



EL DERECHO DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD
A NO SER DISCRIMINADAS EN EL
ACCESO A ESTABLECIMIENTOS
ABIERTOS AL PÚBLICO



TRABAJO FIN DE GRADO EN
DERECHO

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ ELCHE
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE

TITULACIÓN GRADO EN DERECHO
CURSO ACADÉMICO 4º, 2016/2017
ALUMNO: ANDRÉS VICEDO GOMIS
TUTOR: ANTONIO LUÍS MARTÍNEZ PUJALTE

RESUMEN

El presente Trabajo de Fin de Grado se enmarca dentro de la Clínica Jurídica de la UMH, y trata de dar respuesta a un caso real planteado por una asociación de personas con discapacidad intelectual (APSA). Nuestra investigación se basará en determinar si en él se produjo una discriminación por razón de discapacidad y en qué medida la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad supone un límite al derecho de admisión. Para ello desarrollaremos el principio de igualdad, que consiste en la igualdad de todos los Españoles frente a la ley, asimismo profundizaremos en el principio de no discriminación, es decir, la prohibición por el ordenamiento de un trato desigual basado en motivos especialmente rechazables, como es la discapacidad. También veremos el principio constitucional de igualdad con referencia a la igualdad material, y a las acciones positivas como principal mecanismo para la consecución de la igualdad material, y que en ocasiones puede enfrentarse con el derecho de admisión de los establecimientos privados. Todo ello nos servirá para proporcionar un criterio fundado sobre el caso.

SUMARIO

- 1. Introducción: Planteamiento de la cuestión**
- 2. Principio de igualdad y principio de no discriminación por razón de discapacidad**
- 3. El derecho ante la realidad de la discapacidad**
- 4. Principio de igualdad y acciones positivas**
- 5. Empresas privadas vs derecho de admisión**
- 6. Conclusión**

1. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El presente trabajo se engloba dentro de La Clínica Jurídica UMH, la cual nace como un Proyecto de Innovación Docente que profundiza en el tratamiento jurídico de temas de interés social y que posibilita que se tenga un contacto directo con la práctica real en ciertas materias relacionadas con la defensa de colectivos vulnerables. Ha sido realizado en torno a una situación real y concreta vivida por la asociación APSA, así como por sus usuarios, integrantes y voluntarios. Pero previamente he de decir que, APSA es una asociación sin ánimo de lucro en favor de las personas con discapacidad psíquica, creada en 1962 Se trata de la más importante de la provincia de Alicante, y dispone de alrededor de 300 profesionales y más de 1300 usuarios. Contamos con el testimonio directo por medio de una entrevista concedida gracias a la mediación del profesor y tutor del presente trabajo Antonio Luis Martínez Pujalte.

Para explicar nuestra versión de la situación concreta he de decir que la asociación planea un desplazamiento con los usuarios, del 27 de diciembre (domingo) al 3 de enero (domingo) El lugar elegido es un hotel sito en Alicante, que ya conocían por haberse alojado allí en alguna ocasión anterior, sin incidencia alguna. La intención de APSA, así como de los usuarios, era disfrutar de pensión completa en el hotel, e incorporarse tras la cena a una fiesta de fin de año organizada por el hotel el día 31 de diciembre por la noche.

El 18 de diciembre, un técnico de APSA, se desplaza al hotel y se reúne con la persona encargada de la recepción, con el propósito de que se conocieran las circunstancias concretas y preguntando específicamente por el acceso a la fiesta, con el objetivo de asegurarse de que no se produjeran problemas a la hora de acceder. Pues bien, el día

siguiente a la reunión, se obtiene respuesta afirmativa sobre la asistencia a la fiesta por parte del hotel, sin objeción alguna. El mismo día 31 por la mañana APSA vuelve a hablar con el hotel respecto al acceso a la fiesta, con respuesta afirmativa de nuevo.

El hotel había organizado 2 fiestas privadas, una a la que acudirían ingleses, y otra a la que acudirían franceses, decantándose APSA por la segunda de las opciones.

APSA y los usuarios, el día 1 de enero a la 1:15h. de la madrugada se disponen a entrar a la fiesta organizada para los franceses, encontrándose con una persona en la puerta de acceso a la cafetería-fiesta, la cual les niega el acceso rotundamente. En este momento APSA piensa que se trata de una situación premeditada, y que dicha persona estaba específicamente esperándolos con la intención de enfrentarse él solo a ésta situación tan bochornosa (puesto que éste, ya sabía previamente que se les había confirmado que se les iba a permitir el acceso.) Bien, pues ésta persona se justifica diciendo que se trataba de una fiesta privada, así como, que si se les permitía el acceso, sería un menosprecio hacia las personas que sí habían pagado entrada respecto de ellos que no lo habían hecho (APSA no se negó en momento alguno a pagar, aunque tampoco se les ofreció la posibilidad de hacerlo). Ante tal situación, la coordinadora indignada acudió a recepción a preguntar por el director para aclarar la situación, diciéndole la persona que se encontraba en ese momento en recepción que, la persona que les había negado el acceso era el director del hotel. Tras todo esto, se busca una alternativa, y APSA, sin comentar nada de lo ocurrido a sus usuarios, decide desplazarlos a Benidorm, dónde saben que el ayuntamiento había organizado una fiesta en la plaza de la ciudad, a la que podría asistir cualquier ciudadano. A la 1:30 de la madrugada, parten hacia Benidorm, con el objetivo de disfrutar al máximo, puesto que la fiesta concluía a las 4:00.

Hasta el día siguiente, (sábado) APSA no se interesó en hablar con el hotel a cerca de lo ocurrido. Tras el intento repetido y fallido de recibir las explicaciones oportunas, el director no se puso en contacto con ellos hasta el siguiente lunes, pidiendo disculpas por lo ocurrido, diciendo que no se volvería a repetir y que les iba a bonificar, sin añadir más especificaciones.

Una vez expuesto el caso real que APSA nos ha brindado la oportunidad de contar, hemos de analizar si la denegación de acceso a los usuarios de APSA fue contraria a Derecho. Para ello deberemos profundizar principalmente en el análisis del principio de igualdad, en su vertiente de no discriminación por razón de discapacidad, así como en el derecho de admisión en cuanto a su aplicación en el ámbito de las empresas privadas en contraposición al principio de igualdad.

La idea de igualdad es sin duda una de las directrices fundamentales de la organización social, económica, política y jurídica de las sociedades democráticas de nuestro tiempo. Uno de los objetivos principales de los sistemas democráticos, sobre todo en las últimas décadas, ha sido precisamente el avance hacia el igualitarismo, así como la superación de los comportamientos discriminatorios que habían padecido históricamente determinados colectivos de personas, a través de los cuales se atentaba contra su propia dignidad humana.

Más concretamente, la igualdad es un principio jurídico que ha venido adquiriendo cada vez más relevancia en la últimas décadas en todas las ramas del Derecho. El análisis del presente caso nos permitirá comprobar, sin embargo, que las exigencias concretas del principio de igualdad resultan en muchas ocasiones notablemente problemáticas.

2. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD

Como eje central del análisis que vamos a realizar en este apartado cabe destacar el art. 14 de nuestra Constitución, el cual establece que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». La principal manifestación del principio general de igualdad en el ámbito constitucional es el principio de igualdad de trato, que queda enunciado en el primer inciso del mencionado precepto como la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.

Este principio de igualdad formal parte, fundamentalmente, de una realidad que no es igual, y opera imponiendo un tratamiento igualitario a las personas que se encuentren en iguales circunstancias o, lo que es lo mismo, implica una prohibición general de trato desigual entre sujetos que se encuentren en situaciones iguales. Gráficamente puede decirse que, desde esta perspectiva, este principio, que se configura en su vertiente constitucional como un límite frente al poder político, presenta una doble cara: por un lado supone la exigencia de tratamiento igual en su vertiente positiva, y por otro entraña una prohibición de trato desigual, en su vertiente negativa; en ambos casos siempre que los sujetos o situaciones a los que se aplique puedan ser considerados iguales.

También supone, desde la otra perspectiva –aunque, como es evidente, su relevancia práctica sea mucho menor–, que lo que no es igual debe ser tratado desigualmente. Esto es, serían contrarias al principio de igualdad tanto las normas que injustificadamente anudaran consecuencias diferentes a supuestos de hecho que han de ser considerados equivalentes, como aquellas que supusieran un tratamiento igual a supuestos de hecho diferentes.¹

¹ Miguel Rodríguez-Piñero y Ma. Fernanda Fernández López: *Igualdad y discriminación*, Tecnos

Es importante tener en cuenta que el principio de igualdad de trato impone algunas restricciones o constricciones a los tratamientos normativos, los cuales han de respetar esa exigencia igualitaria. Pero este principio no sólo implica un tratamiento normativo igualitario entre las personas a las que se les aplica, sino que además se va a traducir en una exigencia en el momento de la interpretación de las normas que han de realizar los órganos encargados de su aplicación. Asimismo el principio de igualdad también operaría como límite para el legislador de modo que, ninguna normativa discriminatoria podría ser aprobada. Por tanto, las normas en su estructura, sus elementos integrantes y las consecuencias que en ellas vienen referidas han de respetar siempre la exigencia igualitaria².

Evidentemente, lo dicho no quiere decir que el principio de igualdad imponga una exigencia de igualdad incondicional o sin límites. La expresión en la que se concreta el principio de igualdad, «todos los hombres deben ser igualmente tratados», no impide el tratamiento diferenciado entre quienes se encuentran en situaciones desiguales.

Así, la aplicación del principio de igualdad de trato se realiza entre sujetos que se considera que se encuentran en circunstancias equivalentes. El principio no sirve, sin embargo, para determinar cuáles serán las circunstancias que serán tenidas por relevantes o por irrelevantes a la hora de aplicar el principio.

Junto a él, otro conjunto de principios, entre los que se encuentra el de prohibición de

Madrid, 1986, pp. 46 y ss., y jurisprudencia constitucional allí citada.

² He tomado como referencia a Francisco J. Laporta: «El principio de igualdad: Introducción a su análisis», (1985) p. 4, donde afirma el carácter de «metanorma» de la idea de igualdad, esto es, su configuración como un principio cuyo sentido y función es «metanormativo» respecto de las normas de la sociedad.

discriminación, nos permiten rechazar tratamientos desiguales en aquellos casos cubiertos por dicho principio, por ejemplo, las diferenciaciones por razón de sexo, raza u opinión. En estos casos la ideología social dominante ha establecido que dichas diferencias no deben ser tomadas en cuenta a la hora de la aplicación del principio de igualdad de trato. Por lo tanto, sujetos que se encuentren en situaciones diferentes respecto a los casos señalados verán como la solución a las cuestiones que se les planteen tendrán una solución unitaria.

Ahora bien, la prohibición de discriminación, que no debe ser confundida con el principio de igualdad en su vertiente negativa de prohibición de trato desigual al que nos hemos referido anteriormente, actuaría, de este modo, como un instrumento técnico que excluye la posibilidad de que sean tomadas en cuenta como circunstancias relevantes a la hora de aplicar el principio de igualdad una serie de ellas como la raza, el sexo, la ideología, la religión, etc., y ello como consecuencia del reconocimiento por parte de la sociedad de la necesidad de tal tratamiento igualitario, para evitar o corregir situaciones de indignidad que han afectado y siguen afectando a grupos sociales determinados. Como es sabido, no se incluye directa y expresamente la discapacidad, en la prohibición de discriminación del artículo 13 de la Constitución Española, aunque sí de forma tácita como será corroborado a lo largo del desarrollo del presente trabajo.

En síntesis, la función de la prohibición de discriminación, como complemento técnico del principio de igualdad, operaría en cuanto a la cancelación de ciertos rasgos distintivos como razones relevantes para diferenciar en el tratamiento normativo.³ Los ejemplos más típicos de esto suelen hacer referencia a la consideración de la irrelevancia de ciertos rasgos personales o sociales como son la raza, el sexo, la ideología, etc.

Pues bien, según una parte de la doctrina se señala que, la discriminación y la desigualdad son conceptos que, aunque ciertamente afines y entrelazados, es posible

³ Francisco J. Laporta: «El principio de igualdad...», cit., p. 8.

distinguir y que no deberían ser utilizados como sinónimos. En definitiva, la prohibición de discriminación tiene como función esencial la preservación de las condiciones de igualdad respecto a personas físicas pertenecientes a grupos sociales tradicionalmente discriminados, por razón de sexo, de raza, de religión, etc. A través de la prohibición de la discriminación se pretende ofrecer a estos sujetos una protección especial y agravada en aquellos ámbitos en que el ordenamiento los considera especialmente expuestos a sufrir las consecuencias de la discriminación. Parece razonable limitar el uso del término discriminación, por lo tanto, exclusivamente en ese estricto ámbito, el de la prohibición de discriminación.

En cambio, el principio de igualdad impone un tratamiento igualitario entre situaciones equivalentes Y en su vertiente negativa, constituye la prohibición de tratamiento desigual para situaciones que son comparables.

En nuestro ámbito constitucional el principio de igualdad de trato o prohibición de trato desigual han sido recogidos como ya hemos visto en el primer inciso del art. 14 CE, mientras que el término discriminación, o más concretamente, la prohibición de discriminación queda reservada para los supuestos enumerados en el inciso segundo del antedicho precepto constitucional.

Por lo demás, mientras que un sector de la doctrina señala que la prohibición de discriminación tiene la función de la preservación de la igualdad de personas que han pertenecido a grupos que históricamente han estado en condiciones de desigualdad. Otro sector, liderado por Encarnación Fernández, señala que se entiende por discriminación la desigualdad de trato por motivos especialmente rechazables y que niegan la propia dignidad de las personas, es decir, establece unos rasgos objetivos que cualifican lo que debe entenderse por discriminación. Si seguimos esta última posición, una diferencia de trato basada en la discapacidad constituiría efectivamente una discriminación en el sentido que la doctrina ha dado a éste término, de acuerdo con el cual se entiende por discriminación la desigualdad de trato fundada en motivos específicos especialmente

rechazables, en los que la diferenciación niega la propia dignidad del hombre.⁴

En efecto, según Encarnación Fernández, la desigualdad de trato por razón de discapacidad se ajusta a esa definición, y reúne todos los elementos que la doctrina ha entendido como característicos de ésta forma de tratamiento. Hemos visto 2 sectores de la doctrina que señalan cosas distintas.

Por otro lado, no es obstáculo para la calificación como “discriminación” en nuestro sistema constitucional de la desigualdad de trato por razón de discapacidad el hecho de que ésta no aparezca expresamente entre los motivos específicos de discriminación que prohíbe el artículo 14 CE, pues la lista no constituye un *numerus clausus*, sino que se trata de una cláusula genérica, que prohíbe la discriminación “por cualquier otra condición personal o social”. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, con referencia concretamente a la discapacidad: (STC 269/1994, de 3 de Octubre), que veremos más adelante.

Llegados a este punto cabe profundizar en los motivos de discriminación prohibidos. Comenzaremos con algo que hemos dicho anteriormente, esto es, hay otro sector de la doctrina que dice que lo que nos da a entender el principio de constitucional de igualdad es que se veda toda diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable, es decir, toda diferencia que no esté basada en un motivo real que justifique de forma razonable el trato diferente. Por lo tanto no solamente queda vedada la diferencia de trato basada en los motivos de discriminación prohibidos, sino cualquier otra diferencia de trato que no cuente con una justificación razonable y objetiva.

Ahora bien, los motivos de discriminación prohibidos añaden a ese principio general una particular sospecha de ilicitud de la diferencia de trato; como ha señalado el Tribunal Constitucional “las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad establecida *ex constitutione*, que imponen

4 Cifr. MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis, “derechos fundamentales y discapacidad” págs. 30-31.

como fin que solo puedan ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica”⁵ lo que obliga a que las diferencias de trato basadas en estos motivos se examinen de forma estricta, que significa que las normas correspondientes habrán de tener un fundamento constitucional expreso, respecto del cual los grupos entre los que establezcan diferencias se encuentren en situaciones de hecho diferentes, y que la diferencia de trato habrá de ser proporcionada a esa finalidad, esto es, que no podrá generar costes mayores que los estrictamente necesarios para la realización de esa finalidad constitucional.

Así pues, la incorporación de la discapacidad al listado constitucional de motivos de discriminación prohibidos no carece de relevancia, y otorga una protección más intensa a las personas con discapacidad frente a la desigualdad de trato basada en este motivo.

Debe tenerse en cuenta que en la prohibición del artículo 14 de la Constitución se incluye la discriminación indirecta, que se produce cuando se aplica un criterio de diferenciación aparentemente neutral respecto de los motivos de discriminación prohibidos, pero que provoca efectos desproporcionadamente perjudiciales para un grupo social diferenciado con base en uno de los motivos prohibidos (personas de un determinado sexo, o personas con discapacidad).

Por lo que se refiere concretamente a la discapacidad, la doctrina sobre la discriminación indirecta se encuentra recogida en el artículo 63 LGDPD, la cual se prohíbe de forma explícita.

Dicho esto, es apropiado decir que la garantía de igualdad formal o igualdad de trato y la prohibición de la discriminación por razón de discapacidad comportan, dos consecuencias: por un lado el mandato de accesibilidad universal y por otro la obligación de realizar ajustes razonables. Es por esto que resulta de interés distinguir adecuadamente entre las exigencias de accesibilidad y los ajustes razonables, y a su vez

5 Artículo 14 Constitución Española.

diferenciar unas y otros de las medidas de acción positiva, delimitación que resulta especialmente relevante si tenemos en cuenta la exigibilidad de las diversas medidas.

La garantía de la igualdad requiere en ocasiones la realización de ajustes particulares en atención a las circunstancias de personas específicas. Son lo que denominamos “ajustes razonables”. Podemos definir un ajuste razonable como “una adaptación hecha en un sistema para acomodarlo a un determinado individuo con base en una necesidad probada”. Un ejemplo, sería dar más tiempo en un examen a una persona con algún tipo de discapacidad intelectual, respecto del resto de la clase. Ahora bien, razonables, pero que no impongan una carga indebida. Éste concepto ha sido incorporado por el Derecho Español, concretamente en el ámbito de la discapacidad: artículo 2 m LGDPD.

Una vez que ya hemos diferenciado entre principio de igualdad y principio de no discriminación procederá a continuación hablar sobre el principio de igualdad en relación con las acciones positivas, pero previamente haremos un paréntesis para referirnos a la evolución del tratamiento que ha recibido la discapacidad a lo largo de los años por parte de la sociedad y del Derecho.

3. EL DERECHO ANTE LA REALIDAD DE LA DISCAPACIDAD

En todas partes del mundo y en todos los niveles de cada sociedad hay personas con discapacidad. Concretamente, la proporción de personas con discapacidad en las sociedades desarrolladas suele situarse entorno al 15% de la población. Ello significa que en nuestro país hay 3.847.900 de personas que declaran tener alguna discapacidad. El porcentaje sería del 16.2% en el conjunto de la Unión Europea.

La política actual en materia de discapacidad es el resultado de su evolución a lo largo de los últimos 200 años, y que en muchos aspectos refleja las condiciones generales de

vida y las políticas sociales y económicas seguidas en épocas diferentes. En lo que respecta a la discapacidad, también hay muchas circunstancias concretas que han influido en las condiciones de vida de las personas que la tienen como el miedo, la ignorancia, el abandono o la superstición.

El resultado es que hoy por hoy, como veremos más adelante, las personas con discapacidad no disponen de un acceso equitativo a los bienes y servicios comparable al que disfrutaban las personas sin discapacidad, y estando sujetas a numerosas situaciones de discriminación. No obstante, como vamos a mostrar, el avance se ha percibido con claridad en el ámbito del Derecho.

Para conocer la evolución histórica, examinaremos los tres modelos distintos que se han sucedido en cuanto al tratamiento de la discapacidad, tanto en la sociedad como en el Derecho, explicando los motivos de cada uno de ellos, con la finalidad de conocer mejor la realidad actual, así como analizar las razones por las cuales se ha justificado cual es el modelo que mejor se adapta a las necesidades de las personas con discapacidad en el mundo actual.

1. El modelo más antiguo se ha conocido como “de prescindencia”⁶, se trata a las personas con discapacidad como personas que no aportan nada útil a la sociedad y cuya vida no merece ser vivida, por lo que se les margina por completo de la sociedad. Aquí se asume que las causas que dan lugar a la discapacidad son principalmente religiosas, es decir, como un castigo impuesto por los dioses, por un pecado cometido por los padres o como signo de catástrofe inminente. En segundo lugar, se ve a la persona como una carga, ya sea para sus padres o para la sociedad concepción esta última de la que todavía hoy se percibe su influencia en la mentalidad de la sociedad.

6 He tomado la explicación de PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad*, prólogo de R.de Asís, Madrid, Cinca, 2008, especialmente paginas 37-151.

Dentro de éste modelo caben destacar otros dos submodelos, el submodelo eugenésico (la persona con discapacidad es un ser cuya vida no merece ser vivida: “*En cuanto a la exposición o crianza de los hijos, debe ordenarse que no se críe a ninguno defectuoso*”⁷) y el submodelo de marginación, cuya característica principal es la exclusión, ya sea por considerar a estas personas como objeto de compasión o por considerarlas como objeto de un peligro inminente; ya sea por miedo o por menosprecio, la exclusión parece la mejor solución.

2. En el siguiente modelo, “rehabilitador” a las personas con discapacidad, se les considera como enfermos que merecen ser tratados de forma médica o rehabilitadora, pero son capaces de aportar algo útil a la sociedad en la medida en que dicha rehabilitación se logre, rehabilitación que se lleva a cabo para la recuperación de la dignidad, perdida o lesionada. “*Ninguno hay tan inválido a quien le falten las fuerzas en absoluto para hacer algo*”⁸

Las causas para justificar la discapacidad ya no son religiosas, como en el anterior modelo, sino que, pasan a ser científicas, y ya no se habla de dios, sino que se alude a la diversidad funcional en términos de salud o enfermedad. Aquí se considera que la persona puede ser rentable para la sociedad, sólo en la medida en que se haya rehabilitado busca la recuperación de la persona en la medida de lo posible, y la educación especial se convierte en una medida imprescindible.

Los primeros signos del modelo rehabilitador datan de los inicios del mundo moderno. Aunque su consolidación se produce en el siglo XX, al finalizar la Primera Guerra Mundial, muchos hombres resultaron heridos de por vida,

7 Citado textualmente por ARISTÓTELES, *Generación de los animales*, Traducción de Francisco Gallach Palés, Espasa-Calpe, Madrid, 1933, p. 34.

8 Citado por PALACIOS, Agustina, “El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en La Convención Internacional sobre los Derechos de Personas con Discapacidad” *cermi*, julio 2008, página 66, y que ha su vez ha citado a LUIS VIVES, Juan.

siendo denominados *mutilados de guerra*, a fin de distinguirlos de aquellos *discapacitados* por accidentes laborales.

3. El último modelo “social” supone un cambio radical en cuanto a los dos anteriores. Como teoría dinámica y colectiva está en proceso continuo de desarrollo y transformación. Describe la discapacidad como una forma de opresión social, y hace una distinción entre *deficiencia* —la condición del cuerpo y de la mente— y *discapacidad* —las restricciones sociales que se experimentan—. El manifiesto, elaborado por la UPIAS⁹, afirmaba que la sociedad *discapacita* a las personas con discapacidad. Por tanto, ya no es un problema tanto individualizado, sino, un problema de la sociedad. Exige apartarse de cualquier visión negativa de las características físicas, mentales o intelectuales¹⁰. En éste modelo, los poderes públicos tratarán de corregir y eliminar los obstáculos que se les puedan presentar. Ahora bien éste modelo supone cambiar radicalmente la concepción de la sociedad acerca de la discapacidad, es decir, que las características físicas, mentales o intelectuales dejen de verse como una carga. Resumiendo éste modelo, la valoración negativa únicamente debe situarse en el entorno social adverso que tan difícil hace la integración de dichas personas en la sociedad.

Pues bien, el único modelo que se puede considerar enteramente válido es el “modelo social”, en cuanto respeta la dignidad humana y cumple las exigencias básicas de justicia. Éste, sigue siendo el modelo más relevante de las personas con discapacidad y debe estar en la base de toda política de discapacidad.

Ahora bien, debe trasladarse la responsabilidad desde el individuo con discapacidad a la sociedad y es el modelo social la respuesta adecuada a esta visión de la discapacidad. Es la sociedad la que debe adaptarse al individuo y debe eliminar las barreras que impiden

9 Unión of the Physically Impaired Against Segregation.

10 Cfr. PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad...*, cit., págs. 143-144, en las que se expone la posición de Jenny Morris.

la integración social de las personas con discapacidad.¹¹

Uno de los cauces más adecuados para la eliminación de las barreras que se oponen a la plena participación social de las personas con discapacidad es la existencia de una eficaz legislación antidiscriminatoria.

En este sentido, con la inclusión de la cláusula de no-discriminación en el Tratado de Amsterdam, la Unión Europea dio un paso de gigante hacia el reconocimiento de la discriminación contra las personas con discapacidad como una violación de los derechos humanos que es preciso combatir a través de la supresión de las barreras que impiden a estas personas acceder a la movilidad, a los bienes y a los servicios en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos. Las políticas europeas deben, por tanto, inspirarse en el principio de no-discriminación con vistas a hacer realidad la igualdad para las personas con discapacidad. Ello se traduce, en consecuencia, en que debe constituir una obligación tanto para los organismos públicos como privados prestar servicios diseñados para todos los ciudadanos. No obstante, estas directrices no se han hecho realidad en todos los Estados miembros de la Unión Europea, pues no todos ellos cuentan con una legislación antidiscriminatoria.

Una legislación antidiscriminatoria.

Se considera relevante puesto considera ilegal tanto la discriminación directa como la discriminación indirecta de las personas con discapacidad. La discriminación directa, es decir, por ejemplo la prohibición de acceso a un restaurante a personas con discapacidad, sigue ocurriendo aún, pero hay que admitir que estos son casos aislados. En cambio, la imposibilidad de acceder a un restaurante por no ser físicamente accesible sigue siendo la regla y considerar esto como una discriminación es lo que realmente

¹¹ He tomado la explicación de CABRA DE LUNA, Miguel Ángel, Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social, págs. 21-25

supone un avance extraordinario en estos momentos. Ahora bien, cuando decimos acceso debemos pensar en un concepto muy amplio de acceso que abarca desde el acceso físico, el acceso a la información, etc.

Una legislación de no discriminación está basada asimismo en el establecimiento de estándares y de instrumentos legales para que las personas con discapacidad y sus organizaciones puedan exigir el cumplimiento de la ley.

La experiencia de hoteles que se autodefinen como accesibles, pero que luego no lo son, es otro ejemplo de por qué los estándares son importantes. Todos sabemos que una buena ley sólo es tal si se cumple; por tanto, una legislación de no discriminación debe incluir mecanismos apropiados para exigir su cumplimiento.

El modelo social al que venimos refiriéndonos ha encontrado su consagración definitiva en la Convención Internacional sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007.

Como la propia convención señala, su propósito, “es 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.”¹² Según lo que la Convención dice sobre las personas con discapacidad, he de decir que se 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.¹³

12 Cita tomada del artículo 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

13 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 1, “propósito.”

Se ha de saber que los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad, al igual que también se hace referencia durante todo el texto a la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad. Como podemos ver por ejemplo, en el artículo 3 en que se citan los principios generales de la Convención.

La Convención tiene una particular importancia en nuestro Derecho pues el artículo 10.2 CE, dispone que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, A la luz de este precepto, pues, las disposiciones de la Convención constituyen un parámetro interpretativo de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales en su aplicación a las personas con discapacidad.

Por indicar tan sólo un ejemplo, el artículo 27 CE, que reconoce el derecho fundamental de todos a la educación, ha de integrarse con las disposiciones del artículo 24 de la Convención, que prevé entre otras exigencias la necesidad de realizar ajustes razonables para garantizar el acceso de las personas con discapacidad a la educación superior; línea interpretativa que ha sido acertadamente seguida por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2009, que contempla como un “ajuste razonable”, -en aplicación de la Convención-, la exoneración a una persona con discapacidad de los requisitos académicos para la obtención de una beca establecidos en la convocatoria¹⁴ .

14 Esta Sentencia ha sido comentada por PEREZ BUENO, Luis Cayo, “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, en PEREZ BUENO, Luis Cayo (ed.), 2003-2012: Diez años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España, Madrid, Cinca, 2012, págs. 180-181. 4. Cfr. CERDÁ, Carmen, “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación”, en Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, 50-51 (2005), págs. 193-218.

En nuestro Derecho interno, el modelo social fue reconocido ya con anterioridad a la aprobación de la Convención con la ley 51/2003 de 2 de diciembre. Pero hoy la norma básica en materia de discapacidad es el Real Decreto Legislativo 1/2013 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Se trata de un proyecto que unifica toda la normativa existente en la materia y establece que la discapacidad debe estar contemplada en todas las actuaciones políticas y por todas las administraciones.¹⁵

Esta ley refunde, aclara y armoniza en un único texto, las principales leyes en materia de discapacidad como son: la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad (LISMI), la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU), y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Esta tarea de refundición ha tenido como referente principal la mencionada Convención Internacional.

La norma recoge una serie de definiciones, incluidas las de discriminación directa, indirecta, por asociación y acoso, y refuerza la consideración especial de discriminación múltiple. Y se rige por los principios de respeto a la dignidad, a la vida independiente, igualdad de oportunidades, no discriminación, accesibilidad universal, diseño para todas las personas, diálogo civil y transversalidad de las políticas. Se reconoce también expresamente que el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realiza de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones.

Según señala el preámbulo, las personas con discapacidad constituyen un sector de población heterogéneo, pero que todas tienen en común que, en mayor o menor medida,

¹⁵ Esta adaptación era necesaria debido a la ratificación por parte de España de la Convención Internacional Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 2007 y su entrada en vigor el 3 de mayo de 2008.

precisan de una protección singularizada en el ejercicio de los derechos humanos y libertades básicas, debido a las necesidades específicas derivadas de su situación de discapacidad y de pervivencia de barreras que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás personas, además reconoce a las personas con discapacidad como titulares de una serie de derechos y a los poderes públicos como los garantes del ejercicio real y efectivo de esos derechos, de acuerdo con lo previsto en la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad. Y establece el régimen de infracciones y sanciones que garantizan las condiciones básicas.

4. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y ACCIONES POSITIVAS

La Constitución Española incorpora, en su artículo 9.2, un mandato a los poderes públicos de llevar a cabo actuaciones positivas para promover la libertad y la igualdad, exigencias de libertad e igualdad que se materializan en los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos; a tenor de este precepto, los poderes públicos adquieren pues el deber constitucional de realizar una “política de derechos fundamentales”¹⁶, adoptando todas las medidas necesarias para asegurar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales por los particulares y asumiendo una posición

¹⁶ La expresión es de Ignacio de Otto: cfr. “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en MARTIN RETORTILLO, Lorenzo - DE OTTO, Ignacio, Derechos fundamentales y Constitución, Madrid, Civitas, 1988, págs. 163-170.

activa en la creación de las condiciones que lo hagan posible.

En otras palabras, parece evidente que no es suficiente la garantía de la igualdad formal, sino que el Derecho ha de encaminarse a la consecución de una cierta igualdad material, es decir, real y efectiva, sobretodo por dos razones: 1) No todos los seres humanos resultan igualmente favorecidos en la “lotería natural”, 2) Existen situaciones de desigualdad y discriminación perpetuadas a lo largo de la Historia. Por tanto, queda claro que el Derecho ha de tener como objetivo la consecución de una efectiva igualdad de oportunidades, que se da cuando el Derecho garantiza a todos los individuos las mismas oportunidades de desarrollo personal. Lo que por otro lado significa que el Derecho ha de prestar particular atención a los colectivos particularmente vulnerables que han sido históricamente discriminados.

¿Qué instrumentos utiliza el derecho para la garantía de la igualdad material?

Pues básicamente utiliza dos. Por un lado las medidas de reasignación de recursos. Esto es, las administraciones obtienen más ingresos de personas con mayor capacidad económica y asignan recursos a las personas con menor capacidad económica, realizando por tanto, una redistribución de la riqueza (arts, 31 y 40 CE). Y en segundo lugar las medidas de acción positiva: todas aquellas medidas destinadas a prestar un apoyo específico a determinados grupos sociales desfavorecidos, para así lograr la igualdad real. Es una estrategia temporal destinada a remover situaciones, prejuicios, comportamientos y prácticas culturales y sociales que impiden a un grupo social minusvalorado o discriminado (en función de la raza, sexo, situación física de minusvalía, etc.), alcanzar una situación real de igualdad de oportunidades.

Pero las acciones positivas surgen generando debate, ya que suponen una “excepción” al principio de igualdad general. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desarrollado una extensa jurisprudencia en torno al principio de igualdad de trato, especialmente en relación con la discriminación por razón de sexo que puede sintetizarse en los siguientes aspectos:

- - El principio general es el de igualdad de trato, principio que, por su propia naturaleza, no puede tener carácter absoluto y, en consecuencia, puede admitir excepcionalmente la existencia del trato distinto siempre que esté justificado en criterios de objetividad y proporcionalidad.
- - Las excepciones al principio de igualdad de trato, por constituir una excepción a la regla general, no pueden ser interpretadas extensivamente sino en sentido restrictivo.
- - En el terreno de la promoción profesional, las acciones positivas se concretan de la siguiente manera: en una escala profesional determinada, a igualdad de curriculum profesional, se preferirá al sexo menos representado.

En la cumbre de Ámsterdam se acordó incluir también en la reforma del Tratado de la Unión Europea (TUE) un artículo posibilitando estas medidas de acción positiva como medidas que, pese a otorgar un trato diferente, no podían ser consideradas como discriminatorias ni vulneradoras del derecho a la igualdad. Se podría decir que, el derecho comunitario permite que los países de la Unión Europea adopten determinadas "acciones positivas" que pueden poner en práctica los Estados miembros o empresas.

Pero el verdadero problema que plantean estas medidas de acción positiva, como ya hemos dicho, es que normalmente comportan una diferencia de trato en detrimento de las personas que no pertenecen a esos grupos, que en algunas ocasiones puede traducirse incluso en un perjuicio individualizado, (por eso éste tipo de medidas han sido denominadas también como de “discriminación inversa”). Significa que éste tipo de medidas causan un problema sobretodo de justificación, y debe entenderse que quedan justificadas por el fin de lograr la igualdad material, justificación que se encuentra en el artículo 9.2 CE, como ha señalado el Tribunal Constitucional, pero se exigen 2 condiciones, en primer lugar, que en el ámbito en el que se produce la misma medida de acción positiva o de discriminación inversa exista una situación real de desventaja del

grupo en favor del cual se aplica la medida, bien por razones objetivas o bien por razones históricas de discriminación, y en segundo lugar que la medida pueda ser idónea para la corrección de esa desventaja real. Un ejemplo sería la exención de tasas universitarias para las personas con discapacidad.

A parte de esto esto, habría que mencionar otras medidas de acción positiva que, al no resultar necesarias para el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales tal y como aparecen formulados por la Constitución, pertenecerían al ámbito de libre discrecionalidad del legislador, sin que puedan considerarse obligatorias desde la óptica constitucional. Pertenecería a esta segunda categoría de acciones positivas “libres” por ejemplo, la reducción de tasas a las personas con discapacidad para el acceso a museos o establecimientos culturales, medida que, entre otros títulos constitucionales, encontraría cobertura en el derecho al acceso a la cultura a que se refiere el artículo 44.1 CE, que sin embargo no es un derecho fundamental en nuestro sistema constitucional. Naturalmente, en la medida en que tales acciones positivas “libres” sean establecidas por el legislador, configurarían derechos subjetivos de los particulares en los términos de su regulación legislativa.¹⁷

Resulta necesario saber que el principio de igualdad y la prohibición de discriminación vinculan no sólo a los poderes públicos sino también a los particulares. En cambio, la consecución de la igualdad material constituye tan sólo un mandato dirigido a los poderes públicos, por lo que los particulares no se encuentran obligados a adoptar medidas de acción positiva, salvo que estén establecidas legalmente. Esto convierte en una cuestión ciertamente relevante ser capaces de delimitar cuándo nos encontramos ante un problema de igualdad formal o igualdad material, y diferenciar entre un ajuste razonable y una medida de acción positiva, lo cual puede ser muy complejo. Tampoco se prevé la adopción de acciones positivas específicas con vistas a promover la oferta de bienes y la prestación de servicios a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos.

17 He tomado la explicación de A.Luis MARTINEZ PUJALTE, “Discapacidad y derechos fundamentales” 2014, cit. pág.6.

El concepto de «ajuste razonable» reconoce el hecho de que, para algunas personas con discapacidad, la igualdad de trato puede suponer de hecho una discriminación y que la igualdad sólo puede hacerse realidad si se prevén mecanismos de acondicionamiento que permitan a estas personas superar las barreras, por ejemplo, mediante adaptaciones del lugar de trabajo, los equipos o los métodos de trabajo, pues las normas de accesibilidad y el planteamiento de diseño para todos desempeñan un papel decisivo en este sentido. La legislación, por lo tanto, establece un «marco equitativo» de cara a la adopción de normas de accesibilidad, lo que beneficia tanto a las empresas como a los consumidores.

Para clarificar el concepto de acción positiva, puede ser interesante referirse a un caso en el que se contempla una acción positiva en favor de personas con discapacidad, concretamente la reserva de plazas en el acceso a la función pública. Se trata de caso resuelto por la Sentencia de Tribunal Constitucional 269/1994, de 3 de octubre.

Esta es la SENTENCIA DEL TC 269/1994:

Como es sabido, en esta sentencia se resuelve un recurso de amparo en el que la actora, había superado la prueba para acceder a un puesto de trabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, es removida en su derecho para adjudicarle la plaza a otro opositor que aunque con menor puntuación, se encontraba dentro del supuesto especial para el que se reservan seis plazas a personas con más del 33 por ciento de minusvalías físicas, psíquicas o sensoriales¹⁸.

Según la demandante, la resolución ha violado los artículos 14 y 23.2 de la Constitución Española, puesto que se ha incurrido en una diferenciación de trato, que al margen de

¹⁸ Base 12ª, de la Orden de 17 de julio de 1989, de la Consejería de Presidencia de la Comunidad Autónoma de Canarias, por la que se convocaba concurso oposición para cubrir 189 plazas de Administradores Generales (cuerpo superior de Administradores de la Comunidad Autónoma). Dicha base disponía que la reserva de seis plazas para aquellas personas afectadas por una deficiencia física, psíquica o sensorial superior al 33 por 100 de minusvalía; siempre que superasen las pruebas selectivas en igualdad de condiciones a los demás aspirantes.

los principios de igualdad en el acceso a la función pública en atención al mérito y la capacidad acreditados, se basa en una condición de la persona (discapacidad) que pone en inferioridad a aquellas personas que aún obteniendo una calificación superior, no están afectadas por una discapacidad.

Cabe decir que, son dos las cuestiones principales del litigio: De una parte, si el criterio seguido por la Administración ha incurrido en una discriminación al favorecerse a unos aspirantes frente a otros por razones de condición personal, y de otro, si se han vulnerado los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública.

El primero de los problemas resuelve el TC en base a su jurisprudencia sobre la igualdad material en la constitución. De acuerdo con ésta, el artículo 14 prohíbe la discriminación, pero no, la diferenciación. No se excluye que los poderes públicos otorguen tratamientos diversos a situaciones distintas¹⁹. Queda claro por tanto, que la discapacidad puede constituir una causa real de discriminación. El hecho de tratarse de un factor de diferenciación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados (personas con discapacidad) ha hecho que se hayan legitimado medidas promocionales de igualdad de oportunidades de las personas afectadas por discapacidad. Dichas medidas han sido adoptadas para procurar la igualdad de personas que se encuentran de partida en condiciones desfavorables. Por ello, concluye en Tribunal, que la reserva de dichas plazas no vulnera el artículo 14 de la CE y cumple con el mandato del artículo 9.2 CE.

En cuanto al segundo problema, como es la vulneración de los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública, el tribunal es tajante: La condición física, psíquica o sensorial no se puede considerar “mérito” para el acceso a la función pública. Los sujetos favorecidos por la reserva de las plazas deben también acreditar su aptitud para el desempeño y desarrollo de las actividades asegurándose así la eficacia en la gestión de los intereses generales. Lo que queda totalmente acreditado, pues los

¹⁹ El profesor GARCÍA MORILLO señala que la cláusula de igualdad ante la Ley no impide, otorgar un trato desigual a diferentes colectivos o ciudadanos siempre que se den las siguientes condiciones: «*en primer lugar, que esos ciudadanos o colectivos se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; en segundo lugar, que el trato desigual que se les otorga tenga una firuilidad; en tercer lugar, que dicha finalidad se razonable.* LÓPEZ GUERRA, E. ESPÍN, GARCÍA MORILLO, PÉREZ TREMPs y SATRÚSTEGUI, *Derecho Constitucional V. I.* Edit. Tirant Blanch, Madrid 1991, pág. 151.

aspirantes a dichas plazas deben superar en iguales condiciones a los demás las pruebas de acceso impuestas por la administración.²⁰

En este apartado hemos completado la explicación del principio Constitucional de igualdad con la referencia a la igualdad material, y a las medidas de acción positiva como principal mecanismo para la consecución de la igualdad material. Hemos examinado los problemas de justificación que presentan las acciones positivas, y hemos puesto de relieve que éstas solo son exigibles a los poderes públicos y no a los particulares. Concluido pues el análisis del principio de igualdad, preciso referirse a su posible colisión con el derecho de admisión en establecimientos privados, cuestión particularmente relevante para nuestro caso.

5. EMPRESAS PRIVADAS VS DERECHO DE ADMISIÓN

Algo que es de interés examinar es si las concretas medidas de acción positiva que puedan adoptarse en favor de las personas con discapacidad pueden considerarse obligatorias para los poderes públicos, y son, por tanto, exigibles por los particulares. Pues bien, en la medida en que el principio de igualdad de oportunidades definido por el artículo 9.2 se proyecta en el ejercicio de los derechos fundamentales, debe concluirse que serán obligatorias, y, en consecuencia, jurídicamente exigibles, las medidas de acción positiva que resulten necesarias para asegurar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales.

²⁰ Sobre las pruebas de acceso en relación a los principios de mérito y capacidad, cabe citar también la sentencia del Tribunal Constitucional 293/93, de 18 de octubre, así como: 353/93 de 25 de noviembre, 363/93, de 13 de diciembre, 185/94, de 20 de junio.

Acerca del derecho de admisión existe una abundante regulación jurídica, encontramos una normativa estatal y una normativa autonómica, la normativa estatal se encuentra regulada en el Real Decreto 2816/1982, de 27 agosto.²¹

Por lo que respecta a la Normativa autonómica, a pesar de la normativa estatal, la competencia sobre espectáculos fue asumida por algunas CCAA no sujetas al apartado 2 del art. 148 CE, como fueron Cataluña, País Vasco, Galicia, Andalucía, Canarias, Valencia y Navarra²².

Concretamente en la Comunidad Valenciana debemos fijar nuestra atención a la Ley 2/1991, de 18 febrero²³, por el que se regula el derecho, la reserva y el servicio de admisión en los establecimientos públicos destinados a la realización de espectáculos públicos y actividades recreativas.

Por lo que respecta a la aplicación práctica de la normativa, las irregularidades que más se producen de forma general en los locales, son protagonizadas por los porteros de las discotecas o bares musicales. Aquí se suele prohibir la entrada o discriminar haciendo pagar previamente el precio de consumición, aunque en algunas ocasiones se llega incluso a extremos donde la entrada no se permite como consecuencia del origen étnico, inmigrante, tipo de ropa, calzado, etc. \

21 Por el que se aprueba el Reglamento general de Policía de espectáculos y actividades recreativas. Su antecedente, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 no precisaba nada al respecto (art. 17.1). Pero en cambio el Decreto 231/65 de 14 enero por el que se aprueba el Estatuto Ordenador de las empresas y actividades turísticas privadas (art. 16) sí que hacía referencia a razones de moralidad, higiene, enfermedad y convivencia.

22 La competencia en materia de espectáculos fue conferida al resto de CCAA (LOTCA) y por tanto incorporada a los Estatutos de las CCAA afectadas en la reforma de los mismos realizada en 1994. En principio la competencia es estatal a tenor de la cláusula residual del art. 149.3 CE pero se ha producido la atribución de competencias a favor de las CCAA.

23 Además el Decreto 190/2001 de 11 noviembre, el Reglamento de desarrollo de la ley 4/2003 de 26-2-2003, de la Generalitat de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos (arts. 129 y ss), así como el Decreto 197/2008, de 5 diciembre, del Consell.

No es mi intención realizar un tratamiento excesivamente pormenorizado que nos conduzca a confusión, sino el hacerlo con una brevedad, no exenta de precisión normativa y terminológica, que nos ayude a una exacta comprensión de un tema que nunca deja de estar de actualidad. Me parece también necesario destacar que hay algunos colectivos a los que afecta muy especialmente la reserva del derecho de admisión (gays, extranjeros, minusválidos, etc.)

Es muy importante decir que según la normativa el derecho de admisión se ejercerá siempre con respeto a la dignidad de las personas y a sus derechos fundamentales, sin que en ningún caso se produzca discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Ahora bien, amparados por el artículo 24 de la ley de derecho de admisión, los titulares de establecimientos y los organizadores de espectáculos o actividades recreativas o personas en quienes deleguen podrán ejercer el derecho de admisión, en el momento de la entrada.

Por lo tanto, según dicha ley, cualquier propietario de un establecimiento público puede ejercer su derecho de admisión, es decir, decidir quién entra y quién no en su local, siempre que se respete el principio de no discriminación, por razón de raza, religión, sexo, condición social, nacionalidad, etc, y siempre que no se lleve a cabo una conducta arbitraria o improcedente, lo cual produciría una actuación discriminatoria.

Recopilando la normativa y jurisprudencia expuesta anteriormente resulta que el derecho de admisión se configura como una facultad de los titulares de establecimientos públicos, actividades recreativas y espectáculos públicos, cuyo ejercicio encuentra un límite inquebrantable en los principios básicos de igualdad y prohibición de discriminación del artículo 14 de la CE. Así, vulnera este derecho fundamental impedir la entrada a minusválidos²⁴.

Francisco Bastilla, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

²⁴ En este sentido, la Sentencia de la AP de Oviedo nº 370, de la Sección de la Sala de lo Penal, de 13 de noviembre de 2000.

no se anda con medias tintas y dice que: "El derecho de admisión de un establecimiento público no puede vulnerar derechos fundamentales ni crear situaciones discriminatorias".²⁵ Sin embargo, esta normativa ha servido de amparo a muchos propietarios para enmascarar los distintos indicios de la exclusión social actual. Como hemos dicho, la legislación vigente prohíbe expresamente las condiciones específicas de admisión que supongan "discriminación o trato desigual" al igual que las normativas regionales, contienen cláusulas similares. Es decir, vetan específicamente, los puntos que marginen a personas con discapacidad física, psíquica o sensorial.

"Este es un tema sensible y complejo puesto que hace colapsar el derecho del empresario de establecimientos de acceso público a garantizar el orden, la seguridad y la tranquilidad de los que usan el establecimiento, al mismo tiempo que se protege al cliente de situaciones de desigualdad o ataque a la dignidad y a la integridad de la persona. Por lo tanto, en el reglamento se exige un juicio de proporcionalidad en su aplicación", aclara Rafael Murillo, profesor de Derecho Constitucional de la universidad madrileña CEU-San Pablo.

"Las empresas no pueden poner las reglas que quieran para decidir quién entra y quién no, porque el local está abierto al público por tanto, se debe respetar ante todo la igualdad". Por tanto, en aquellos casos en los que el usuario vea vulnerados sus derechos al no permitirse su entrada sin causa justificada deben ser denunciados, esto es, cualquiera debería poder disponer de sus servicios salvo que tenga una conducta violenta o no cumpla la normativa interna de la empresa, entre otras cuestiones. Si no se permite pasar a una persona por su aspecto físico u otras razones que no se atienen a la legalidad, habría que pedir una hoja de reclamaciones a la empresa", puesto que será considerado como un hecho discriminatorio explica Ruben Sánchez, portavoz de Facua Consumidores en Acción.²⁶

Es momento de poner una visión jurídica y analítica, sin vueltas, sobre un tema que nos

25 <http://www.zoomnews.es/51723/actualidad/sociedad/asalsido-denuncia-trato-discriminatorio-hotel-almeriense-que-se-nego-admit...>

26 FACUA, Consumidores en Acción es una organización no gubernamental, sin ánimo de lucro, dedicada desde sus orígenes, en 1981, a la defensa de los derechos de los consumidores.

atañe a todos. Un establecimiento abierto al público no puede negar el acceso o la permanencia a las personas de forma caprichosa o arbitraria. Sino que dicha prohibición deberá estar basada en algunos de los motivos contenidos en las normas anteriormente citadas en relación al derecho de admisión, dónde se contienen de forma explícita los únicos motivos por los que podrá ser negado el acceso a los usuarios.

Pero desde hace algún tiempo se viene poniendo en duda el verdadero alcance de este derecho que suele aparecer como *reservado* y se invoca para denegar el acceso a locales públicos a determinadas personas por motivos diversos que tienen que ver con la apariencia y con la condición personal. En primer lugar, veo conveniente afirmar como punto de partida, que no es cierto que exista un ilimitado y reservado derecho de admisión, cuyo ejercicio sea discrecional –o arbitrario– para los titulares del establecimiento o local público al que se pretenda acceder, lo cual puede producir de forma continua situaciones discriminatorias.

El derecho a acceder a los establecimientos abiertos al público debe asistir por igual a todos los ciudadanos –nacionales o extranjeros– sean residentes o turistas. Es decir, un establecimiento abierto al público no puede negar nunca el acceso o la permanencia a las personas de forma caprichosa o arbitraria. Es posible que algunos establecimientos públicos establezcan una serie de normas de ingreso, de conducta en el interior del local, o incluso de indumentaria apropiada para los mismos. En estos casos, el incumplimiento de dichas normas sí puede conllevar la denegación del ingreso en el local o la expulsión (que siempre deberá ser pacífica y nunca violenta). Pero lo que no puede tener cabida es que, cumpliendo todas las normas a las que me acabo de referir, se deniegue el ingreso aduciendo una suerte de derecho reservado de admisión que aparece totalmente desdibujado y tergiversa su verdadero significado y alcance constitucional.²⁷

En efecto, no es posible invocar ese derecho de admisión de forma caprichosa o creativa, sino que solamente podrá tener cabida ese derecho de admisión, si realmente concurren causas de inadmisión derivadas de la propia naturaleza y características de cada establecimiento.

²⁷ He tomado la explicación de David BALBUENA PÉREZ, 8 minutos de lectura “Sobre el derecho de admisión” <https://ejemplar.com/actualidad/sobre-el-derecho-de-admision>.

Lo que sí tiene rango constitucional es el derecho fundamental a la igualdad, a la no discriminación por razón de sexo, raza, religión, apariencia, y son nulos de pleno Derecho los actos jurídicos que se funden en motivos xenófobos, antisemitas, homófobos o en cualquier otra clase de discriminación que atente contra el derecho a la igualdad de las personas. El derecho de admisión, por tanto, nunca podrá invocarse para denegar el ingreso o impedir la permanencia en un establecimiento público, si los motivos son de raza, sexo, color de piel, religión, dimensiones del cuerpo, forma de vestir, orientación sexual, ideología política, discapacidad, invidencia, sordera, etc., o cualquier otra causa que implique trato desigual, arbitrario y discriminatorio.

No hace mucho se debatió en el Congreso de los Diputados un proyecto de ley contra todo tipo de discriminación (que no era más que una proclamación clásica del derecho a la igualdad que incorporaba el modelo existente en todos los sistemas americanos y europeos) pero que finalmente fue rechazado. No obstante, no es necesaria la existencia de una norma específica como esa para hacer valer el derecho a la igualdad y a la no discriminación, pues estos derechos –que son fundamentales–, ya están reconocidos en la Constitución, nada menos que en el Capítulo III, rubricado «*De la igualdad*», del Título II, que lleva por rúbrica «*De los derechos, de los deberes y de las garantías*», de la Primera parte, rubricada «*De las declaraciones fundamentales, de los derechos, de los deberes y de las garantías*». En concreto son los artículos 46 a 48, aunque considero que el más relevante es el artículo 49, este artículo dice: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.”²⁸

Por tanto, necesitamos establecer con claridad un valor esencial que debe existir en cualquier sociedad democrática que tenga unas mínimas pretensiones de serlo de verdad: como son la igualdad de trato y el fortalecimiento de los derechos fundamentales. Esto es, la autonomía privada no puede ser un valor absoluto, sino que

²⁸ He tomado la cita de Leyes Políticas del Estado, edición 2010, de 16 de julio, civitas, página 64.

debe ceder ante un valor superior (como es la desaparición de la discriminación) que requiere la implicación de todos los integrantes del conjunto social. Si invertimos la importancia, estaremos también invirtiendo los intereses que hay en juego y estaremos poniendo en riesgo las más importantes y elementales conquistas de la civilización.²⁹

Por dar una respuesta clara y concisa a este apartado del trabajo hemos de dejar claro que, siempre deberán prevalecer los valores superiores como son el respeto a la integridad y la igualdad de las personas frente a la autonomía privada, como puede ser el derecho de admisión.

6. CONCLUSIÓN

A partir de los argumentos que se han venido exponiendo a lo largo del trabajo, es el momento de dar una respuesta al caso planteado al inicio de estas páginas. Para ello sintetizaremos nuestra respuesta en tres conclusiones principales:

1. No es conforme a Derecho la denegación a una persona del acceso a un establecimiento privado abierto al público, sea de la naturaleza que sea, incluidos establecimientos hoteleros, locales de ocio, etc. únicamente por razón de su discapacidad. La explicación la encontramos en el principio de igualdad, en el principio de no discriminación, en el derecho de admisión, etc, lo que quiero decir con esto es que, siempre y sin excepción alguna, debe prevalecer el respeto y la igualdad frente a intereses privados.

No obstante, puede haber casos en que el trato desigual por razón de discapacidad se encuentre justificado y no resulte, por tanto, discriminatorio. Un buen ejemplo sería el caso en que se deniega el acceso a una persona con discapacidad porque su entrada supondría un peligro para su integridad por

²⁹ He tomado la explicación de BALBUENA PEREZ, David “Sobre el derecho de admisión” pág. 2 www.ejempl.com

motivos de seguridad. En el caso planteado al inicio de estas páginas, si la denegación del acceso a la fiesta a los usuarios de APSA se hubiese producido únicamente porque se trataba de personas con discapacidad, entonces sí se habría producido una situación contraria a Derecho, y además se hubiera tratado de un supuesto sancionable según recoge la normativa estatal sobre los derechos de personas con discapacidad, en sus últimas disposiciones, concretamente en la disposición adicional séptima y siguientes.

2. Por otro lado, no existe obligación alguna de eximir del precio de entrada a las personas con discapacidad en establecimientos privados de ocio abiertos al público. Si nos referimos a los motivos, debemos señalar que, la exención de ese precio constituiría una medida de acción positiva, y dichas medidas como ya hemos visto, sólo son obligatorias para los Poderes Públicos; además en cuanto que entra en relación con un ámbito como es el ocio, que no es objeto de ningún derecho fundamental reconocido por la Constitución, una medida de acción positiva de esa naturaleza tampoco sería obligatoria para los poderes públicos. Por tanto, si en el caso planteado la denegación de acceso a la fiesta se produce porque los usuarios de APSA no han pagado la entrada, se habría tratado de una conducta ajustada a Derecho, y por tanto no discriminatoria.
3. No obstante, tal y como sucedieron los hechos en este caso, la impresión que se puede tener es que la dirección del hotel provocó deliberadamente que se produjera la situación conflictiva a la entrada de la fiesta.

Lo que quiero decir con esto es que, en todos los contactos previos de APSA con el hotel, en ningún momento el hotel facilitó información alguna sobre el precio de entrada ni se le dio la oportunidad de pagarlo, trasladando por el contrario a los técnicos que no habría problema alguno en su participación en la fiesta, para finalmente, en el momento de la entrada, denegarles el acceso por no haber pagado un precio que desconocían. Es decir, no se les dio la oportunidad de pagar el precio en igualdad de condiciones que a las demás personas. Si una investigación más completa permitiera acreditar que esta fue exactamente la situación, nos encontraríamos ante una discriminación por razón de discapacidad en los mismos términos y con las mismas consecuencias que se han señalado en el apartado primero.