

Clínica Jurídica de Derechos Humanos Javier Romañach
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid

INFORME SOBRE MINISTERIO FISCAL Y ACCESIBILIDAD

Clínica Jurídica sobre Derechos Humanos Javier Romañach
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid

Getafe, febrero de 2019

El presente informe se ha realizado dentro de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos Javier Romañach, sección de Discapacidad, del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, en el marco de los proyectos "Madrid sin barreras: discapacidad e inclusión social en la Comunidad de Madrid" (S2015/HUM-3330) financiado por la Comunidad de Madrid y "Diseño, accesibilidad y ajustes. El eje de los derechos de las personas con discapacidad" (DER2016-75164-P) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, dentro del Convenio de colaboración entre CERMI y la Clínica Jurídica de la Universidad Carlos III de Madrid.

El informe tiene como objetivo concretar cuál es el papel del Ministerio Fiscal en cuestiones de accesibilidad. En otras palabras, saber si el Ministerio Fiscal puede actuar contra la discriminación de personas con discapacidad en el caso de que alguna institución (ya sea pública o privada), no garantice a las personas con discapacidad la accesibilidad necesaria.

Este programa Clínico ha sido dirigido por Rafael de Asís, siendo tutora María del Mar Rojas Buendía. La Clínica se ha realizado en el campus de Getafe y han participado Alvaro López de Ochoa, Laura Moyo Sánchez de la Morena, Luis Novillo Dones, Sharon Okunrobo Pérez, Victoria Elena Pérez Martínez, Blanca Sáenz de Cabezón Fernández y Sandra Sastre García.

En el desarrollo del programa también han colaborado María del Carmen Barranco, Patricia Cuenca, Irene Vicente y Alana Carvalho profesoras y tutoras de la Clínica.

INDICE

- 1.- Introducción: Discapacidad y derechos humanos**
- 2.- Sobre la accesibilidad**
 - 2.1.- El significado de la accesibilidad**
 - 2.2.- La naturaleza jurídica de la accesibilidad**
 - 2.3.- El incumplimiento de la obligación de accesibilidad**
- 3.- Concepto y Funciones del Ministerio Fiscal.**
 - 3.1.- La promoción del interés público y la garantía de los derechos**
 - 3.2.- La promoción del interés social y la protección de los consumidores y usuarios**
 - 3.3.- Las diligencias preprocesales**
- 4.- El papel del Ministerio Fiscal ante la falta de accesibilidad**

1.- Introducción: Discapacidad y derechos humanos

La Constitución española (CE) señala, en su artículo 49, que: “*Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, 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*”.

Por su parte, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), vigente en España desde mayo de 2008, reconoce en su preámbulo, que “*la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”. Al tiempo, se reafirma que “*la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación*”.

La CDPD supone la incorporación definitiva de la discapacidad en el discurso de los derechos algo que, aunque nos pueda parecer obvio, no lo ha sido en la historia y además, posee una importante trascendencia; implica un cambio fundamental en la

consideración de las demandas y pretensiones de las personas con discapacidad que se constituyen en auténticos derechos.

El enfoque de derechos humanos posee importantes implicaciones entre las cuales, destacaremos aquí cuatro: a) la superación del enfoque asistencial; b) la especial resistencia; c) su campo de conflicto.

Superar el enfoque asistencial implica que los derechos pasan de ser objeto de políticas asistenciales, sujetas a voluntades políticas, disponibilidades presupuestarias y solidaridad social, a auténticos derechos directamente exigibles en vía judicial. La especial resistencia tiene que ver, por un lado con su consideración como criterios de validez (toda norma, decisión o acto que contradiga derechos de las personas con discapacidad, ya sea realizado por una instancia pública o privada, no puede ser considerada como válida), y por otro, con la existencia de mecanismos de garantía especiales. Por último, el campo de conflicto de los derechos, esto es, con quienes compiten en igualdad de condiciones y en este sentido, pueden verse limitados, son otros derechos o bienes fundamentales.

La CDPD subraya, en su artículo 1.b), la obligación de los Estados firmantes de ese convenio de defender y promocionar las oportunidades de desarrollo personal, social y laboral de las personas con discapacidad. Para ello, obliga a utilizar todos los mecanismos disponibles, ya sean medidas legales como tal, normativas de cualquier rango o actos administrativos (art. 1.a) CDPD).

Por su parte, el artículo 26 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece: *“La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”*.

2.- Sobre la accesibilidad

2.1.- El significado de la accesibilidad

El artículo 9 de la CDPD sobre los derechos de las personas con discapacidad se refiere a la accesibilidad universal afirmando: *“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”*.

Así, la lectura de este artículo parece relacionar la accesibilidad con una serie de ámbitos: entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, y otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público. Y es muy habitual concebir así la accesibilidad.

En este sentido, el artículo 22,1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de

las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPD), señala: “*Las personas con discapacidad tienen derecho a vivir de forma independiente y a participar plenamente en todos los aspectos de la vida. Para ello, los poderes públicos adoptarán las medidas pertinentes para asegurar la accesibilidad universal, en igualdad de condiciones con las demás personas, en los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, así como los medios de comunicación social y en otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales*”. Y algo parecido se dispone en las legislaciones autonómicas.

Así por ejemplo, la Ley 13/2014, de 30 de octubre, de accesibilidad de Cataluña, señala en su art. 1, que el objeto de la Ley es: “*Establecer las condiciones de accesibilidad necesarias para que los espacios de uso público, los edificios, los medios de transporte, los productos, los servicios y los procesos de comunicación garanticen la autonomía, la igualdad de oportunidades y la no discriminación de las personas con discapacidad o con otras dificultades de interacción con el entorno*”. Y el artículo 3,1 a) define la accesibilidad como: “*el conjunto de condiciones de comprensibilidad y usabilidad que deben cumplir el entorno, los espacios, los edificios, los servicios, los medios de transporte, los procesos, los productos, los instrumentos, los aparatos, las herramientas, los dispositivos, los mecanismos y los elementos análogos para que todas las personas puedan utilizarlos y disfrutarlos con seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible*”. También el art. 1 de la Ley 10/2014, de 3 de diciembre, de accesibilidad de Galicia, señala: “*La presente ley tiene por objeto garantizar a las personas con discapacidad la igualdad de oportunidades en relación con la accesibilidad universal y el diseño para todos respecto a los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como en relación con los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, de modo que los mismos se hagan comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas, en igualdad de condiciones de seguridad y comodidad y de la manera más autónoma y natural posible*”. Y el art. 3, de este mismo cuerpo normativo, define la accesibilidad así: “*conjunto de características que tienen que reunir los entornos, procesos, productos y servicios, así como los objetos e instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles y utilizables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible*”. Y por citar un último ejemplo, el artículo la Ley 8/2017, de 3 de agosto, de accesibilidad universal de las Illes Balears, señala: “*Esta ley tiene por objeto garantizar la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal para permitir la autonomía personal de todas las personas y, particularmente, de las personas con discapacidad, a fin de que puedan interactuar de manera plena y efectiva respecto del acceso y la utilización de los espacios de uso público, de las edificaciones, de los transportes, de los productos, de los servicios, de la información y de las comunicaciones*”.

Desde esta perspectiva, la accesibilidad se constituye en un requisito de bienes y servicios y, consecuentemente, en un derecho estrechamente relacionado con la protección de consumidores y usuarios. La falta de accesibilidad de un bien o un

servicio imposibilita su uso y supone una clara violación de los derechos de los consumidores y usuarios.

Y es que las normas sobre accesibilidad se proyectan sobre prácticamente los mismos objetos que las normas sobre consumidores y usuarios: productos, servicios... Un buen ejemplo de ello lo constituye la definición de producto del art. 6 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (LGDCU), como todo bien mueble conforme a lo establecido en la legislación civil, coincidente con la mantenida en las legislaciones autonómicas sobre accesibilidad (por ejemplo en la Ley 13/2014, de 30 de octubre, de accesibilidad de Cataluña, artículo 22).

La falta de accesibilidad es normalmente concebida como una infracción muy grave tanto por la legislación estatal (art. 95.4 de la LGDPD), como por la autonómica (por ejemplo, art. 22 de la Ley 13/2014, de 30 de octubre, de accesibilidad de Cataluña o el art. 50 de la Ley 10/2014, de 3 de diciembre, de accesibilidad de Galicia; art. 44 de la Ley 4/2017, de 27 de junio, de accesibilidad universal de la Región de Murcia; art. 53 de la Ley 8/2017, de 3 de agosto, de accesibilidad universal de las Illes Balears).

Pero es importante subrayar como esa falta de accesibilidad constituye también una discriminación. Y no hay que pasar por alto que el art. 49.1, m) de la LGDCU, señala, como infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios: "*Las conductas discriminatorias en el acceso a los bienes y la prestación de los servicios, y en especial las previstas como tales en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*".

Pero más allá de este primer sentido de la accesibilidad, el artículo 9 de la CDPD hace mención a otros tres grandes derechos que sirven para justificar la accesibilidad y que permiten ampliamente su proyección. Se trata de la vida independiente, de la participación en la vida social y de la igualdad de oportunidades.

De esta forma, la accesibilidad se convierte también en un requisito para la satisfacción de cualquier derecho; un derecho no accesible no puede ser ejercido. Desde este sentido, la accesibilidad no se proyecta ya sobre bienes, productos o servicios, sino sobre los derechos.

Un ejemplo de lo anterior viene de la mano el derecho de acceso a la justicia. El derecho de las personas con discapacidad a tener acceso a la justicia implica que estas personas tienen derecho a participar en igualdad de condiciones que las demás en el sistema de justicia en su conjunto. Esta participación adopta muchas formas y comprende el hecho de que las personas con discapacidad puedan intervenir en calidad de demandantes, víctimas, acusados, jueces, jurados y abogados, por ejemplo, como parte de un sistema democrático que contribuya a la buena gestión de los asuntos públicos. Pues bien, no cabe duda de que si este derecho no es accesible (en el sentido de eliminar las barreras físicas, cognitivas y actitudinales) no podrá ser satisfecho. De esta forma, en la actualidad se está prestando especial atención a esta proyección. Sirvan como ejemplo la Ley de Cantabria 9/2018, de 21 de diciembre, de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad que establece "Medidas en

el acceso a la Justicia", de tal modo que en el Artículo 37 exige a la Administración de la Comunidad Autónoma, la promoción de la igualdad de oportunidades efectiva en el acceso a la Administración de Justicia mediante medidas que aseguren la accesibilidad; o la Ley Foral 12/2018, de 14 de junio de Navarra, de Accesibilidad Universal, que establece en el artículo 49 las Condiciones de accesibilidad en la Administración de Justicia.

La doctrina ha hablado así de un sentido restringido de accesibilidad y de un sentido amplio. El sentido restringido de la accesibilidad, que se proyecta sobre "productos, entornos, programas y servicios", supone "*el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales*". Se trata de un sentido claramente conectado con la protección de consumidores y usuarios. El sentido amplio de la accesibilidad supone el acceso a todos los bienes y derechos y se fundamenta en la vida independiente, en la participación en la vida social y en la igualdad de oportunidades; conecta con la idea de capacidad, y subraya su dimensión como posibilidad o, si se quiere como derecho a tener derechos.

En todo caso, la accesibilidad posee además diferentes proyecciones que pueden ser entendidas indistintamente como partes de un mismo eje (el eje de la accesibilidad) o como contenidos de un derecho (el derecho a la accesibilidad). Este eje o derecho está compuesto por exigencias como el diseño universal (que funciona como un principio general fuente de obligaciones y derechos), las medidas de accesibilidad (medidas generales que aparecen cuando el diseño universal no se satisface de manera justificada) y los ajustes razonables (medidas individuales que surgen cuando la accesibilidad no se satisface a través del diseño o las medidas de manera justificada). Además, adquieren una importancia fundamental los apoyos y la asistencia, que pueden estar presentes en cualquiera de esos tres momentos.

Se entiende por diseño universal, "*el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado*" (art. 2 de la CDPD). El diseño universal no se expresa necesariamente en actuaciones generales, sino que puede manifestarse también como actuaciones concretas e incluso individuales. Posee un fin universal, el de la accesibilidad, pero puede instrumentarse de manera general o particular. Lo relevante del diseño es que constituye una obligación a la hora de crear productos, entornos, programas y servicios (y, como veremos, derechos). Por tanto, opera en el momento de la creación y se incumple en ese momento.

Las medidas de accesibilidad no están definidas en la Convención de manera expresa. Sin embargo, aparecen en España en la LGPD como exigencias de accesibilidad. En efecto, el artículo 63 de esta Ley, al referirse a la vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades hace referencia a los incumplimientos de las exigencias de accesibilidad, entendidas como medidas contra discriminación. Por su parte, el artículo 65 señala que son medidas contra la discriminación: "*aquellas que tengan como finalidad prevenir o corregir que una persona sea tratada de una manera*

directa o indirecta menos favorable que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable, por motivo de o por razón de discapacidad". El artículo 66 dispone que se entiende por exigencias de accesibilidad, "los requisitos que deben cumplir los entornos, productos y servicios, así como las condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas, con arreglo a los principios de accesibilidad universal y de diseño para todas las personas".

En todo caso se trata de actuaciones que tienden a corregir situaciones en las que el diseño universal no se ha satisfecho de manera justificada, esto es, porque no era posible. La medida de accesibilidad está dirigida a convertir el producto, entorno, programa, servicio y/o derechos, en utilizables o ejercibles. Las medidas de accesibilidad, al igual que el diseño, tienen como finalidad satisfacer la accesibilidad universal, y se instrumentalizan a través de medidas generales. A diferencia del diseño, las medidas de accesibilidad operan cuando ya se ha creado el producto, entorno, programa y servicio (y derecho), y se ha confeccionado, justificadamente, de manera no accesible.

La CDPD define los ajustes razonables como: "*las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*" (art. 2). Por su parte, la Ley general sobre los derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social (LGDPD), para la que los ajustes razonables son: "*las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos*" (art. 2,m.).

Se trata de dos definiciones muy similares que suelen ser citadas como equivalentes pero que se diferencian en un punto significativo: la relación de la accesibilidad con los ajustes. En efecto, la definición de la CDPD no hace referencia a la accesibilidad, que es, sin embargo, un punto crucial de la definición de la LGDPD.

En Europa será la Directiva 2000/78 de 27 de noviembre de 2000, la que los defina como: "*las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades*".

El incumplimiento injustificado de los ajustes razonables supone una auténtica discriminación. No en vano, al art. 5,3 de la CDPD señala: "*A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables*". Por su parte, el

artículo 63 de la LGDPD, establece: “*Se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, definidas en el artículo 4.1, cuando, por motivo de o por razón de discapacidad, se produzcan discriminaciones directas o indirectas, discriminación por asociación, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas*”. Este incumplimiento es considerado como una infracción grave por la normativa estatal y autonómica.

Con carácter general, los ajustes razonables adquieren su significado cuando el bien de la accesibilidad no se puede satisfacer justificadamente de manera universal, ya sea a través del diseño universal o de las medidas de accesibilidad. Se trata por tanto de medidas que poseen un carácter individual y que surgen cuando diseño universal y medidas de accesibilidad fallan. Como hemos visto, las medidas de accesibilidad también operan cuando el diseño universal no se ha cumplido de manera justificada. A diferencia de los ajustes son medidas generales.

Los apoyos y la asistencia son dos herramientas muy relevantes dentro del discurso de los derechos de las personas con discapacidad.

Es posible destacar dos grandes significados de los apoyos. Por un lado, aquel que los conecta con el ejercicio de los derechos, y en este sentido se habla por ejemplo de los apoyos en el ámbito educativo (art. 73 y ss de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación) o del empleo con apoyo (artículo 2.1 Real Decreto 870/2007 de 2 de julio). Por otro, el que los relaciona con el ejercicio de la capacidad y, en concreto, con la toma de decisiones (art. 12 CDPD).

De igual manera podemos referirnos a dos grandes sentidos de asistencia. Por un lado, aquel que en conexión con la vida independiente se proyecta, de nuevo, en el ejercicio de los derechos, identificándose con el primer significado de los apoyos. Por otro, el que vincula asistencia con lo que tradicionalmente se entiende como actividades básicas (o fundamentales) de la vida diaria (art. 2 de la Ley 39/2006 de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia).

De esta forma, apoyos y asistencia puede ser tratados de manera conjunta poseyendo tres proyecciones: a) la del ejercicio de los derechos; b) la de la toma de decisiones; y, c) la de las actividades básicas (o fundamentales) de la vida diaria. En ocasiones, esta tercera proyección coincide con la primera al ser la actividad el contenido de un derecho y, de esa forma, consustancial a su ejercicio.

Pues bien, estas tres proyecciones o significados de los apoyos y la asistencia están presentes en los tres grandes momentos de la accesibilidad. Y es que dentro de los apoyos y la asistencia es posible diferenciar una proyección que podemos denominar previa (que tiene lugar cuando se crea el producto, el entorno, el servicio o el derecho), en donde tienen cabida el diseño; una proyección posterior (cuando el diseño falla de forma justificada), en donde tienen cabida las medidas de accesibilidad (de ámbito general); y una proyección última (cuando las medidas de accesibilidad fallan de forma justificada), de ámbito particular, en donde entran en juego los ajustes.

El apoyo/asistencia en el ejercicio de los derechos y el apoyo/asistencia en actividades básicas de la vida diaria, puede aparecer en las tres proyecciones de la accesibilidad, pero principalmente en las dos primeras.

Como acabamos de señalar, el eje de la accesibilidad parte del diseño universal. Y así, cuando el diseño falla, la estrategia tiene que ser hacer accesible el producto, entorno, programa y servicio (y derecho) al mayor número de personas (medida de accesibilidad) y si esta estrategia falla (de manera justificada), entra en juego el ajuste.

2.2.- La naturaleza jurídica de la accesibilidad

El Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas, en su Observación General núm. 2, sobre la accesibilidad universal, relaciona a esta con el derecho de acceso. Como es sabido, este derecho aparece en el artículo 5,f) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, en el que se afirma: *"El derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques"*.

En España, el artículo 80 de la LGPD: *"A los efectos de esta ley, se considerarán infracciones administrativas las acciones y omisiones que ocasionen vulneraciones del derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal en los ámbitos a los que se refiere el artículo 5, cuando se produzcan discriminaciones directas o indirectas, acosos, incumplimiento de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas, especialmente cuando se deriven beneficios económicos para la persona infractora"*. En este sentido, se refiere a los derechos a la igualdad de oportunidades, a la no discriminación y a la accesibilidad universal, si bien este último circunscrito a unos ámbitos (telecomunicaciones y sociedad de la información; espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación; transportes; bienes y servicios a disposición del público; relaciones con las administraciones públicas; administración de justicia; patrimonio cultural, de conformidad con lo previsto en la legislación de patrimonio histórico; empleo). De esta forma, nuestra legislación maneja una visión restringida de la accesibilidad que no se proyecta, explícitamente, sobre todo derecho.

En todo caso, este derecho a la accesibilidad universal tiene que ver tanto con el diseño universal, como con las medidas de accesibilidad, como con los ajustes razonables. Ante el incumplimiento de estas exigencias es posible iniciar un procedimiento sancionador.

Ahora bien, es posible, como ya señalamos al comienzo, manejar una concepción amplia de la accesibilidad que la proyecte sobre los derechos. Se ha señalado así que es posible concebir la accesibilidad de cuatro formas diferentes, no excluyentes sino complementarias: a) como una exigencia de actuación de los poderes públicos y como un parámetro de validez de cualquier actuación jurídica (principio jurídico de accesibilidad universal); b) como una exigencia susceptible de defender jurídicamente al hilo de la defensa de cualquier derecho fundamental (la accesibilidad universal como parte del contenido esencial de todo derecho fundamental); c) como

una exigencia de no discriminación (el derecho a la igual accesibilidad); y d) como un derecho a la accesibilidad de bienes, productos y servicios no relacionados con los derechos humanos (entendido como un derecho prestacional que posee como situación correlativa la obligación del diseño para todos).

Podemos hablar de la accesibilidad universal como derecho y de la accesibilidad universal como contenido esencial de los derechos. Desde el primero de los sentidos, los ciudadanos tenemos un derecho a la accesibilidad de bienes, productos servicios y derechos, que se materializa en la obligación de satisfacer el diseño universal, las medidas de accesibilidad y los ajustes razonables. En ocasiones, este derecho a la accesibilidad se expresa como derecho a los apoyos y a la asistencia. Una proyección especial de la accesibilidad es la que aparece en relación con los derechos humanos. En relación con estos, la accesibilidad, además, se constituye en parte de su contenido esencial.

Así, la no satisfacción de la accesibilidad universal puede implicar la transgresión de un derecho y el incumplimiento de una obligación por parte de los poderes públicos, en ocasiones, además, la violación del derecho a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación, y en ciertas ocasiones la violación del contenido esencial de un derecho fundamental.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas en su Observación General nº 2, sobre la accesibilidad, ha señalado que la denegación de acceso a bienes y servicios públicos, con independencia de quién los ofrezca, por falta de accesibilidad debe considerarse como un acto de discriminación, y que la prohibición de discriminación comina a los Estados a tomar todas las medidas.

A este respecto resulta importante recordar que el artículo 14 de la Constitución prohíbe la discriminación por una serie de motivos entre los que hay que entender incluida la discapacidad; y que el artículo 14 y los derechos contenidos en la Sección primera del Capítulo segundo se encuentra protegido por la garantía especial otorgada por el artículo 53.2, que establece que *“cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”*.

En este sentido, cabe argumentar que la falta de accesibilidad es una discriminación que otorga la legitimación para interponer un recurso por vía preferente y sumaria y, en su caso, de amparo, per se, al violarse el derecho de igualdad en relación con cualquier derecho. Por tanto, si una persona con discapacidad viera restringido, limitado o impedido el goce o ejercicio de cualquier derecho en igualdad de condiciones con el resto de ciudadanos, en razón de su discapacidad – por falta de accesibilidad-, podría acudir a los tribunales a través de dicha garantía. Es decir, por violación del derecho a la igualdad.

Por último, es importante destacar como la accesibilidad, conforme al sentido restringido que antes apuntábamos, puede encontrar también una vía de garantía a través de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios. En este

sentido, el art. 9 de la LGDCU establece: “*Los poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado*”.

Esta relación entre accesibilidad y derechos de los consumidores y usuarios, que vimos estaba presente en la normativa sobre accesibilidad, aparece reflejada en la legislación autonómica en materia de consumo. Así por ejemplo, en el art. 9, g) de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, se establece que “*Las Administraciones Públicas de Andalucía, sin perjuicio de las que en cada caso puedan adoptarse, ejercerán medidas de vigilancia especial y permanente para asegurar el cumplimiento de la normativa reguladora sobre.... G) La accesibilidad arquitectónica, urbanística, en el transporte y en la comunicación de las personas con discapacidad*”. Por su parte, el art. 3,1 g) de la Ley 5/2013, de 12 de abril, para la defensa de los consumidores en la Comunidad Autónoma de La Rioja, dice: “*Las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma de La Rioja, dentro de sus competencias, garantizarán con medidas eficaces la defensa y protección del consumidor, haciendo uso de sus competencias normativas y sancionadoras y ejercerán medidas de vigilancia para asegurar el cumplimiento de la normativa reguladora de cualquier relación de consumo, especialmente, sobre: g) La accesibilidad arquitectónica, urbanística, en el transporte y en la comunicación de las personas con discapacidad*”. En la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, la accesibilidad aparece entre los principios informadores del derecho de consumo (art. 112-4) y de forma taxativa en su artículo 122-7 se dispone: “*Los transportes colectivos, las instalaciones, los locales y los espacios de uso público deben cumplir las condiciones exigibles que garanticen su seguridad, salubridad y accesibilidad*”. También en la Ley 1/2011, de 22 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de los consumidores y usuarios de la Comunitat Valenciana, en cuyo artículo 7 se establece que la protección se extremará cuando se trate de productos o servicios utilizados habitualmente por las personas con discapacidad, atendiendo especialmente a la accesibilidad.

2.3.- El incumplimiento de la obligación de accesibilidad

La Disposición Adicional Tercera de la LGDPP, se refiere a la “Exigibilidad de las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación”. En ella se establece al 4 de diciembre de 2017, como plazo máximo de exigibilidad de las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y de cualquier medio de comunicación social; espacios públicos urbanizados y edificaciones; medios de transporte; oficinas públicas, dispositivos y servicios de atención al ciudadano y aquellos de participación en los asuntos públicos, incluidos los relativos a la Administración de Justicia y a la participación en la vida política y los procesos electorales; bienes y servicios a disposición del público.

Pues bien, a comienzos de 2019, no cabe duda de que asistimos a un incumplimiento claro de esta norma por parte de instituciones tanto públicas como privadas. Este incumplimiento, como acabamos de señalar, produce situaciones de discriminación y de violación de derechos, susceptibles de remediar a través de

diversos mecanismos. Pero además, en el caso de la Administración Pública, abre otro escenario como es el del incumplimiento por inactividad.

Como es sabido, la inactividad de la Administración puede ser objeto de control a través de recurso judicial contencioso administrativo. La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, dispone en su art. 25,2: “*También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley*”. Por su parte, en el art. 29,1 de esta Ley puede leerse: “*Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración*”.

Pues bien, es posible argumentar que el incumplimiento de la Disposición Adicional Tercera de la LGPD es un supuesto claro de inactividad y que es precisamente esta norma la que satisface la exigencia de disposición general como requisito para la interposición del recurso. Y es que para esta impugnación la Ley exige, como hemos visto, la concurrencia de una ausencia de actividad material (falta de actuación en materia de accesibilidad) y de una norma que establezca una obligación (la Disposición Adicional Tercera). El incumplimiento de esta disposición por inactividad, no puede protegerse en términos de discrecionalidad, siendo una manifestación clara de vulneración del principio de legalidad y de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Es importante advertir que con carácter previo a la presentación del recurso, se debe formular un requerimiento a la Administración, que dispone de un plazo de 3 meses para realizar la prestación. Y también es importante lo que señala el art. 32,1 de la Ley 29/1998: “*Cuando el recurso se dirija contra la inactividad de la Administración pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 29, el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas*”.

Por último, en este punto es importante tener en cuenta el art. 106,2 de la Constitución, que señala: “*Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*”. Pues bien, si a raíz de la inactividad de la Administración (y también por la falta de accesibilidad en general) se llegasen a causar daños en una persona con discapacidad, podría exigirse responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común.

3.- Concepto y Funciones del Ministerio Fiscal.

Nuestra Constitución establece en su art. 124 que el Ministerio Fiscal es un órgano del Estado que tiene encomendada la promoción de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. Textualmente afirma en su punto 1: “*El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social*”.

En un sentido idéntico se expresa la Ley Orgánica del Poder Judicial, disponiendo, en su artículo 541,1: “*Sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, el Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social*”.

Por su parte, el art. 1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) señala en su artículo 1: “*El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social*”. Dentro del Capítulo II, concretamente en el art. 3 se establecen las funciones del Ministerio Fiscal: “1. Velar por que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes. 2. Ejercer cuantas funciones le atribuya la Ley en defensa de la independencia de los jueces y tribunales. 3. Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa. 4. Ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda. 5. Intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos o instruyendo directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas. 6. Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la Ley. 7. Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provea de los mecanismos ordinarios de representación. 8. Mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales, promoviendo los conflictos de jurisdicción y, en su caso, las cuestiones de competencia que resulten procedentes, e intervenir en las promovidas por otros. 9. Velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social. 10. Velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que

reciban la ayuda y asistencia efectivas. 11. Intervenir en los procesos judiciales de amparo así como en las cuestiones de constitucionalidad en los casos y forma previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. 12. Interponer el recurso de amparo constitucional, así como intervenir en los procesos de que conoce el Tribunal Constitucional en defensa de la legalidad, en la forma en que las leyes establezcan. 13. Ejercer en materia de responsabilidad penal de menores las funciones que le encomienda la legislación específica, debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor. 14. Intervenir en los supuestos y en la forma prevista en las leyes en los procedimientos ante el Tribunal de Cuentas. Defender, igualmente, la legalidad en los procesos contencioso-administrativos y laborales que prevén su intervención. 15. Promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales. 16. Ejercer las demás funciones que el ordenamiento jurídico estatal le atribuya".

Pues bien, tal y como señala la Circular 1/2001 de la Fiscalía, la ley determina el marco jurídico de la intervención del Ministerio Fiscal, los casos en los que ha de hacerlo o en los que puede hacerlo, la intensidad y la forma de dicha intervención. En los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativo, la actividad del Ministerio Fiscal está sujeta a concretas autorizaciones legales, de modo que la norma ha de prever expresamente su intervención. Los cometidos del fiscal en el proceso se concretan principalmente en facultades de naturaleza requirente, ejerciendo las acciones que procedan. Son supuestos en los que el fiscal, como parte, demanda la tutela judicial efectiva ante los Tribunales, actuando en una posición postulante. A esa condición responde su misión como promotor de la justicia. En otras ocasiones, al fiscal le corresponde informar o dictaminar al juez en el proceso, cumpliendo una función de *amicus curiae*, es decir, ofrece voluntariamente su opinión frente a alguna cuestión de Derecho.

El Ministerio Fiscal en la mayoría de los países de Europa del Norte no tiene poderes fuera del ámbito penal (Finlandia, Islandia, Reino Unido...). Y los países de Europa, en los que el Ministerio Fiscal sí tiene poderes fuera del ámbito penal (Hungría, Irlanda...), éstos están relacionados con la familia, divorcio, matrimonio, elecciones...

En España, el Ministerio Fiscal actúa bajo el prisma de dar satisfacción al interés social a través de la defensa de la legalidad y del interés público. En la mayoría de los casos, esto tiene lugar actuando ante los Tribunales de Justicia. Así, en el orden penal interviene en todas sus fases, excepto en aquellos casos en los que los delitos sólo son perseguibles a instancia de parte.

Como el Ministerio Fiscal tiene el deber de intervenir en todos los procesos en los que haya interés público, sus funciones se caracterizan por las notas de elasticidad y heterogeneidad. Esto se debe a que no sólo en los procesos penales hay un interés público, también hay interés público, por ejemplo, cuando se garantiza el acceso a la justicia judicial efectiva de colectivos en situación de vulnerabilidad. En este sentido, la Recomendación del Consejo de Europa del Consejo de Ministros CM/Rec (2012) 11, señala la importancia de establecer de manera precisa en la ley los poderes y responsabilidades que tiene el Ministerio Fiscal fuera del ámbito penal.

Así, en España, el orden civil, el Ministerio Fiscal interviene en los procesos de incapacitación, de nulidad matrimonial, de separación o divorcio cuando alguno de los interesados sea menor, esté incapacitado o esté en situación de ausencia legal, en los procesos de determinación e impugnación de la filiación. Por su parte, en el orden contencioso-administrativo, entre otras cosas, está legitimado para interponer los recursos en interés de ley y es parte en aquellos procedimientos en los que se invoca el quebrantamiento de los derechos fundamentales. En el orden social interviene en los procesos de impugnación de convenios colectivos y de estatutos de sindicatos y asociaciones empresariales, en los procesos en que se invoca el quebrantamiento de los derechos fundamentales y libertades públicas o un trato discriminatorio o el quebrantamiento de la libertad sindical, en los recursos de casación y en los que se tramitan para la unificación de doctrina.

En la Conferencia sobre el papel del Ministerio Fiscal en la protección de los Derechos humanos e intereses públicos fuera del ámbito penal, que tuvo lugar en San Petersburgo en julio de 2008, con participación de 47 Fiscales Generales de los Estados miembros del Consejo consultivo de Europa de Fiscales (CCPE), se puso de manifiesto la falta de normativa europea respecto al papel del Ministerio Fiscal a la hora de proteger los derechos humanos, salvaguardar el Ordenamiento jurídico y defender el interés público.

El Ministerio Fiscal, como institución de un Estado social y democrático de Derecho, debe tratar de procurar la justicia y conservarla de forma estable en los casos en los que se pueda ver amenazada. Debe ser la garantía de los derechos de los ciudadanos y de sus intereses legítimos. Las personas representantes del Ministerio Fiscal deben actuar guiados por un interés social. Para ello tiene que aplicar su atribución constitucional de promover la acción de la Justicia en beneficio de los derechos de las personas con discapacidad, que sufren situaciones acusadas de discriminación y exclusión por su diversidad humana.

Como parte de los poderes públicos, en virtud del artículo 9,2 de la Constitución, el Ministerio Fiscal debe *“promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”; y “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*.

Y en este punto, son dos los caminos que sirven para legitimar esta intervención del Ministerio Fiscal, por un lado el de la promoción del interés público y la garantía de los derechos, por otro, el de la promoción del interés social y la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios.

La conexión entre interés público y derechos fundamentales y entre interés social y protección de consumidores y usuarios, encuentra su base en la Circular 2/2010 de la Fiscalía General, “Acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en el orden civil para la protección de los consumidores y usuarios”, donde se afirma: *“De considerarse a los intereses sociales como equivalentes a los públicos, el principio dispositivo director del proceso en este ámbito, debería invertirse al de oficialidad, cosa que ocurre en los procesos sobre estado civil, pero no en los relativos a las condiciones*

generales de contratación, por poner un ejemplo directamente vinculado con esta materia. Así pues, el interés público justifica la intervención del Ministerio Fiscal en todos aquellos procesos que versan sobre materias de carácter indisponible. El interés social, como especie del interés público, conecta con el Capítulo III del Título I de la Constitución que se refiere a los principios rectores de la política social y económica”.

3.1.- La promoción del interés público y la garantía de los derechos

A pesar de que en el art. 124.1 de la CE, se enumeran varias funciones, nos interesa en este punto la que consiste en “*promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados*”. Esta función se concreta en el art. 3.3 del EOMF: “*Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa*”. Por lo tanto, el art. 124.1 de la CE y el art. 3.3 (EOMF), interpretados conjuntamente, vienen a decir que una de las funciones del Ministerio Fiscal es actuar cuando haya una violación de derechos fundamentales. Pero es que además, el artículo 162,1.b) de la CE señala que están legitimados para interponer el recurso de amparo, “toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal”. Y a mayor abundamiento en el EOMF se establece que corresponde al Ministerio Fiscal “*intervenir en los procesos judiciales de amparo así como en las cuestiones de inconstitucionalidad en los casos y forma previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*” (art. 3.11); e “*interponer el recurso de amparo constitucional, así como intervenir en los procesos de que conoce el Tribunal Constitucional en defensa de la legalidad, en la forma en que las leyes establezcan*” (art. 3.12).

Tal y como se dice en el “Manual de Buenas Prácticas de los Servicios Especializados del Ministerio Fiscal en la Protección a las Personas con Discapacidad y Apoyos, en la Aplicación de la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de Diciembre de 2006. Según las conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas en la protección de personas con discapacidad”, de septiembre de 2010, “*del contenido del nº 6 del Art. 3 EOMF se desprende que la legitimación de la intervención del MF por razón del interés público o social no sólo es indubitable sino que por ineludible es una de las más nobles razones que fundamentan su intervención*”.

En los casos de derechos fundamentales, “*la personación del Fiscal es preceptiva e indeclinable, sin margen en ningún caso para la apreciación discrecional del interés social subyacente en el caso concreto, puesto que tal interés –identificado con la tutela de un derecho fundamental– se presupone en atención a la naturaleza de la acción ejercida*” (Circular 2/2018, sobre nuevas directrices en materia de protección jurídica de los derechos de los consumidores y usuarios).

A pesar de ello, en la Memoria del Ministerio Fiscal de 2018 se habla sobre las estadísticas de la intervención del Ministerio Fiscal en el orden jurisdiccional penal,

pero no se habla apenas de las intervenciones del Ministerio Fiscal fuera del ámbito penal, lo que puede ser síntoma de una falta de atención por parte del Ministerio Fiscal a la defensa de los derechos fundamentales. Asimismo, si bien en la Memoria se habla sobre el principio de especialización, según el cual algunos miembros del Ministerio Fiscal se han especializado en formas delictivas más complejas, que según la Memoria “tienen un interés social y mediático relevante”, no se habla en ningún momento de miembros del Ministerio Fiscal especializados en la defensa de los derechos fundamentales.

En todo caso, la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de amparo forma parte del sistema de garantías de los derechos fundamentales. La participación del fiscal se prevé tanto en amparo constitucional como en el amparo judicial. En todos los procesos, ya sean los especiales como en el orden contencioso administrativo o en el social o en la vía de protección por juicio ordinario en el orden civil, aparece el Ministerio Fiscal en defensa del interés público que subyace a los derechos fundamentales.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su artículo 19,1 f), otorga legitimidad al Ministerio Fiscal en aquellos procesos que determine la ley. Así, en el en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales (artículo 119 y siguientes) tanto en la fase de admisión de la demanda como una vez admitida para formular las alegaciones pertinentes, se prevé su participación.

La Ley de Enjuiciamiento Civil no prevé un procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales. No obstante, el su artículo 249,1,2º, se señala que se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía, las demandas *“que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación. En estos procesos, será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente”*.

Por su parte, la Ley de la Jurisdicción Social señala, en el artículo 177.3, la intervención del Ministerio Fiscal como parte en los procesos que tengan por objeto la defensa de los derechos fundamentales en las relaciones laborales: *“El Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos en defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas e interesando la adopción, en su caso, de las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas”*.

De las normas anteriores se concluye que sin lugar a dudas el Ministerio Fiscal es parte en los procesos de amparo ordinario. No obstante, quedaría la duda de si puede ser demandante. Pues bien, en este punto puede argumentarse que si está legitimado para interponer el recurso de amparo constitucional, con mayor razón, el Ministerio Fiscal estará también legitimado en el marco del amparo ordinario. En este sentido, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de febrero de 1997 decía: *“Partiendo de la base de que, según lo dispuesto en el Art. 162.1.b) C.E. el Ministerio Fiscal tiene legitimación para interponer el recurso de amparo constitucional, y de que el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales es vía jurisdiccional previa*

de aquel recurso, parece claro que la legitimación de aquel precepto constitucional es base normativa suficiente para fundar la legitimación del Ministerio Fiscal como demandante en la vía jurisdiccional previa”.

Como ya se ha señalado, el art. 162.1. b) de la Constitución reconoce legitimación activa al Ministerio Fiscal para interponer recurso de amparo por vulneración de los derechos fundamentales junto al Defensor del Pueblo y a la persona que invoque un interés legítimo. Sin embargo, no se trata de una práctica muy común.

De esta forma, el art. 47 LOTC, señala: “*1. Podrán comparecer en el proceso de amparo constitucional, con el carácter de demandado o con el de coadyuvante, las personas favorecidas por la decisión, acto o hecho en razón del cual se formule el recurso que ostenten un interés legítimo en el mismo. 2. El Ministerio Fiscal intervendrá en todos los procesos de amparo, en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley”.*

3.2.- La promoción del interés social y la protección de los consumidores y usuarios

Las actuaciones de los miembros del Ministerio Fiscal tienen que ser guiadas siempre por el interés social, especialmente en la interpretación de leyes. El interés social debe interpretarse en conexión con el art. 124 de la CE, y el principio de igualdad del art. 9.2 de la CE. En un Estado social y democrático de Derecho como es España (art. 1.1 CE), el Ministerio Fiscal no puede encargarse sólo de la defensa de la justicia y el Ordenamiento jurídico, sino que debe procurar el bienestar, el progreso social y la igualdad material, que son exigencias del interés social.

El art. 51,1 de la Constitución establece: “*Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos*”. Como hemos visto, el art. 1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal señala en su artículo 1: “*El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social*”.

Pues bien, existen una serie de reformas normativas que están detrás de la intervención del Ministerio Fiscal en materia de consumidores y usuarios. Así, la Ley 39/2002 de 28 de Octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, añadió un apartado 4 al artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “*Asimismo, el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8º estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios*”. Por su parte, la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modificó el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, introdujo un párrafo 2 en el apartado 1 del Art. 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “*El Ministerio Fiscal será parte*

en estos procesos cuando el interés social lo justifique. El tribunal que conozca de alguno de estos procesos comunicará su iniciación al Ministerio Fiscal para que valore la posibilidad de su personación". La Disposición Final Tercera de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo adicionó al Art. 519 de la Ley de Enjuiciamiento Civil un último párrafo que proclama: "El Ministerio Fiscal podrá instar la ejecución de la sentencia en beneficio de los consumidores y usuarios afectados". Finalmente, la Disposición Adicional Segunda de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el R.D. Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre introdujo un número 5 en el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: "El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios"

Así, en las jurisdicciones civil, social y contencioso administrativo la intervención del Ministerio Fiscal está sujeta a concretas habilitaciones legales que le otorguen legitimación procesal. En materia de consumo esta legitimación procede de los artículos 11 y 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), y del artículo 54 de la LGDCU.

El artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios) dispone:

"1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.

2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.

3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.

4. Las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8 estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción.

5. El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios”.

Por su parte, el artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios), dice:

“1. En los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. Este llamamiento se hará por el Secretario judicial publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses.

El Ministerio Fiscal será parte en estos procesos cuando el interés social lo justifique. El tribunal que conozca de alguno de estos procesos comunicará su iniciación al Ministerio Fiscal para que valore la posibilidad de su personación”.

Por último, el artículo 54 de la LGDCU, dice:

“1. Frente a las conductas contrarias a lo dispuesto en la presente norma en materia de cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, venta a distancia, garantías en la venta de productos y viajes combinados, estarán legitimados para ejercitar la acción de cesación:

a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en esta norma o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

c) El Ministerio Fiscal”.

Pero también adquiere relevancia en este punto lo dispuesto en el art. 13,1 LEC dedicado a la intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados, y que puede ser utilizado por el Ministerio Fiscal: *“Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito”.*

De esta manera, el Ministerio Fiscal en materia de consumidores y usuarios puede actuar para proteger intereses individuales y colectivos sin más límite que la acreditación de la condición de “consumidor”. Y así, según la LGDCU (art. 3), son consumidores o usuarios: *“las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.*

3.3.- Las diligencias preprocesales

El artículo 5 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, se refiere a las diligencias preprocesales. En este sentido y con una proyección, en principio clara, en el orden penal, dice en sus dos primeros puntos: “*1. El Fiscal podrá recibir denuncias, enviándolas a la autoridad judicial o decretando su archivo, cuando no encuentre fundamentos para ejercitar acción alguna, notificando en este último caso la decisión al denunciante. 2. Igualmente, y para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá ordenar el Fiscal la detención preventiva*”. No obstante, el segundo párrafo del punto tercero de ese mismo artículo dice: “*También podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye*”.

Como se dice en la Circular 4/2013 de la Fiscalía General del Estado sobre las Diligencias de Investigación, “esta previsión permite al Fiscal contar con un vehículo procedural para desenvolverse cuando considere conveniente un examen preliminar de un asunto perteneciente a cualquier jurisdicción antes de llegar a promover la acción de la justicia”.

El Ministerio Fiscal puede utilizar estas diligencias para recabar los datos que considere de interés para preparar la demanda civil o, incluso, para decidir si tal demanda debe o no presentarse (Instrucción 2/2006, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores) o para la promoción jurisdiccional de medidas en protección de menores o para el estudio sobre la viabilidad de la interposición de un recurso de amparo constitucional (Circular 4/2013 de la Fiscalía General del Estado sobre las Diligencias de Investigación), o para realizar alguna actuación en materia de consumidores y usuarios (Circular 2/2018, sobre nuevas directrices en materia de protección jurídica de los derechos de los consumidores y usuarios).

Así, por medio “*de estas diligencias puede también darse cauce a las quejas y escritos diversos que en muchas ocasiones se presentan en Fiscalía pese a no ser denuncias ni describir conductas presuntamente delictivas*” (Circular 4/2013 de la Fiscalía General del Estado sobre las Diligencias de Investigación).

4.- El papel del Ministerio Fiscal ante la falta de accesibilidad

El Comité sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, en su examen de los informes presentados por los Estados partes, señaló una serie de preocupaciones y recomendaciones en relación con España.

Una de las recomendaciones que nos interesa ahora, está relacionada con el art. 4 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), que establece que los Estados tienen la obligación de asegurar y garantizar el ejercicio de todos los derechos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, sin

discriminación alguna. Por lo tanto, el Comité insiste en que el Estado español, debe seguir desarrollando y profundizando en lo referente a la defensa de los derechos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, ya que, no todas las personas de este colectivo vulnerable están protegidas.

Como ya hemos dicho antes, entre las funciones del Ministerio Fiscal se encuentran la de garantizar el respeto de los derechos fundamentales en general y de los derechos de consumidores y usuarios en particular. En este sentido, es posible defender que entre sus misiones esté la garantía de la accesibilidad.

Ello es así porque, como se demostró en el punto 2, la falta de accesibilidad puede ser: (i) una discriminación y, por tanto, una violación del derecho a la igualdad; (ii) la violación de un derecho fundamental (cuando la ausencia de accesibilidad imposibilita su ejercicio); (iii) la violación de los derechos de los consumidores y usuarios (cuando la falta de accesibilidad se produce en relación con un bien o servicio).

De esta forma, el ya citado Manual de Buenas Prácticas, dedica un apartado concreto a las buenas prácticas en materia de accesibilidad destacando el papel que el Ministerio Fiscal puede tener en su garantía.

De hecho, es posible citar algunos ejemplos de intervención del Ministerio Fiscal que se relacionan con toda nuestra argumentación anterior.

El primero de ellos parte de unas denuncias presentadas en la Fiscalía Provincial de Valencia por la Confederación de Personas con Discapacidad con discapacidad física y orgánica de la Comunidad de Valencia (COCEMFE CV) contra las entidades y sociedades que prestan el transporte ferroviario. La denuncia se basa en una presunta discriminación por parte de las entidades que prestan el servicio de transporte ferroviario a las personas con discapacidad y movilidad reducida, puesto que no hay accesibilidad para éstas en la mayoría de las infraestructuras ferroviarias de la Comunidad Valenciana. COCEMFE CV exige la eliminación de barreras y obstáculos que impidan el acceso a las instalaciones y las infraestructuras, mediante plataformas, ascensores... En la actualidad, la mayoría de las instalaciones de Renfe en la Comunidad Valenciana, no disponen de las condiciones mínimas y básicas de accesibilidad y no discriminación.

Y ante esas denuncias, la Fiscalía presentará dos demandas, en mayo de 2018, basadas en la falta de accesibilidad: una, por violación de derechos fundamentales y, otra, por violación de los derechos de los consumidores y usuarios.

La primera de las demandas es una acción declarativa y de condena por violación de derechos fundamentales, siendo el principal de ellos el art. 14 CE. La legitimidad del Ministerio Fiscal deriva del art. 3,3 del EOMF y del art. 74 de la LGDPD. También se aduce legitimidad por protección de los derechos de los consumidores y usuarios.

Y es que, en el ámbito de la defensa de consumidores y usuarios está encontrando la discapacidad un ámbito de protección por parte del Ministerio Fiscal. En este punto es significativa la relevancia que ha adquirido el concepto de

consumidor vulnerable (definido últimamente en el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica).

Así, en relación con los consumidores vulnerables, como señala la Circular 2/2018 de la Fiscalía General sobre nuevas directrices en materia de protección jurídica de los derechos de los consumidores y usuarios: “*La labor del Fiscal entraña con esta idea de posibilitar el acceso a la vía judicial de los individuos pertenecientes a tales colectivos cuando, en atención a sus circunstancias concretas, no sea posible utilizar otros medios que permitan reequilibrar la situación de inferioridad, indefensión o desprotección en que puedan encontrarse. Se engloba pues, en la estrategia general de los poderes públicos que, en este caso, permite proporcionar un mecanismo eficaz (art. 51.1 CE) de acceso a los ciudadanos en condiciones de igualdad (art. 9.2 CE) a la tutela judicial (art. 24 CE)*”.

En el caso que hemos visto relacionado con Renfe, la Fiscalía de Valencia interpone otra demanda. La actuación del Ministerio Fiscal en este caso se legitima en los arts. 124 CE, 541 LOPJ, 3.16 EOMF y 54,3 b) de la LGDCU, y se presenta como una acción de cesación (el art. 53 de la LGDCU dice: “La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitarse la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato”). El Ministerio Fiscal fundamenta su acción en la falta de accesibilidad y en el perjuicio que ello provoca en los usuarios y consumidores con discapacidad.

Otro ejemplo lo constituye la actuación de la Fiscalía Provincial de Córdoba, que al recibir una denuncia en octubre de 2010 por falta de accesibilidad de un polideportivo, acuerda iniciar una serie de actuaciones que culminan con un Decreto del Fiscal D. Fernando Santos Orbaneja de 22 de septiembre de 2012. En él se dice que la Fiscalía considera: “PRIMERO: Que la investigación realizada ha puesto de manifiesto la existencia en el Centro Deportivo Poniente de deficiencias de accesibilidad que pueden dificultar o incluso impedir la utilización y disfrute de sus instalaciones por parte de las Personas con Discapacidad. SEGUNDO: Tales deficiencias son contrarias a la letra y al espíritu de la Legislación vigente en la materia, inspirada en los principios de igualdad, no discriminación y accesibilidad universal contenidos en la Constitución Española y Convenciones Internacionales y desarrollados en las normas y ordenanzas ya señaladas”. Así, El Fiscal acuerda remitir el Decreto a las autoridades municipales (“a efectos de que se subsanen las deficiencias señaladas, en orden a facilitar la accesibilidad, en los términos legalmente previstos, de las Personas con alguna discapacidad, así como establecer o, en su caso, potenciar los mecanismos de control y seguimiento que eviten estas situaciones”), a la Oficina del Defensor del Pueblo Andaluz y a la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía.

Y un último ejemplo nos lo proporciona la Fiscalía Provincial de Jaén, sección civil y de protección a las personas con discapacidad y apoyos, en su actuación ante un escrito de julio de 2015, en el que se denunciaba la falta generalizada de accesibilidad en los que hacía referencia al transporte interurbano. La Fiscalía decide iniciar unas

diligencias preprocesales que culminan con un Decreto del Fiscal Cristóbal Fábrega de 28 de marzo de 2016 que dispone: “1º. Declarar la necesidad de llevar a cabo las medidas necesarias para que el transporte interurbano en la provincia de Jaén sea accesible, interesando de la Delegación Territorial de Fomento y Vivienda de Jaén que comunique a esta Fiscalía todas las medidas que se vayan poniendo en marcha para garantizar dicha accesibilidad. 2º.- Instar a dicha Delegación para que realice una labor pro-activa en la inspección y control de los incumplimientos que puedan existir en la materia. 3º.- Que por la misma se tenga en cuenta en su labor las aportaciones de las entidades que representan a las personas con movilidad reducida y que son ciudadanía directa y primariamente afectadas por las medidas a tomar. 4º.- Comuníquese esta decisión a la Delegación de la Consejería de Fomento y Vivienda y a los solicitantes con envío de copia de esta resolución, archívese provisionalmente el presente expediente para la adopción de las medidas judiciales que sean pertinentes en el caso de que no se resuelva la situación y ello dé lugar a la conculcación de algún derecho fundamental”.

Por todo lo visto, podemos concluir que el Ministerio Fiscal es competente para denunciar el incumplimiento de las exigencias de accesibilidad al constituir estas tanto una violación del derecho fundamental a la no discriminación, cuanto una violación a los derechos de consumidores y usuarios, especialmente cuando estos son personas con discapacidad.

Como ya hemos señalado la disposición adicional tercera de la LGDPD se refiere a la exigibilidad de las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación. En esta norma se establecen como plazos máximo para alcanzar la accesibilidad el 4 de diciembre de 2017. A fecha de hoy, esa exigencia sigue sin cumplirse. Por eso, esta competencia del Ministerio Fiscal reviste en la actualidad una importancia fundamental.

Consideramos que esta actuación se verá favorecida por el camino emprendido dentro del Ministerio Fiscal hacia una mayor especialización y que debería culminar con la creación, varias veces anunciada, de una Fiscalía Especializada en Discapacidad.

En efecto, en el ámbito civil, que es que conoce las cuestiones de discapacidad y en general la de los derechos, se ha venido produciendo una especialidad que puede verse a través del examen de las Instrucciones del Fiscal General del Estado 11/2005 y 4/2009. En esta línea, en el año 2016 un oficio de la Fiscalía General del Estado instaba a los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas a nombrar un Delegado de especialidad civil y de protección jurídica de personas con discapacidad. Ese mismo año, la instrucción 4/2016, de la Fiscalía General del Estado, las funciones de este Fiscal Delegado, señalando la posibilidad de que lo fuera sobre una materia concreta. Entre las funciones de esta figura destacan, entre otras: (i) La coordinación de los Delegados Provinciales en materia civil y del tratamiento legal de la protección jurídica de las personas con discapacidad y las labores de enlace con el Fiscal de Sala Coordinador; (ii) Procurar la unificación de criterios de actuación de los Fiscales destinados en la Comunidad Autónoma en el despacho de procedimientos civiles y en el tratamiento legal de la protección jurídica de las personas con discapacidad, todo ello conforme a las instrucciones recibidas desde la Fiscalía General del Estado; (iii) La

elaboración de estudios e informes, para mejora del servicio; (iv) La elaboración de informes estadísticos relativos a la materia; (v) La dación de cuenta al Fiscal de Sala Delegado de aquellos hechos relativos a la especialidad que puedan merecer la consideración de especial trascendencia a los efectos de su posible intervención directa y previa información, salvo en situaciones de urgencia, al Fiscal Jefe Provincial respectivo y al Fiscal Superior; (vi) Las relaciones con la respectiva Administración autonómica en relación con la materia de su competencia. Pues bien, como decíamos, el siguiente paso debería ser el de la creación de la Fiscalía Especializada en Discapacidad.

Ciertamente la actuación del Ministerio Fiscal en esta materia tiene que hacer frente a varios problemas entre los que se encuentran la falta de recursos de las fiscalías y, también, la falta de concienciación fruto, en muchas ocasiones de la ausencia de formación y capacitación en materia de derechos de las personas con discapacidad.

Por eso, la capacitación y la formación resulta esencial. Desde un enfoque de derechos humanos, uno de los retos pendientes que la CDPDCD plantea y que, por tanto, dirige a toda la sociedad –desde el llamamiento general hacia la sensibilización de su artículo 8, insertando la formación y/o la capacitación como vía de toma de conciencia para asegurar el derecho que proclama y que, en relación con el “acceso a la justicia” cabe deducir a partir de los siguientes axiomas –; consiste, entre otros, en: a) promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por estos derechos (Art. 4. i); b) ofrecer la formación y capacitación adecuadas a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad a que se enfrentan las personas con discapacidad (Art. 9.2 c); y, c) promover la capacitación adecuada de los que trabajan en la Administración de Justicia, incluido el personal policial y penitenciario, por parte de los Estados Partes, a fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia (Art. 13.2).