asegurarse la accesibilidad a todas las personas con discapacidad, con independencia del tipo de deficiencia”.
- 4) También ha indicado el Comité que la accesibilidad debe garantizarse “sin distinción de ninguna clase por motivos tales como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, el patrimonio, el nacimiento u otra condición, la situación jurídica o social, el género o la edad. La accesibilidad debe tener especialmente en cuenta las perspectivas del género y la edad de las personas con discapacidad”

¹⁶ Como ha señalado, I.M. Young, “el concepto de oportunidad se refiere a la capacidad más que a la posesión; da cuentas del hacer más que del tener. Una persona tiene oportunidades si no se le impide hacer cosas y vive bajo las condiciones que le permiten hacerlas. Naturalmente tener oportunidades en este sentido implica a menudo tener posiciones materiales tales como comida, vestido, herramientas, tierra o maquinarias. Sin embargo, el hecho de tener posibilidades o no tenerlas se refiere directamente a las reglas y prácticas que gobiernan nuestra acción, al modo en que otra gente nos trata en el contexto de relaciones sociales específicas... Por tanto, evaluar la justicia social teniendo en cuenta si las personas tienen oportunidades no debe implicar evaluar un resultado distributivo, sino la estructura social que otorga o quita posibilidades a os individuos en situaciones relevantes”. YOUNG, Irish Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, Colección Feminismos, Universidad de Valencia, 2000, pp. 49 y 50.

¹⁷ ASÍS ROIG, R.DE, Rafael de Asís, “Lo razonable en el concepto de ajuste razonable”, en prensa

- 5) En todo caso la accesibilidad no es sólo una cuestión de entorno, sino básicamente una cuestión de derechos, y, además de derechos humanos. No sólo los entornos en los que regularmente se ejercen los derechos sino los propios derechos tienen que ser diseñados en términos accesibles. De hecho esta idea podría servir la describir el objetivo de la CDPD.
- 6) No corresponde cumplirla solo a los poderes públicos, sino también a los poderes privados¹⁸.
- 7) Aunque la CDPD no se refiere expresamente a la CDPD en términos de “derecho” sino de principios, (no habla expresamente de un derecho a la accesibilidad) de una lectura de conjunto de la CDPD sería posible defender esta configuración¹⁹. La accesibilidad podría ser considerada como un principio, implícito en el principio de igualdad; como parte del contenido esencial de los demás derechos; como parte del derecho a la igualdad y a no ser discriminado y como un derecho autónomo.
- 8) La CDPD no establece de forma expresa que la ausencia de accesibilidad universal constituye una forma de discriminación. Ahora bien resulta obvio que también la falta de accesibilidad puede tener como consecuencia “*obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*” que la Convención identifica con la discriminación por motivo de discapacidad
- 9) Si una persona con discapacidad viera restringido, limitado o impedido el goce o ejercicio de cualquier derecho en igualdad de condiciones con el resto de ciudadanos, en razón de su discapacidad – por falta de accesibilidad, lo que incluye la denegación injustificada de ajustes razonables, como enseguida se comprobará - podría acudir a los tribunales a través de dicha garantía. Es decir, por violación del derecho a la igualdad. Esta consideración tiene gran importancia a la hora de reforzar la protección de la accesibilidad de las legislaciones domésticas.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Idem y ASÍS ROIG, R. y otros, *La accesibilidad Universal en el Derecho*, cit. y CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Ediciones de la Universidad de Alcalá de Henares-Defensor del Pueblo, 2012. .

Pues bien, la accesibilidad universal puede alcanzarse a través de diferentes vías entre las que es usual destacar dos: el diseño universal y los ajustes razonables²⁰. A ella podríamos añadir una tercera, las medidas de accesibilidad. Sobre estos tres dispositivos – en tanto se consideran dimensiones de la misma – se proyectarían las consideraciones hasta aquí realizadas sobre la accesibilidad universal en general.

Por diseño universal - denominado a veces diseño para todos - es posible entender 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 especializado²¹. En su artículo 4 la CDPD establece la obligación de los Estados de *“emprender o promover la investigación y el desarrollo de bienes, 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”*.

Los entornos, en esa concepción amplia que antes hemos señalado, serán accesibles si desde el origen se conciben, se proyectan, se planifican, se implantan y funcionan con arreglo a pautas que permitan su uso y empleo en la mayor extensión posible por el mayor número de personas, incluidas, , las personas con discapacidad. Esta actividad de diseñar *ab initio* en clave de satisfacción de las necesidades y requerimientos de todas las personas se erige es una estrategia general y primaria para el logro de la accesibilidad universal²².

En tanto el diseño universal es una obligación que se deriva del derecho a la accesibilidad, no corresponde cumplirla única y exclusivamente a los poderes públicos, sino a todo aquel que participe en la creación de esos bienes y productos, en la

²⁰ ASÍS ROIG, R.DE, Rafael de Asís, “Lo razonable en el concepto de ajuste razonable”, en prensa y PALACIOS, A., “Medidas relacionadas con la igualdad y la no discriminación en la implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad”, ponencia presentada en el marco del Estudio del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre medidas jurídicas esenciales para la ratificación y la aplicación efectiva de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Geneva, 24 October 2008.

²¹ artículo 2 de la Ley española General de los derechos de las personas con discapacidad de 2013).

²² Vid. PÉREZ BUENO, L. C, “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, en AA.VV., *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, Estudios en Homenaje a Miguel Angel Cabra de Luna, Cinca, Madrid 2012, pp. 159 y ss.

realización de un servicio o en la satisfacción de un derecho. Se trata así de una obligación que da cuenta de la relevancia que tiene, en lo referente a la satisfacción de los derechos de las personas con discapacidad, tomarse en serio la vigencia de los derechos en las relaciones entre privados²³.

Desde un punto de vista conceptual, lo problemático del diseño universal radica en la determinación del término **posible** que, como se habrá observado, sirve de límite interno al contenido de este principio²⁴. Desde un punto de vista general, un primer sentido de lo posible, el más básico, nos conecta con el estado del conocimiento. Así, el diseño para todos puede encontrar sus límites en el estado de la ciencia y la técnica y, también, en la posibilidad de conocer y prever la diversidad humana.

Pero, además, el diseño para todos puede encontrar otros límites que tienen que ver con las consecuencias que produce su adopción²⁵. Las medidas que exigen el diseño universal pueden producir unas consecuencias dañinas para otros derechos o bienes con lo que su justificación pierde fuerza. Así por ejemplo, imaginemos que para lograr el diseño universal es necesario producir daños ambientales. En estos casos, el diseño para todos puede no ser razonable; y así, la exigencia de lo posible se traduce en la **exigencia de razonabilidad**. Es decir, aunque la razonabilidad no aparezca expresamente como un límite al diseño universal también lo es, puesto que ningún derecho es absoluto. Ahora bien, el límite del diseño basado en la razonabilidad sólo tiene sentido cuando su realización supone menoscabar de manera no aceptable el disfrute de algún derecho (del mismo modo que como luego se verá sucede en el caso de los ajustes).

En todo caso, además de este diseño universal en origen, es posible referirse a la obligación de hacer accesibles *ex post* bienes, productos, servicios, entornos que ya están diseñados (podríamos para entendernos hacer referencia al re-diseño o la adaptación universal). Como apunta el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad “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”. En este punto es importante tener presente

²³ ASÍS ROIG, R.DE, Rafael de Asís, “Lo razonable en el concepto de ajuste razonable”, en prensa.

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

que la recepción de las obligación de accesibilidad en los sistemas nacionales es relativamente reciente y se proyecta en parte de entornos preexistentes estructural y consolidadamente no accesibles que deben ser transformados²⁶. Como admite el Comité, la obligación de garantizar de que las personas con discapacidad tengan acceso al entorno físico, el transporte, la información y la comunicación, y los servicios abiertos al público que ya existan debe cumplirse gradualmente, por lo que se señala que los Estados partes deben fijar plazos y asignar recursos adecuados para la eliminación de las barreras existentes. Asimismo puede suceder que en el diseño inicial de un bien, producto, o entorno el estado de la ciencia o de la técnica no hiciese posible el diseño para todos, pero que el avance del conocimiento permita que con posterioridad se transforme para poder ser usado universalmente.

Pues bien, a este diseño universal *ex post* harían referencia las denominadas medidas de accesibilidad. De nuevo, las medidas de accesibilidad se encontrarían con el límite de lo necesario (sólo serían obligatorias en relación con bienes, productos, servicios relacionados con la participación en la vida social) de lo posible (estado de la ciencia y técnica y diversidad) y de lo razonable (lo que obliga a tener en cuenta su relación con otros derechos y bienes y su afectación).

De cualquier forma, no siempre será posible o razonable diseñar y rehacer todos los productos, servicios, bienes, entornos de forma que puedan ser utilizados por todo el mundo. Y es aquí donde cobra relevancia el **concepto de ajuste razonable** como una estrategia particular y subsidiaria o de segundo grado para lograr la accesibilidad universal²⁷. Así, se ha señalado que “en el esquema general de la igualdad de derechos de las personas con discapacidad, los ajustes razonables son subsidiarios” operan en defecto del diseño universal y las medidas de accesibilidad que representarían la garantía reforzada o de primer grado. Los ajustes razonables, garantía menos plena o de segundo grado, están concebidos para ofrecer aseguramientos de la accesibilidad y, por tanto, del derecho a la igualdad “en casos particulares cuando los mecanismos reforzados no resultan eficaces”. Al constituir los ajustes una herramienta algo subsidiaria, un mecanismo de protección y solución *in extremis*, que ofrece salidas

²⁶ Vid. PÉREZ BUENO, L. C, “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, ya citado.

²⁷ Idem..

aceptables a situaciones particulares, el dispositivo reforzado previo ha de ser lo más amplio e intenso posible”²⁸

Los ajustes razonables son medidas que pretenden adaptar el entorno, bienes y servicios a las específicas necesidades de una persona. Son definidos en la CIDPD como “*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*”. En el art. 5 de la CDPD establece que los Estados adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables, obligación que afecta a todos los derechos y que otra vez se recuerda específicamente en disposiciones relativas a distintos derechos en relación con los cuales estos ajustes adquieren particular importancia²⁹.

Los ajustes razonables son medidas que pretenden adaptar el entorno, bienes y servicios a las específicas necesidades de personas que se encuentran en ciertas situaciones (como por ejemplo una situación de discapacidad)³⁰. Se adoptan cuando falla el diseño para todos y las medidas de accesibilidad y tienen en cuenta las necesidades específicas de una persona. Es una estrategia para la satisfacción de la accesibilidad de carácter particular.

Se trata de un derecho que sirve para satisfacer el contenido del bien que protege el derecho a la accesibilidad. De esta manera, los ajustes razonables adquieren su significado cuando el bien de la accesibilidad no se puede satisfacer de manera general (a través del diseño o de las medidas de accesibilidad) y hay que satisfacerlo de manera

²⁸ Idem.

²⁹ Como sucede en el caso del derecho al acceso a la justicia, del derecho a la libertad y seguridad de la persona, del derecho a la educación, del derecho al empleo.

³⁰ Como ha señalado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas: “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”.

particular se convierte así en un auténtico derecho destinado a remediar esa situación particular³¹.

Como ha señalado Agustina Palacios³², la accesibilidad sería la situación a la que se aspira, el diseño para todos - y podríamos añadir el re-diseño o adaptación para todos (las medidas de accesibilidad) - estrategias a nivel general para alcanzarla, y los ajustes razonables una estrategia a nivel particular, cuando no ha sido posible alcanzar la accesibilidad a nivel general.

El campo de proyección de los ajustes, al igual que nos ocurría al hablar de la accesibilidad y del diseño para todos es el de la participación en la vida social. En todo caso, resulta esencial tener en cuenta que la función de los ajustes razonables no es la de reemplazar el incumplimiento de la accesibilidad³³. Los ajustes no son un mecanismo de limitación de la accesibilidad. El ajuste surge cuando la accesibilidad no se puede conseguir mediante estrategias generales y es necesario satisfacerla con carácter particular estableciendo una medida individual que permita el acceso a un bien o un servicio.

Así: “Una cuestión es la obligación de realizar un ajuste razonable, que se considera necesario ante una circunstancia particular (por ejemplo, modificar la iluminación en el sitio de trabajo de una persona con discapacidad visual que entra a trabajar en dicho puesto y que requiere, por su problema en la visión, un tipo de luz especial); y otra diferente son las obligaciones que exige la accesibilidad (por ejemplo, la existencia de una rampa en un edificio público), ante cuyo incumplimiento se producirá la sanción correspondiente a la infracción cometida”³⁴.

De ahí la importancia de una correcta interpretación de la exigencia de ajustes razonables para que no se convierta en una válvula de escape o una excusa para incumplir la obligación de accesibilidad a través de estrategias generales³⁵. Como hemos señalado antes, el diseño para todos y las medidas de accesibilidad pueden

³¹ Vid. PALACIOS A, “El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables”, en CAMPOY CERVERA, I. (Coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid 2004.

³² PALACIOS, A., “Medidas relacionadas con la igualdad y la no discriminación en la implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad”, cit.

³³ ASÍS ROIG, R.DE, Rafael de Asís, “Lo razonable en el concepto de ajuste razonable”, en prensa.

³⁴ ROIG, R. y otros, *La accesibilidad Universal en el Derecho*, cit.

³⁵ ASÍS ROIG, R.DE, “Lo razonable en el concepto de ajuste razonable”, en prensa

encontrar a veces limitaciones - provenientes del progreso de la técnica o del conocimiento de la diversidad humana o pueden afectar de manera desproporcionada a otros bienes o derechos - que provoquen la ausencia de accesibilidad general de determinados bienes, productos y servicios. En estos supuestos la falta de accesibilidad general no supone discriminación (al estar justificada, no era posible o razonable) y puede ser corregida mediante los ajustes (al estar relacionados esos bienes, productos y servicios con la participación en la vida social). Sin embargo si era posible y razonable el diseño para todos o la adopción de medidas de accesibilidad, y no se realizan estamos ante un caso de discriminación que debe arreglarse corrigiendo la situación y logrando la accesibilidad general.

Como antes señalamos accesibilidad universal en general, y, por tanto, también el ajuste razonable como estrategia particular para su logro se conecta estrechamente con la participación en la sociedad y la vida independiente y con el concepto de igualdad en concreto en su dimensión de igualdad de oportunidades. Además, la denegación de un ajuste razonable como como expresamente señala el artículo 2 de la CDPD supone una discriminación por motivos de discapacidad.

En este punto conviene precisar que el ajuste razonable no es una medida para corregir discriminaciones sino un derecho en sentido estricto. Los ajustes se relacionan estrechamente con la igualdad positiva o con las acciones positivas, pero no deben identificarse. El derecho al ajuste razonable no es un trato privilegiado ni un trato preferente, tampoco posee una dimensión temporal ni puede ser considerado como una simple medida. Se trata de un auténtico derecho³⁶.

Eso sí, se trata de un derecho que, como todo derecho humano, puede encontrar sus límites. De hecho expresamente en el caso de los ajustes se señala que éstos tienen que ser “razonables”. Las personas con discapacidad “pueden precisar adaptaciones o adecuaciones específicas del entorno para hacer posible el acceso o el ejercicio efectivo de sus derechos ... todo ello con el fin de situarlos en una situación de igualdad análoga a los restantes miembros de la comunidad. Mas no todas esas eventuales adaptaciones terminan siendo jurídicamente obligatorias ... sino únicamente aquellas que sean

³⁶ Idem y PALACIOS, A., “Medidas relacionadas con la igualdad y la no discriminación en la implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad”, cit.

razonables. El deber de realizar ajustes cesa en el momento en que los mismos no sean razonables”³⁷.

A partir de todo lo anterior es posible referirse, siguiendo a L.C. Pérez Bueno³⁸, se a los siguientes elementos constitutivos de la noción de ajuste razonable:

- conducta positiva de actuación de transformación del entorno en sentido amplio (*elemento fáctico de cambio*);
- transformación que ha de dirigirse a adaptar y hacer corresponder ese entorno a las necesidades específicas de las personas con discapacidad, en las situaciones concretas en que estas puedan hallarse, proporcionándoles una solución (*elemento de individualización y satisfacción de las particularidades*);
- que surge en aquellos casos no alcanzados por las obligaciones generales de diseño universal y las medidas de accesibilidad (*elemento de subsidiariedad*);
- adecuaciones que no han de comportar una carga desproporcionada (*elemento del carácter razonable*) para el sujeto obligado;
- y en todo caso su finalidad es la de facilitar la accesibilidad o la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que los demás miembros de la comunidad (*elemento de garantía del derecho a la igualdad*).

2. Lo razonable en el concepto de ajuste.

La razonabilidad 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. Como hemos venido señalando aunque el límite de lo razonable aparece sólo expresamente formulado en relación con los ajustes, también el diseño universal y las medidas de accesibilidad están condicionados por el límite de lo razonable.

En el ámbito jurídico la razonabilidad se traduce en la exigencia de proporcionalidad³⁹.

Pues bien, en este punto cobra importancia el carácter que se le quiera dar al ajuste (constitucional o legal). En efecto, la exigencia de proporcionalidad en el ajuste provoca que frente a éste se sitúe otra referencia en forma de bien, principio, derecho... Si

³⁷ PÉREZ BUENO, L. C, “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, cit.

³⁸ Idem.

³⁹ ASÍS ROIG, R.DE, “Lo razonable en el concepto de ajuste razonable”, en prensa.

hablamos de medida proporcional es absolutamente necesario establecer los parámetros desde los que analizamos esa proporcionalidad. Y así, si el ajuste tiene una consideración constitucional, los parámetros deberán ser constitucionales, mientras que si tiene una configuración legal podrán ser legales. Frente al ajuste se sitúa así otro bien que puede ser constitucional o legal. En lo que sigue trataré el derecho al ajuste como un derecho fundamental.

Como es sabido, el principio de proporcionalidad aparece como la unión de tres grandes “sub-principios”: idoneidad, necesidad y proporcionalidad⁴⁰.

El principio de idoneidad expresa la exigencia de que toda limitación a un derecho debe ser adecuada en relación con un fin constitucionalmente legítimo. Así, trasladado al ámbito del ajuste razonable, el principio de idoneidad establece que una limitación en el ajuste sólo podría hacerse tomando como referencia un fin constitucional y desde la consideración de que la limitación del ajuste es un medio idóneo para lograr ese fin constitucional. En virtud de este principio podría denegarse el ajuste cuando este entorpeciera la satisfacción de otro bien constitucional, y la denegación del ajuste sea un medio idóneo para preservar ese bien. Ahora bien, también se puede argumentar que el peso o importancia del ajuste es tal, que está justificada su realización siempre y cuando puedan desarrollarse otras medidas que permitan la satisfacción de ese otro bien. En definitiva, el principio de idoneidad obliga a precisar si el bien que se opone al ajuste puede ser satisfecho por otra vía.

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

⁴⁰ Vid. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007, y también ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997, pp. 100 y ss. El Tribunal Constitucional español se ha referido a estos tres sub-principios en reiteradas ocasiones. Así por ejemplo, en la Sentencia 55/1996, dentro de fundamento jurídico 5, afirma: “Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto -la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes-; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto (también denominado como ponderación), establece que toda limitación idónea y necesaria de un 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 los titulares de los derechos como para la ciudadanía en general) en el marco de los valores constitucionales. En definitiva, obliga a valorar y medir el peso de los bienes en juego.

Por tanto, la proporcionalidad supone: (i) examinar si los bienes que se sacrifican con el ajuste pueden ser satisfechos con otras medidas o solo prohibiendo el ajuste, (ii) evaluar si hay medidas (ajustes) mejores; (iii) comparar las ventajas y sacrificios de una u otra⁴¹.

En la aplicación de la proporcionalidad se plantean una serie de problemas y, difícilmente puede decirse que con su utilización se garantiza el logro de una única decisión correcta. La determinación de los fines, de las ventajas, de los sacrificios, de la idoneidad, etc..., es una actividad sujeta a valoraciones. La proporcionalidad, como criterio que legitima la posible limitación de un derecho, supone un amplio margen de valoración y en este sentido, lo relevante en su uso son finalmente las razones en las que se apoya. En este punto, y dentro de una argumentación basada en derechos, es importante advertir que no toda razón puede ser tenida en cuenta ni todas tienen el mismo peso⁴². Por ello es muy importante la consideración como un derecho humano más. Y, desde este punto de vista, debe ser examinado el argumento (muy usado en el ámbito de la discapacidad no sólo para denegar la realización de ajustes, sino también para configurar las medidas de accesibilidad) del coste económico.

El argumento del coste económico es comúnmente usado en el ámbito de la discapacidad para limitar las obligaciones derivadas de la accesibilidad universal (y no sólo en relación con los ajustes razonables). El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha señalado que la aplicación del diseño universal desde el diseño inicial de los bienes, productos, servicios es mucho menos costosa que las adaptaciones posteriores que pueden comportar un coste considerable. En todo caso, el Comité entiende que el coste posterior de la eliminación de barreras no puede aducirse

⁴¹ ASÍS ROIG, R.DE, “Lo razonable en el concepto de ajuste razonable”, en prensa

⁴² En España, la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión de 2013, establece en su artículo 66,2: “A efectos de determinar si un ajuste es razonable.... se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda”.

como excusa a la obligación de eliminar gradualmente los obstáculos a la accesibilidad (ahora bien parece que el elemento del coste es tenido en cuenta desde el momento en que se permite diferir en el tiempo el cumplimiento de la obligación). Sin embargo, parece considerar que el coste (indebido, desproporcionado) sí que es un límite en relación con la obligación de realizar ajustes. Pues bien, en este punto considero pertinente realizar algunas consideraciones.

Como advierte Rafael de Asís, 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 natural⁴³. Así por ejemplo, no podría ser considerado como derecho fundamental un supuesto derecho a que todos los individuos del mundo poseyeran en titularidad un cuadro auténtico de Goya. Es algo parecido, aunque no idéntico, a lo que ocurriría con un supuesto derecho a no contraer nunca una enfermedad. 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 relevante⁴⁴. 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.

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

⁴³Es importante distinguir entre escasez natural y real, es decir, entre la que existe naturalmente y la que creamos.

⁴⁴Vid. ANSUÁTEGUI, F.J., "Algunas reflexiones sobre la visión integral de los derechos", en *Estado & Direito*, n. 7-0, 1991-92, pp. 147 y ss..

afectación al derecho. La economía es un instrumento que, como tal, debe estar al servicio de los derechos y no éstos al servicio de la economía.

De esta forma, la utilización “de un argumento basado en un coste desproporcionado del ajuste, deberá ser examinado con mucha precaución e incluso considerarlo carente de justificación cuando ese coste no conlleve una insatisfacción real y evidente de derechos humanos de otras personas. Esto es, el coste como argumento independiente del disfrute de los derechos no puede tener cabida aquí. Su uso, como argumento admisible en el discurso de los derechos, requiere de su conexión con estos (en el sentido de expresar una limitación de los derechos de otros)”⁴⁵.

El discurso de los derechos, que asume la inexistencia de derechos absolutos, exige que la limitación de los derechos se haga dentro del marco ético en el que éstos se mueven y, por tanto, utilizando razones y argumentos apoyados en derechos o en bienes de igual valor. El discurso sobre los límites debe ser así especialmente sensible al logro de una vida humana digna y a la consideración de que el principal fin de los derechos es, precisamente, el de la lucha contra las barreras y obstáculos que impiden la satisfacción de ciertos bienes considerados de especial valía. De esta forma, la utilización por ejemplo de un argumento basado en un coste desproporcionado del ajuste, deberá ser examinado con mucha precaución e incluso considerarlo carente de justificación cuando ese coste no conlleve una insatisfacción real y evidente de derechos humanos de otras personas. Pero además, deberá evaluar el coste que conlleva la insatisfacción del bien en términos de falta de inclusión o de segregación de las personas a las que se priva el ajuste.

El discurso de los derechos de las personas con discapacidad singulariza el examen de la razonabilidad en el interior del propio discurso de los derechos humanos. Así por ejemplo, en el uso del principio de proporcionalidad no debemos perder de vista que no estamos hablando de medidas para el bienestar de las personas (que también), sino de instrumentos para el desarrollo de una vida humana digna, de instrumentos que pretenden satisfacer necesidades o demandas de primer orden y que, en este sentido, deben prevalecer frente a otras⁴⁶. Por otro lado y en lo referido al diseño universal y al ajuste razonable, es importante ser conscientes de que una limitación del primero

⁴⁵ DE ASIS, R., *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2013, p.124.

⁴⁶ Vid. el punto 16 del Comentario sobre el artículo 9 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas ya citado.

(justificada) deja abierta la vía del ajuste, pero que una limitación de éste, deja sin satisfacer definitivamente el derecho. Con ello se está renunciando al logro de la igualdad de las personas con discapacidad. Si las personas con discapacidad son sujetos de derechos igualmente dignos esta consecuencia debe pesar en la ponderación.

3. La implementación de la accesibilidad universal en las legislaciones internas

A mi modo de ver, a la hora de implementar la accesibilidad universal y sus dispositivos – incluidos los ajustes razonables - en las legislaciones internas habría que tener presentes las siguientes consideraciones:

1. La obligación de accesibilidad y sus dimensiones (diseño universal, medidas, ajustes) deberían quedar establecidas en el propio texto constitucional, en regulación del principio de igualdad o en el precepto que haga referencia a las personas con discapacidad.
2. La accesibilidad debe incorporarse también en las leyes generales y específicas sobre igualdad de oportunidades, igualdad y participación en el contexto de la prohibición de la discriminación por motivo de discapacidad y desde luego en las leyes generales sobre discapacidad⁴⁷. La denegación de acceso debe estar claramente definida como un acto de discriminación prohibido y deben establecerse recursos jurídicos efectivos para reaccionar frente a las posibles vulneraciones⁴⁸.
3. Las leyes básicas que regulan el ejercicio de los diferentes derechos, deberían aludir también a las medidas de accesibilidad y realización de ajustes.
4. Los Estados deben aprobar normas de accesibilidad teniendo en cuenta la diversidad de las personas con discapacidad y garantizar que se proporcione accesibilidad a las personas de ambos géneros, de todas las edades y con cualquier tipo de discapacidad⁴⁹. Como ha apuntado A. Palacios⁵⁰ estas normas:

⁴⁷ Vid. Comentario 2 (2014) del Comité.

⁴⁸ Ídem.

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ PALACIOS, A., “Medidas relacionadas con la igualdad y la no discriminación en la implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad”, ya citado.

- Deberían definir los ámbitos de accesibilidad (la accesibilidad no se restringe al entorno arquitectónico, y la Convención establece diferentes ámbitos en el art. 9 que probablemente haya que desarrollar)
 - Establecer estándares mínimos de accesibilidad (condiciones básicas de accesibilidad) La “estandarización” resulta esencial para transformar el postulado abstracto de accesibilidad en una acción específica y determinada. Su principal importancia reside, por un lado, en facilitar y esclarecer al sujeto obligado el modo o la forma de adaptar el espacio, producto o servicio en cuestión, y, por otro, en contribuir a que dicha adaptación se produzca de un modo uniforme.
 - el otorgamiento de plazos claros para ponerse al día con dichos estándares (en los cuales se distinga los nuevos diseños de lo que haya que remodelar)
 - el establecimiento de sanciones para el incumplimiento de los estándares. En este punto es importante tener en cuenta que cuando el Estado fija unas condiciones de accesibilidad ya está evaluando la razonabilidad de la medida (que podría cuestionarse por los mecanismos pertinentes). Por ello, una vez aprobadas legalmente las condiciones no cabría en el obligado a cumplirlas excepción alguna basada en la razonabilidad o proporcionalidad.
 - la participación de las personas con discapacidad a la hora de la elaboración de los estándares.
 - la diferencia clara con los ajustes razonables desde su propia definición conceptual y consecuencias jurídicas
5. Como también apunta A. Palacios en cuanto a la posible concreción del contenido de los ajustes razonables, se podría entender que cabrían dos formas de dotarles de ese contenido⁵¹. La primera, sería entender que los contenidos de los ajustes razonables han de quedar normativamente indeterminados, y, en este sentido, al exigirse su cumplimiento, habrá que tener presente los principios de proporcionalidad y razonabilidad al entrar en consideración otros criterios. Pero también podría ser que la normativa especificase –tal como lo establecen ciertas legislaciones, por ejemplo, de manera no taxativa-, la posibilidad de contenidos concretos del ajuste

⁵¹ Idem.

razonable en los diferentes ámbitos, que se entiende que son necesarios en determinadas situaciones para garantizar la accesibilidad universal. Ambas variantes son perfectamente compatibles, aunque la primera es inevitable en algún grado (pues es imposible determinar a priori todos los posibles ajustes razonables que son necesarios realizar para garantizar la accesibilidad universal en un ámbito concreto).

Finalmente, y como sucede con todos los derechos de la CDPD también en el caso de la accesibilidad universal la sensibilización social resulta esencial para su implementación. La exigencia del carácter razonable de los ajustes (y de la accesibilidad en general) se inscribe en un debate más amplio acerca de quién o quiénes y hasta dónde han de asumir responsabilidades para posibilitar el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad y su participación en la vida en comunidad, habida cuenta de que estas parten de situaciones de desigualdad generalizadas, estructurales y consolidadas cuya erradicación exige transformar las condiciones del entorno preexistente lo que tiene consecuencias, muchas de índole económica, que se perciben como una carga para los sujetos presuntamente obligados⁵². No debemos perder de vista que la eficacia de todas las obligaciones, y también de la obligación de accesibilidad depende en un sentido esencial de su aceptación. Y, en este sentido, concienciar acerca de la injusticia de la situación de exclusión que padecen las personas con discapacidad, sobre la responsabilidad que a todos nos atañe en su erradicación y la importancia que reviste en este terreno la accesibilidad parece imprescindible.

⁵² PÉREZ BUENO, L. C, “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, cit.