

ISSN: 0213-2087 eISSN: 2444-7080

DOI: <http://dx.doi.org/10.14201/shhc201836131149>

## AJUSTES RAZONABLES Y APOYOS EN LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. RETOS Y DIFICULTADES

### *Reasonable Accommodations and Supports in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Challenges and Difficulties*

Javier GARCÍA MEDINA  
*Universidad de Valladolid*  
jgmedina@der.uva.es

Recepción: 27/04/2018 Revisión: 25/06/2018 Aceptación: 09/07/2018

RESUMEN: La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad es un instrumento de transformación social y no solo de la vida de las personas con discapacidad. El objetivo fundamental de la Convención es la autonomía de las personas con discapacidad. Ahora bien, conseguir ese objetivo plantea retos y se enfrenta a dificultades, entre ellas determinar el contenido y alcance de los conceptos y términos contenidos en la Convención. Pero es necesario realizar esta tarea ya que de lo contrario la protección de los derechos de las personas con discapacidad sería imposible.

*Palabras clave:*

ABSTRACT: The Convention on the Rights of Persons with Disabilities is an instrument of social transformation and not only for lives of people with disabilities. The fundamental objective of the Convention is the autonomy of persons with disabilities. However, achieving that objective poses challenges and difficulties,

\* Este trabajo se encuadra dentro del proyecto: «La nueva protección jurídica de las personas vulnerables» (DER 2015-69120-R), cuyos investigadores principales son Cristina Guilarte Martín-Calero y Javier García Medina.

including determining the content and scope of the concepts and terms contained in the Convention. But it is necessary to carry out this task since otherwise the protection of the rights of persons with disabilities would be impossible.

*Key words:* Rights of persons with disabilities; Reasonable accommodation; supports; human rights-based approach.

## 1. CONSIDERACIONES INICIALES

Transcurrida más de una década desde la proclamación de la *Convención de los derechos de las personas con discapacidad* (CDPD) (Nueva York, 13/12/2006) es necesario detenerse en su alcance conceptual que condiciona y mediatiza su implantación y su repercusión en la vida de las personas con discapacidad. La CDPD supuso un revulsivo sobre la situación de las personas con discapacidad porque vino a respaldar reivindicaciones que se expresaban en los principios de la CDPD (art.3):

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- b) La no discriminación;
- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- e) La igualdad de oportunidades;
- f) La accesibilidad;
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer;
- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Durante mucho tiempo las personas con discapacidad han permanecido invisibilizadas para la sociedad, consideradas como sujetos dependientes, objeto de caridad y lástima porque se las veía incapaces de tomar decisiones por sí mismas, poseedoras de unas capacidades insuficientes y con pocas o nulas posibilidades de desarrollarlas. Es evidente que la CDPD no supuso la eliminación de un plumazo de todas las barreras, prejuicios y estereotipos sobre las personas con discapacidad, pero sí representó tanto un punto de llegada, al responder a una evolución que culmina con el modelo social<sup>1</sup> sobre la discapacidad, como un punto de parti-

1. V. de PALACIOS, Agustina y ROMAÑACH, Javier: *El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*. Ediciones Diversitas- AIES.

Un paso más en la atención a la discapacidad lo representa el denominado modelo de vida independiente, antecedente del modelo social. Éste parte de que las causas que originan la diversidad

da para acometer los cambios, modificaciones y transformaciones que la CDPD iba a impulsar en los distintos ámbitos de la vida de las personas con discapacidad<sup>2</sup>. Vencer inercias, transformar la terminología e instaurar un nuevo marco conceptual no iba a ser precisamente un camino fácil. El choque entre los conceptos y los contenidos de la CDPD y la situación, especialmente normativa, iba a abrir espacios de discusión y debate que acompañarían y acompañan el desarrollo y progresiva implantación de la CDPD. Buena parte del éxito o no de la CDPD va a venir determinado por cómo se resuelvan tales discusiones y cómo se vayan interpretando los conceptos más complejos de la CDPD.

## 2. APROXIMACIÓN AL ESTADO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA

La ratificación por España de la CDPD y su entrada en vigor el 3 de mayo de 2008<sup>3</sup> hacía que todo el acervo normativo y de principios de la Convención se incorporase directamente al ordenamiento jurídico. Ahora bien eso no supuso un cambio radical y una modificación instantánea de la situación de los derechos de las personas con discapacidad. Un foto fija de tales circunstancias nos la ofrecen los documentos recopilatorios del primer y segundo Examen Periódico Universal (EPU) a los que se sometió España en 2010<sup>4</sup> y 2015<sup>5</sup> respectivamente.

El Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal para España en su documento de 22 de febrero de 2010, hacía una breve referencia a las personas

---

funcional no son ni religiosas, ni científicas, sino que son sociales, esto es, lo constituyen las limitaciones de la sociedad para prestar los servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las mujeres y hombres con diversidad funcional sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Ha de respetarse su condición diferente, bajo la premisa de que toda vida humana es igualmente digna, bases sobre las cuales se asienta la inclusión y la aceptación de la diferencia. Es el conjunto de la sociedad quien debe estructurarse, pensarse y organizarse para dar respuesta a las circunstancias y necesidades de todos.

2. Un estudio sobre lo que suponía la CDPD en el marco normativo español se puede ver en CUENCA, P. (ed.): *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Dykinson, 2010.

3. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. (Jefatura del Estado, «BOE» núm. 96, de 21 de abril de 2008, Referencia: BOE-A-2008-6963, TEXTO CONSOLIDADO).

<<https://www.boe.es/buscar/pdf/2008/BOE-A-2008-6963-consolidado.pdf>>.

4. A/HRC/WG.6/8/ESP/2.

<<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/110/92/PDF/G1011092.pdf?OpenElement>>.

5. Recopilación preparada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos con arreglo al párrafo 15 b) del anexo de la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos y al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo. España.

A/HRC/WG.6/21/ESP/2.

<<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/206/45/PDF/G1420645.pdf?OpenElement>>.

con discapacidad en relación a los Reales Decretos 1417/2006 y 1414/2006 sobre un sistema arbitral para resolución de quejas y sobre la aplicación de la Ley N.º 51/2003 de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad<sup>6</sup>, a pesar de que el Informe de España para el EPU<sup>7</sup> si que contenía referencias específicas a que la actividad de los poderes públicos debía buscar una mayor inserción laboral de las personas con discapacidad y la creación de un sistema de servicios sociales universal para todas las personas con dependencia. Siendo su manifestación más evidente la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad, de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU)<sup>8</sup>. Se mencionaba también la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad, el III Plan de Acción para las Personas con Discapacidad y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia que reconocía los derechos de las personas en situación de dependencia, concebidos como un derecho subjetivo de ciudadanía, regulando un sistema de servicios sociales promovido por los poderes públicos.

En el EPU de 2015, a pesar de las medidas adoptadas, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD) aborda y apunta una serie de cuestiones que han de tomarse en consideración:

1. Marginación que sufren las personas con discapacidad, e insta a extender la protección contra la discriminación por motivos de discapacidad y a vigilar sobre posibles denegaciones de ajustes razonables, que constituyen de por sí una discriminación<sup>9</sup>.

2. Posibles malos tratos que pueden padecer las personas con discapacidad internadas en hospitales y residencias, al tiempo que recomienda la revisión de la legislación que permite la privación de libertad por motivos de discapacidad<sup>10</sup>.

3. Los programas y políticas públicos sobre la prevención de la violencia de género no contemplaban suficientemente la situación específica de las mujeres y niñas con discapacidad, siendo necesaria una respuesta integral en estos casos<sup>11</sup>.

6. A/HRC/WG.6/8/ESP/2 párrafo 11.

7. Informe nacional presentado de conformidad con el párrafo 15 a) del anexo de la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos, España (A/HRC/WG.6/8/ESP/1) <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/110/71/PDF/G1011071.pdf?OpenElement>>. Otros hitos importantes serían: La Ley 43/2006 ha incluido en el programa general de fomento del empleo al colectivo de personas con discapacidad, cuyas bonificaciones a la contratación, tanto indefinida como temporal, se encontraban reguladas en diferentes normas, reuniendo las aplicables al empleo ordinario, al empleo protegido y al contrato temporal de fomento del empleo de personas con discapacidad; Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad;

8. A/HRC/WG.6/8/ESP/1.

9. A/HRC/WG.6/21/ESP/2, párrafo 17.

10. A/HRC/WG.6/21/ESP/2, párrafo 21.

11. A/HRC/WG.6/21/ESP/2, párrafo 25.

4. Denegación del derecho al voto, lo que implicaría revisar las garantías del ejercicio del derecho al voto y del derecho de participación política<sup>12</sup>.

5. Posibilidad de que los tutores de personas «legalmente incapacitadas» pudiesen consentir la finalización o suspensión de tratamientos médicos, nutrición o cualquier otro medio de sustentación de la vida de la persona tutelada, instándose a España a eliminar la práctica de realizar tratamientos médicos sin consentimiento pleno de la persona<sup>13</sup>.

6. Esterilización sin consentimiento libre y sin conocimiento de causa a personas con discapacidad cuya personalidad jurídica no se reconocía<sup>14</sup>.

7. Se valora positivamente la adopción de la Ley N.º 26/2011 de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>1</sup>, pero se subraya que tal ley no ampara a todas las personas con discapacidad<sup>15</sup>.

8. Insta a elaborar «leyes y políticas que reemplazasen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respetara la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona»<sup>16</sup>.

9. Se recomienda elaborar «políticas y programas referidos a los sectores de la educación, el empleo, la salud y la seguridad social para promover la autonomía y la plena participación de las mujeres y de las niñas con discapacidad en la sociedad»<sup>17</sup>.

10. Llama la atención sobre «el escaso cumplimiento de los requisitos de accesibilidad, particularmente a nivel regional y local, tanto en el sector privado como en relación con las instalaciones y los servicios existentes»<sup>18</sup>.

Por su parte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CES-CR) apuntaba que las tasas de desempleo y del desempleo de larga duración afectan negativamente, entre otros colectivos, a las personas con discapacidad<sup>19</sup>.

Para terminar de obtener una visión de la situación de las personas con discapacidad en España, se puede atender a lo establecido en el documento específico titulado «Las personas con discapacidad en el Informe Anual del Defensor del Pueblo 2016»<sup>20</sup> que acompaña al Informe del Defensor del Pueblo de 2016.

12. A/HRC/WG.6/21/ESP/2, párrafo 48.

13. A/HRC/WG.6/21/ESP/2, párrafo 59.

14. A/HRC/WG.6/21/ESP/2, párrafo 59.

15. A/HRC/WG.6/21/ESP/2, párrafo 64.

16. A/HRC/WG.6/21/ESP/2, párrafo 65.

17. A/HRC/WG.6/21/ESP/2, párrafo 66.

18. A/HRC/WG.6/21/ESP/2, párrafo 67.

19. A/HRC/WG.6/21/ESP/2, párrafo 49.

20. «Las personas con discapacidad en el Informe Anual del Defensor del Pueblo 2016». <[https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2017/03/Seleccion\\_Personas\\_con\\_Discapacidad\\_INFORME\\_2016.pdf](https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2017/03/Seleccion_Personas_con_Discapacidad_INFORME_2016.pdf)>.

Informe del que se pueden extraer las acciones llevadas a cabo o a realizar de forma resumida:

- 
1. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (capítulo II.1 del informe anual)
    - DILACIONES INDEBIDAS (II,1.1)
      - Jurisdicción civil: «Los casos en que los menores afectados sufren una discapacidad no tienen, en la práctica, ninguna prioridad sobre el resto de los asuntos pendientes de una pericial».
      - Jurisdicción social: necesidad de refuerzos en los juzgados.
    - MEDIOS PERSONALES Y MATERIALES DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES (II,1.2)
      - Instalación de un ascensor y eliminación de barreras arquitectónicas
  2. CENTROS PENITENCIARIOS (capítulo II.2 del informe anual)
    - FALLECIMIENTOS: en Hospital Psiquiátrico Penitenciario por suicidio debido al inadecuado diseño del edificio.
    - MALOS TRATOS (II,2.2)
      - Adecuada valoración de testimonios de los internos y los funcionarios en los casos que se planteen.
    - SANIDAD PENITENCIARIA
      - «Se detectan problemas tales como el alto número de personas con patología mental de diversa gravedad, lo que conlleva un gran número de prescripciones farmacológicas psiquiátricas; un también elevado número de internos que presentan trastornos de la personalidad, toxicomanías y enfermedades infecciosas graves».
  3. CIUDADANÍA Y SEGURIDAD PÚBLICA (capítulo II.3 del informe anual)
    - Consideraciones generales: la propuesta del Defensor del Pueblo se centra en la excepcionalidad de la supresión del derecho al voto y en la libertad para poder participar en las mesas electorales.
  4. MIGRACIONES (capítulo II.4 del informe anual)
    - Se denegó «la tarjeta de residencia solicitada por la cónyuge de un ciudadano español, que contaba con un elevado grado de minusvalía. No se consideró acreditada la disposición de medios económicos suficientes para su sostenimiento, pese a tener concedida una pensión no contributiva de invalidez».
  5. IGUALDAD DE TRATO (capítulo II.5 del informe anual)
    - Consideraciones generales: atención a los delitos de odio contra las personas con discapacidad.
    - Tratamiento de los medios de comunicación a las personas con discapacidad psíquica.
  6. VIOLENCIA DE GÉNERO (capítulo II.6 del informe anual)
    - Una adaptación de la valoración del riesgo y procedimientos dirigidos a las mujeres con discapacidad maltratadas, en los protocolos policiales de valoración, evaluación y reincidencia del riesgo de violencia.
  7. EDUCACIÓN (capítulo II.7 del informe anual)
    - Preocupación esencial por la inclusión.
    - EDUCACIÓN NO UNIVERSITARIA (II,7.1)
      - Instalaciones de los centros docentes (II,7.1.2): carencias de accesibilidad.
      - Educación inclusiva. Alumnos con necesidad específica de apoyo educativo (II,7.1.5): los casos se centran en:
        - Procedimiento para el diagnóstico de alumnos con necesidades educativas especiales: prolongación excesiva del procedimiento de evaluación de las necesidades educativas.
        - Falta de dotación de personal de educación especial.
        - Insuficiente oferta de plazas en aulas para alumnos con Trastorno Generalizado del Desarrollo (TGD).
      - Importancia de las conclusiones extraídas del curso «Los derechos de las personas con discapacidad: la educación inclusiva» que parte de la premisa de que la educación inclusiva «es todavía

En la segunda parte del informe dedicada a la *Supervisión de la actividad de las administraciones públicas*, mediante consideraciones generales y casos concretos se hace un repaso a diferentes situaciones que afectan a los derechos de las personas con discapacidad, casos que si bien se han sustanciado ante el Defensor del Pueblo, sus recomendaciones podrían extrapolarse a otras cosas similares, dado que afectan a los distintos sectores de la vida de las personas con discapacidad

---

un derecho en construcción, por lo que resulta esencial una mejor comprensión por todos los operadores jurídicos de su concepto y fundamento, de su concreción y su alcance en el ordenamiento, así como de la forma en la que debe materializarse.

EDUCACIÓN UNIVERSITARIA (II,7.2)

- Acceso a la universidad (II,7.2.1): dificultad que supone para algunos estudiantes acreditar adecuadamente que tienen necesidades educativas especiales permanentes asociadas a circunstancias personales de discapacidad, con el fin de poder ejercer con normalidad su derecho a acceder a la universidad a través del cupo de reserva para estudiantes afectados de discapacidad.
- Previsión normativa para la reserva de un porcentaje de plazas para estudiantes afectados de discapacidad en el acceso a estudios de máster y doctorado.

8. SANIDAD (capítulo II.8 del informe anual)

- Impacto del copago farmacéutico en la prestación farmacéutica y de medicamentos.

9. POLÍTICA SOCIAL (capítulo II.9 del informe anual)

- Se plantean problemas con la diversidad de criterios para aplicar el baremo de discapacidad a menores con neoplasia.
- Accesibilidad universal a bienes y servicios (perros de asistencia, accesibilidad a gasolineras).
- Recursos para personas con discapacidad (II,9.2.3): situaciones como la atención temprana o el daño cerebral, pero también han de considerarse las circunstancias en las que quedan las personas con discapacidad cuando su cuidador tiene que ser ingresado o sobreviene alguna causa por la que no puede continuar con su labor.
- Centros residenciales (II,9.2.4): el acceso a estos centros ha de hacerse en las condiciones de igualdad efectiva y no discriminación en el marco de la ley de dependencia.
- En lo referido a la atención a personas mayores (II,9.3), el informe alude a la atención que reciben en los residenciales y de día; examen de la situación jurídica de los residentes y el control externo sobre la misma en relación a «la modificación judicial de la capacidad» o ingresos voluntarios; problemas para el acceso o la permanencia en los centros, cuando, por ejemplo, uno de los cónyuges requiere el internamiento y el otro se ocupa de su cuidado.
- Situación de dependencia (II,9.4) plantea demoras y prácticas administrativas retardatarias; falta de información sobre situación del expediente y documentos que lo integran; fallecimientos de solicitantes sin acceso a las prestaciones.

10. TRANSPORTE

- Accesibilidad a personas con discapacidad en el ámbito del transporte.
- Tarifas aéreas para personas con movilidad reducida.

11. URBANISMO (capítulo II.16 del informe anual)

- Barreras arquitectónicas en edificios públicos.
- Barreras arquitectónicas en entorno urbano.
- Barreras arquitectónicas en edificios privados.

12. FUNCIÓN Y EMPLEO PÚBLICOS (capítulo II.18 del informe anual)

- Se ha de velar por la transparencia en los procesos selectivos, garantizando la reserva del 7% de plazas en la oferta de empleo público.

desde su relación con la administración de justicia hasta el acceso a la educación, al transporte o a un medio urbano sin barreras.

El escenario derivado del EPU 2015 y del informe del Defensor del Pueblo deja al descubierto una serie de ámbitos importantes donde se debe profundizar la implementación de la Convención por un lado, y donde se están produciendo vulneraciones de los derechos de las personas con discapacidad, por otro.

### 3. DIFICULTADES CONCEPTUALES; ACCESIBILIDAD, AJUSTES RAZONABLES, APOYOS, MEDIDAS POSITIVAS

Dar solución a los problemas planteados en los apartados anteriores pasa porque la interpretación y aplicación, en su caso, de términos y conceptos como accesibilidad<sup>21</sup>, diseño universal<sup>22</sup>, ajustes razonables<sup>23</sup>, apoyos, medidas positivas, aparezcan claramente definidas en su contenido y alcance, de lo contrario se hará muy dificultoso, a su vez, determinar quién es el titular de la obligación y de la responsabilidad a efectos de exigirles la acciones necesarias que posibiliten la realización de los correspondientes derechos.

Si bien la CDPD define o circunscribe algunos de los términos señalados, no hace lo mismo con el término *apoyo*, frecuente a lo largo de la Convención por su importancia para la realización de los derechos, que no posee una determinación específica. En ese sentido el Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>24</sup> aporta una definición de apoyo como «acto de prestar ayuda o asistencia a una persona que la requiere para realizar las actividades cotidianas y participar en la sociedad». Apoyar y ser apoyado forma parte de la

#### 21. CDPD: Artículo 9. Accesibilidad

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.

22. CDPD: Artículo 2. Definiciones: Por «diseño universal» se entenderá 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.

23. CDPD: Por «ajustes razonables» se entenderán 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.

24. A/HRC/34/58, 20 de diciembre de 2016.

experiencia vital, más allá de la dependencia, la edad o la condición social, siendo una práctica aceptada como natural, normal y lógica en la vida social, sin embargo lo que ya no está tan admitido socialmente es el tipo de apoyo que requieren las personas con discapacidad.

Los tipos de apoyo, oficiales y oficiosos, son múltiples y en diferentes ámbitos: «la asistencia humana o animal y los intermediarios, las ayudas para la movilidad, los dispositivos técnicos y las tecnologías de apoyo. También incluye la asistencia personal; el apoyo para la adopción de decisiones; el apoyo para la comunicación, como los intérpretes de lengua de señas y los medios alternativos y aumentativos de comunicación; el apoyo para la movilidad, como las tecnologías de apoyo o los animales de asistencia; los servicios para vivir con arreglo a un sistema de vida específico que garanticen la vivienda y la ayuda doméstica; y los servicios comunitarios. Las personas con discapacidad pueden precisar también apoyo para acceder a servicios generales como los de salud, educación y justicia, y utilizar esos servicios».

La Relatora Especial ha establecido cuatro elementos esenciales e interrelacionados de la obligación de prestar apoyo a las personas con discapacidad: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y elección y control. El objetivo es garantizar el acceso al apoyo en al menos los ámbitos, que sin sentido excluyente, se mencionan en el informe: adopción de decisiones; comunicación; movilidad; asistencia personal; vida independiente en la comunidad; servicios generales. Acceder a los apoyos es «una condición necesaria para que las personas con discapacidad puedan ejercer efectivamente sus derechos humanos en igualdad de condiciones con las demás y, de ese modo, vivir con dignidad y autonomía en la comunidad».

El informe de la Relatora configura los apoyos como una «obligación de los Estados de garantizar el acceso a una amplia gama de servicios de apoyo para las personas con discapacidad», eso sí, sin perder de vista que «el apoyo es una obligación vinculada a la persona» y, en el mismo sentido, «el derecho a ajustes razonables es distinto, aunque complementario, de la obligación de proporcionar apoyo».

De lo expuesto por la Relatora no parece deducirse que los apoyos constituyan un derecho y en tal caso habrá que preguntarse que siendo considerados una obligación del Estado, esencialmente, cómo se pueden hacer exigibles si no se proporcionan.

En este contexto cobra especial relevancia la tesis mantenida por Rafael de Asís quien sostiene que si «queremos dar fuerza a la idea de los apoyos y la asistencia dentro del eje de la accesibilidad, su consideración como parte del contenido esencial de los derechos parece el camino más adecuado»<sup>25</sup>. Eje de la accesibilidad «compuesto por el diseño universal(que funciona como un principio general fuente de obligaciones específicas), las medidas de accesibilidad (medidas generales que aparecen cuando el diseño universal no se satisface de manera justificada) y los

25. Asís, R.: «De nuevo sobre la accesibilidad: diseño, medidas, ajustes, apoyos y asistencia», *Papeles el tiempo de los derechos*, n.º 4, 2017, p. 17.

ajustes razonables (medidas individuales que surgen cuando la accesibilidad no se satisface a través del diseño o las medidas de manera justificada)<sup>26</sup>.

#### 4. EDUCACIÓN INCLUSIVA, ENFOQUE BASADO EN DERECHOS HUMANOS Y APOYOS

La pregunta es si entre estos dos planteamientos cabe un punto de encuentro. Y aquí podría entrar en juego propiamente un enfoque de derechos humanos, el cual coloca a los derechos humanos, en este caso los derechos de las personas con discapacidad, como principio, norma y fin de cualquier actuación destinada a la promoción estable, universal y duradera de las capacidades humanas. En su calidad de principio los derechos humanos se encuentran recogidos en los estándares internacionales que se configuran no solo con los referentes normativos sino también con las interpretaciones de los derechos que contienen las Observaciones y Recomendaciones generales de Naciones Unidas así como los indicadores que Naciones Unidas desarrolla para evaluar su integración en las estructuras básicas de los Estados, el proceso de aplicación y desarrollo y el resultado de consecución de los derechos. Es decir, los derechos humanos poseen un contenido definido y concreto, no se deja al albur de pareceres particulares. En cuanto norma, los derechos humanos sirven de guía y fijan los límites por donde ha de discurrir ya la acción política ya la acción reivindicativa. Se pueden identificar claramente qué acciones discurren dentro de los contenidos propios de cada derecho. Y son fin porque orientan la acción pero también permiten evaluar si los resultados que se han obtenido coinciden o no con lo establecido en los estándares internacionales, y por tanto si las acciones han resultado eficaces. En cuanto procedimiento el enfoque basado en derechos humanos requiere el análisis de causas, de roles y de capacidades, puesto que se detectan los principales problemas que afectan a cada derecho y puede determinarse, a través de los indicadores de derechos humanos, dónde reside la deficiencia y dónde se debe actuar para el cumplimiento de cada derecho.

Un marco para analizar la virtualidad de los apoyos lo puede constituir el derecho a la educación de la CDPD<sup>27</sup>, a realizarse mediante un sistema de educación

26. Asís, R.: «De nuevo sobre la accesibilidad: diseño, medidas, ajustes, apoyos y asistencia», *op. cit.*, p. 2.

27. Artículo 24. Educación

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida, con miras a: a) Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana; b) Desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas; c) Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre.

2. Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que: a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los

inclusivo en todos los niveles de la educación y a lo largo de toda la vida de la persona. En el documento «Las personas con discapacidad en el Informe Anual del Defensor del Pueblo 2016» se dice que «el derecho a una educación inclusiva que define la Convención es todavía un derecho en construcción, por lo que resulta esencial una mejor comprensión por todos los operadores jurídicos de su concepto y fundamento, de su concreción y su alcance en el ordenamiento, así como de la forma en la que debe materializarse». Una importante aportación en este sentido de conformación lo constituye la Observación General n.º 4<sup>28</sup> del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, dedicada a la educación inclusiva. Según la cual ha de ser entendida como un derecho humano fundamental de todo alumno; como principio que permite valorar el bienestar, la dignidad y la autonomía de los que disfrutan todos los alumnos; y como un medio para hacer

---

niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad; b) Las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan; c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales; d) Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva; e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión.

3. Los Estados Partes brindarán a las personas con discapacidad la posibilidad de aprender habilidades para la vida y desarrollo social, a fin de propiciar su participación plena y en igualdad de condiciones en la educación y como miembros de la comunidad. A este fin, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes, entre ellas: a) Facilitar el aprendizaje del Braille, la escritura alternativa, otros modos, medios y formatos de comunicación aumentativos o alternativos y habilidades de orientación y de movilidad, así como la tutoría y el apoyo entre pares; b) Facilitar el aprendizaje de la lengua de señas y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas; c) Asegurar que la educación de las personas, y en particular los niños y las niñas ciegos, sordos o sordociegos se imparta en los lenguajes y los modos y medios de comunicación más apropiados para cada persona y en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo académico y social.

4. A fin de contribuir a hacer efectivo este derecho, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para emplear a maestros, incluidos maestros con discapacidad, que estén cualificados en lengua de señas o Braille y para formar a profesionales y personal que trabajen en todos los niveles educativos.

Esa formación incluirá la toma de conciencia sobre la discapacidad y el uso de modos, medios y formatos de comunicación aumentativos y alternativos apropiados, y de técnicas y materiales educativos para apoyar a las personas con discapacidad.

5. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso general a la educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás. A tal fin, los Estados Partes asegurarán que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad.

28. Observación General n.º 4 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, publicada el 26 de agosto de 2006 CRPD/C/GC/4. (versión en español el 25 de noviembre de 2016)

file:///C:/Users/Usuario/Downloads/G1626303.pdf

efectivos otros derechos humanos<sup>29</sup>. Siendo imprescindible distinguir exclusión, segregación, integración e inclusión<sup>30</sup>.

Analizar las implicaciones del derecho a la educación inclusiva exige contemplar lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General núm. 13<sup>31</sup> como características interrelacionadas del derecho a la educación<sup>32</sup>: Disponibilidad; Accesibilidad (no discriminación, accesibilidad material; accesibilidad económica); Aceptabilidad; Adaptabilidad. De

29. Observación General n.º 4 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad CRPD/C/GC/4, párrafo 12, Las características fundamentales de la educación inclusiva serían: a) considerar el sistema en su totalidad: los Ministerios de Educación deben asegurar que todos los recursos se invierten hacia la promoción de la educación inclusiva, y hacia la introducción y la incorporación de los cambios necesarios en la cultura, las políticas y las prácticas institucionales. b) considerar todo el entorno educativo: el liderazgo conjunto de las instituciones educativas es esencial para introducir e integrar la cultura, las políticas y las prácticas para lograr la educación inclusivo a todos los niveles: enseñanza y relaciones en el aula, reuniones de la dirección, la supervisión del maestro, los servicios de orientación y atención médica, viajes escolares, asignaciones presupuestarias y cualquier modo de comunicación con los padres de los alumnos con y sin discapacidad. c) considerar a la persona en su totalidad; d) maestros apoyados; e) respeto por el valor de la diversidad; f) aprendizaje-favorable en el medio; g) transiciones efectivas; h) reconocimiento de las entidades participativa; i) evaluación; j) supervisión.

30. Observación General n.º 4 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/GC/4, párrafo 11:

La *exclusión* se produce cuando se impide o se deniega directa o indirectamente el acceso de los alumnos a todo tipo de educación.

La *segregación* tiene lugar cuando la educación de los alumnos con discapacidad se imparte en entornos separados diseñados o utilizados para responder a una deficiencia concreta o a varias deficiencias, apartándolos de los alumnos sin discapacidad.

La *integración* es el proceso por el que las personas con discapacidad asisten a las instituciones de educación general, con el convencimiento de que pueden adaptarse a los requisitos normalizados de esas instituciones.

La *inclusión* implica un proceso de reforma sistémica que conlleva cambios y modificaciones en el contenido, los métodos de enseñanza, los enfoques, las estructuras y las estrategias de la educación para superar los obstáculos con la visión de que todos los alumnos de los grupos de edad pertinentes tengan una experiencia de aprendizaje equitativa y participativa y el entorno que mejor corresponda a sus necesidades y preferencias. La inclusión de los alumnos con discapacidad en las clases convencionales sin los consiguientes cambios estructurales, por ejemplo, en la organización, los planes de estudios y las estrategias de enseñanza y aprendizaje, no constituye inclusión. Además, la integración no garantiza automáticamente la transición de la segregación a la inclusión.

31. Observación General núm. 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales E/C.12/1999/10 (8 de diciembre de 1999)

<[http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/ONU\\_Observaci%C3%B3n\\_General\\_13\\_Derecho\\_Educaci%C3%B3n\\_es.pdf](http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/ONU_Observaci%C3%B3n_General_13_Derecho_Educaci%C3%B3n_es.pdf)>.

32. Observación General núm. 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

a) Disponibilidad. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc.;

manera que la Observación General n.º 4 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, considera que, a los efectos de la CDPD, esas características se pueden entender del modo siguiente:

*Disponibilidad:* Las instituciones educativas públicas y privadas y los programas de enseñanza deben estar disponibles en cantidad y calidad suficientes.

*Accesibilidad:* El sistema educativo en su conjunto debe ser accesible. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles para todas las personas, sin discriminación.

*Aceptabilidad:* «La aceptabilidad es la obligación de que todas las instalaciones, bienes y servicios relacionados con la educación se diseñen y utilicen de forma que tengan plenamente en cuenta las necesidades, las culturas, las opiniones y los lenguajes de las personas con discapacidad y los respeten (...). La inclusión y la calidad son recíprocas: un enfoque inclusivo puede contribuir considerablemente a la calidad de la enseñanza»<sup>33</sup>.

*Adaptabilidad:* «El Comité alienta a los Estados partes a que adopten el enfoque de diseño universal para el aprendizaje, que consiste en un conjunto de principios que estructura las acciones de los maestros y demás personal para crear entornos de aprendizaje adaptables y desarrollar la formación con el fin de responder a las diversas necesidades de todos los alumnos»<sup>34</sup>.

---

b) Accesibilidad. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente:

i) No discriminación. La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos no vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos (véanse los párrafos 31 a 37 sobre la no discriminación).

ii) Accesibilidad material. La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia).

iii) Accesibilidad económica. La educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada por las diferencias de redacción del párrafo 2 del artículo 13 respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior: mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados Partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita.

c) Aceptabilidad. La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres; este punto está supeditado a los objetivos de la educación mencionados en el párrafo 1 del artículo 13 y a las normas mínimas que el Estado apruebe en materia de enseñanza (véanse los párrafos 3 y 4 del artículo 13);

d) Adaptabilidad. La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.

33. Observación General n.º 4 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/GC/4, párrafo 25.

34. Observación General n.º 4 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/GC/4, párrafo 26

Esta última característica está estrechamente vinculada a los conceptos en debate, de forma que la Observación General n.º 4 reserva el concepto de *ajustes razonables* para dar cumplimiento al artículo 24, 2, c), considerándose razonable «el resultado de una prueba contextual que entrañe un análisis de la relevancia y la eficacia del ajuste y el objetivo esperado de combatir la discriminación»<sup>35</sup>. El ajuste razonable se configura como un derecho de una persona legitimada para solicitar tales acciones y «la obligación de realizar ajustes razonables es exigible desde el momento en que se presenta una solicitud al respecto».

La proporcionalidad de los ajustes dependerá del contexto y de los requerimiento de cada uno de los estudiantes, de ahí que no quepa un enfoque único de los ajustes, pudiendo ser *materiales* (cambiar la ubicación de un aula; ofrecer diferentes formas de comunicación en clase; aumentar el tamaño de letra, facilitar los materiales e/o impartir las asignaturas por señas u ofrecer folletos en un formato alternativo; y poner a disposición de los alumnos una persona que se encargue de tomar notas o un intérprete o permitir que los alumnos utilicen tecnología auxiliar en situaciones de aprendizaje y evaluación) o *inmateriales* (permitir que un alumno disponga de más tiempo, reducir los niveles de ruido de fondo (sensibilidad a la sobrecarga sensorial), utilizar métodos de evaluación alternativos y sustituir un elemento del plan de estudios por una alternativa<sup>36</sup>. Frente a la progresiva efectividad de la accesibilidad los ajustes razonables serían de aplicación inmediata y su denegación constituiría discriminación<sup>37</sup>.

Por otra parte se asocia el concepto de *apoyo* a lo establecido en el artículo 24, 2, d) y e) de la Convención y se señala que «los alumnos con discapacidad deben tener derecho a recibir el apoyo necesario que les facilite su formación efectiva y les permita desarrollarse en pie de igualdad con los demás». De lo que se desprende que según la Observación General n.º 4 se podría hablar de propiamente un *derecho al apoyo*, con el fin de garantizar el pleno potencial del desarrollo personal, suministrando a la persona con discapacidad «personal docente, consejeros escolares, psicólogos y otros profesionales pertinentes de los servicios sanitarios y sociales que dispongan de la formación y el apoyo debidos, así como el acceso a becas y recursos financieros»<sup>38</sup>. Apoyo que ha de ser adecuado, continuo y perso-

35. Observación General n.º 4 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/GC/4, párrafo 28: «Deben adoptarse políticas en las que se adquiriera el compromiso de realizar ajustes razonables en los ámbitos nacional, local y de las instituciones educativas, y en todos los niveles de la educación. La medida en que se realizan ajustes razonables debe examinarse habida cuenta de la obligación general de desarrollar un sistema de educación inclusiva, maximizando el uso de los recursos existentes y desarrollando otros nuevos. Aducir una falta de recursos y la existencia de crisis financieras para justificar la falta de avances en pro de la educación inclusiva contraviene el artículo.

36. Observación General n.º 4 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/GC/4, párrafo 30.

37. Observación General n.º 4 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/GC/4, párrafo 31.

38. Observación General n.º 4 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/GC/4, párrafo 32

nalizado. Preferentemente se han de posibilitar «planes educativos individualizados que puedan determinar los ajustes razonables y el apoyo concreto necesarios para cada alumno»<sup>39</sup>. Subrayándose que si el alumno no recibe o no tiene disponible los apoyos correspondientes ha de tener acceso a mecanismos de recurso.

De lo expuesto se puede constatar que en la Observación General n.º 4 se establece que tanto los ajustes razonables como los apoyos han de considerarse derechos. Si los apoyos no fuesen considerados como derechos entonces no tendría sentido la apelación a un sistema de recursos para reclamar su realización como se hace en la Observación, lo cual no contradice que el apoyo sea definido por la Relatora como «acto de prestar ayuda o asistencia a una persona». Una cosa es en qué consiste la acción y otra que esa acción sea exigible, como parece.

La Observación parece decantarse por una tendencia a diferenciar los ámbitos de los ajustes razonables y de los apoyos ya que expresamente se entiende que poseen utilidad en ámbitos diferentes y se dedican a cuestiones distintas, pero pueden presentarse perfectamente coordinados e integrados en «planes educativos personalizados». Los ajustes razonables no se verían como la última posibilidad de llevar a cabo una acción que evite la discriminación y la desigualdad, sino como un instrumento más de un engranaje que requiere de instrumentos diversos, no gradativamente relacionados, sino funcionalmente organizados para garantizar el derecho a una educación inclusiva, en este caso. Ajustes y apoyos coincidirían, sin embargo, en procurar la accesibilidad material y la accesibilidad económica.

Ambos conceptos no deberían considerarse como conceptos indeterminados, pues los ejemplos que de uno y otro se establecen en la Observación General n.º 4 permiten observar con claridad que se ocupan de cosas diversas, por tanto, han de considerarse como conceptos abiertos y dinámicos, cuya concreción viene determinada por el contexto educativo, sanitario, jurídico u otros, en que se ubique la persona con discapacidad.

Jugando con los ejemplos que aparecen en la Observación general n.º 4 los ajustes pueden dividirse en materiales e inmateriales, consistiendo en cualquier caso en una medida concreta que protege la igualdad material de la persona con discapacidad en atención a su específica demanda. Por tanto el elemento discriminatorio sería la específica situación a resolver y la acción correspondiente, sin necesidad de que intervenga una persona en su ejecución (la ubicación de un aula; ofrecer diferentes formas de comunicación en clase; aumentar el tamaño de letra, facilitar los materiales e/o impartir las asignaturas por señas u ofrecer folletos en un formato alternativo...), por su parte el apoyo si es un acto de prestar ayuda,

39. Observación General n.º 4 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/GC/4, párrafo 33: «(...) entre otros medios proporcionando ayudas compensatorias de apoyo, materiales didácticos específicos en formatos alternativos y accesibles, modos y medios de comunicación, ayudas para la comunicación, y tecnologías de la información y auxiliares. El apoyo también puede consistir en un asistente de apoyo cualificado para la enseñanza, compartido entre varios alumnos o dedicado exclusivamente a uno de ellos, dependiendo de las necesidades del alumno».

ésta solo puede ser dada por otra persona y puede revestir formas distintas (personal docente, consejeros escolares, psicólogos y otros profesionales pertinentes de los servicios sanitarios y sociales que dispongan de la formación y el apoyo debidos, así como el acceso a becas y recursos financieros).

Curiosamente esta argumentación se refuerza por la utilización del concepto de ajustes razonables que se realiza en el documento *Eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa*, subtítulo *Informe provisional del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias al invocarlo como un instrumento para luchar contra la discriminación*, y en el que se invoca precisamente la CDPD como el referente conceptual del que se extrae el sentido de ajustes razonables para aplicarlo al ámbito de la intolerancia religiosa. Precisamente la consideración de ámbitos y tipos de actuación permiten atender ajustes razonables de carácter inmaterial<sup>40</sup>. Es decir, se entiende que los ajustes razonables tienen una delimitación determinada que permite su extrapolación a otros ámbitos, siendo útiles por su opertividad. No habría por tanto confusión con los apoyos.

En último término se puede apreciar como la falta de ajustes razonables, de apoyo y de asistencia pueden constituirse en un trato inhumano y degradante, al vulnerarse el artículo 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales<sup>41</sup>, tal como se aprecia en la Sentencia del Caso Helhal c. Francia de 19 de febrero de 2015 (n.º 10401/12):

Hechos. El demandante, Mohammed Helhal, de nacionalidad argelina, nacido en 1972, y condenado a treinta años de prisión por asesinato, intento de asesinato e intimidación con amenaza de uso de arma. Internado desde septiembre de 2014 en el centro penitenciario Poitiers Vivonne.

El 28 de marzo de 2006, estando preso en Nancy, el Sr. Helhal sufrió una caída desde varios metros de altura en un intento de fuga, fracturándose la columna vertebral como consecuencia de la cual padece una paraplejía de las extremidades inferiores e incontinencia urinaria y anal. A raíz de este accidente, fue trasladado a

40. Informe *Eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa* provisional del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias, (A/69/261):

«Un ejemplo es el respeto de las necesidades específicas de alimentación basadas en preceptos religiosos o en otras razones de conciencia. Los comedores de los lugares de trabajo con frecuencia ofrecen alimentos halal o kosher y comidas vegetarianas, y en muchos casos esto es valorado incluso por los empleados que no han solicitado esas opciones por motivos religiosos. Los empleadores de los sectores público y privado han negociado con éxito medios pragmáticos de tener en cuenta varias festividades religiosas, por ejemplo, permitiendo que los empleados usen parte de sus vacaciones anuales a esos efectos. Los sindicatos y los representantes del personal a menudo participan en esas negociaciones. También hay ejemplos en que los empleados realizan sus plegarias en el lugar de trabajo sin que eso tenga repercusiones negativas en las actividades profesionales. Por otra parte, el uso de atuendos religiosos se considera parte de la vida normal en muchas instituciones públicas o empresas privadas y es respetado en gran medida por los demás empleados y los clientes».

41. Artículo 3.- Prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

partir de 2009 y sucesivamente a los centros de Mulhouse, Metz, Fresnes y también a Uzerche.

El 12 de agosto de 2010, el Sr. Helhal pidió una suspensión de la condena por razones médicas al juez de vigilancia penitenciaria de Tulle, argumentando que las instalaciones, en particular los sanitarios, no estaban adaptados a su discapacidad que le obligaba a usar una silla de ruedas, que los cuidados de fisioterapia que se le prodigaban eran insuficientes y que debía hacerse asistir por un interno puesto a su disposición, lo que constituye una situación humillante en relación a los otros internos. El 3 de febrero de 2011, el tribunal de vigilancia penitenciaria de Limoges rechazó su solicitud, considerando las opiniones coincidentes de dos expertos médicos que se habían designado, y sostuvo que el estado de salud del demandante era compatible con el internamiento duradero.

Sin embargo el tribunal mantuvo a continuación que el centro de detención de Uzerche, donde estaba internado el Sr. Helhal, no estaba adaptado a su discapacidad y que existían otros centros mejor equipados para acogerle, como los de Fresnes o Roanne. El demandante recurrió la sentencia. El 3 de mayo de 2011 el Tribunal de Apelación de Limoges confirmó la sentencia de primera instancia. El Tribunal de Casación desestimó su apelación el 31 de agosto de 2011.

El Tribunal invoca algunos de los principios que ha señalado a lo largo de su jurisprudencia, aplicándolos a la situación particular, llegando a la conclusión de que se produce una vulneración del artículo 3. El Tribunal articula los principios generales en torno a dos cuestiones:

a) Obligaciones de cuidados. Corresponde al Estado el deber de cuidar a la persona enferma durante su detención, lo cual implica las siguientes obligaciones específicas: asegurar que el detenido sea capaz de cumplir su sentencia, dar la atención médica necesaria y adaptar, si es necesario, las condiciones generales de detención a las circunstancias particulares de su estado de salud.

En cuanto a la primera obligación, en un Estado de derecho, tener la capacidad para ser sometido a internamiento es la condición para que la ejecución de la sentencia. De ahí no se puede deducir una obligación general de liberar a los detenidos o ubicarlos en un hospital público, incluso si están sufriendo de una enfermedad que es particularmente difícil de tratar. Ahora bien, el Tribunal no puede excluir que, en condiciones particularmente graves, se pueda estar en presencia de situaciones donde una buena administración de la justicia penal exija tomar medidas de naturaleza humanitaria para hacerlas frente. Por tanto, en los casos excepcionales en los que la salud del detenido es absolutamente incompatible con el internamiento, el artículo 3 exigiría la liberación de la persona bajo ciertas condiciones

La segunda obligación puede suponer que la falta de cuidados médicos apropiados puede en principio constituir un tratamiento contrario al artículo 3. El Tribunal de Justicia exige, en primer lugar, la existencia de una correcta valoración médica del paciente y la adecuación de la atención médica prescrita a sus circunstancias particulares. La diligencia y la frecuencia con la que se proporciona

la atención médica de la persona son dos elementos a tener en cuenta para medir la compatibilidad de su tratamiento con los requerimientos del artículo 3. En particular, estos dos factores no se miden por la Corte en términos absolutos, sino teniendo en cuenta en cada caso el estado particular de salud del detenido. En general, el deterioro de la salud del preso no juega en sí mismo un papel decisivo en cuanto a la conformidad con el artículo 3 de la Convención. La Corte examina en cada caso si el deterioro de la salud del demandante es atribuible a deficiencias en los servicios médicos.

Y, en tercer lugar, el Tribunal de Justicia exige que el entorno de la prisión sea adecuado, si es necesario, a las necesidades especiales del interno que le permita cumplir su condena en condiciones que no afecten a su integridad moral.

b) Detenidos con discapacidad. Una grave discapacidad física, al igual que la edad y el estado de salud, por la cual la cuestión de la capacidad para ser internado debe ser analizada de acuerdo con el artículo 3. El internamiento de una persona con discapacidad en una institución donde no puede desplazarse por sus propios medios, y en particular abandonar su celda, y que dura largo tiempo, constituye un tratamiento degradante prohibido por el artículo 3.

Si bien es cierto que el Convenio no garantiza en sí mismo un derecho a una asistencia social, el Estado no se puede exonerar de su obligación de asegurar que las condiciones de internamiento deban responder a las necesidades específicas de los internos con discapacidad, transfiriendo la responsabilidad de su vigilancia o de su asistencia a otros internos. En ciertos casos, depender de la ayuda de otros internos para ir al baño, asearse, vestirse o desvestirse puede ser degradante o humillante.

El Tribunal a partir de estos principios, aprecia lo siguiente:

1. En cuanto al internamiento, al igual que los tribunales nacionales, la Corte considera que la capacidad del Sr. Helhal para cumplir su condena no se cuestiona ya que se consideró su discapacidad a la hora de rechazar su demanda de suspensión, por otro lado fundada en la opinión coincidente de dos médicos expertos. Por tanto se concluye que su internamiento para cumplir la pena no es en sí contrario al artículo 3.

2. Sin embargo, con respecto a la calidad de la atención, la Corte considera que las autoridades nacionales no han hecho todo lo que les era exigible para ofrecer al Sr. Helhal la rehabilitación que necesitaba. En concreto, el Sr. Helhal no pudo beneficiarse de la sesión de terapia física durante el período comprendido entre 2009 y 2012 y disfrutó sólo de una breve sesión semanal desde 2012. El Tribunal de Justicia añadió que las autoridades nacionales no pueden justificar su negligencia basándose en el hecho de que el Sr. Helhal hubiese pedido su traslado al centro de Roanne.

3. Por último, en lo que respecta a las condiciones de internamiento, la Corte considera que la ayuda de un compañero de prisión, para realizar su aseo en ausencia de duchas adaptadas para las personas con movilidad reducida, no es suficiente para satisfacer la obligación de salud y seguridad que recae en el Estado.

En conclusión, la Corte sostuvo que si bien el mantenimiento del internamiento del Sr. Helhal no viola el artículo 3, la falta o la insuficiencia de atención y la necesidad de buscar ayuda en un compañero de prisión para ducharse implica someterlo a un nivel de sufrimiento más allá de lo que es inherente a la privación de la libertad, y por lo tanto constituye una violación del artículo 3. La ausencia de evidencia de que las autoridades hayan actuado con el propósito de humillar o degradar al demandante no afecta a esta conclusión.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

La CDPD al ir desplegando sus efectos ha ido constituyéndose como un instrumento de gran alcance para mejorar la vida de las personas con discapacidad, fijando como hoja de ruta la consecución de los más altos grados de autonomía de las personas con discapacidad, pero el que puedan alcanzarse metas cada vez más altas necesariamente exige clarificar los conceptos que se ven sometidos a un contexto social instalado en dinámicas muy alejadas del modelo social de la CDPD. Buena parte de las realizaciones de los derechos pasan porque en el ámbito jurídico queden suficientemente aclaradas las distinciones conceptuales, por ejemplo, entre ajustes razonables y apoyos. Ha de saberse su naturaleza jurídica no solo para exigirlos, sino también para saber a quién demandárselos. Los distintos operadores jurídicos se ven en la tesitura de no saber qué hacer ante la falta de determinación de algunos conceptos, lo cual provoca la indefensión de muchas personas con discapacidad. He ahí la dificultad pero también el reto de avanzar, de lo contrario está en riesgo la integridad moral y la dignidad de la persona.

