

DERECHOS Y LIBERTADES

Número 47, Época II, Junio 2022



uc3m | Universidad Carlos III de Madrid
Instituto de Derechos Humanos
Gregorio Peces-Barba

FP FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA

Dykinson, S.L.

La revista Derechos y Libertades está incluida en la Emerging Sources Citation Index, en ERIH PLUS y en la valoración integrada e índice de citas que realiza el CINDOC con las Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas (RESH) y figura en el catálogo de revistas de LATINDEX, Anvur (Italia) –categoría A–, MIAR, CARHUS, Qualis Brasil –categoría B1–, Dulcinea, International Political Science Abstract, Worldwide Political Science Abstracts, Philosopher's index, IBSS. Se encuentra incluida en el repositorio DIALNET.

La Revista superó la III Convocatoria de Evaluación de Calidad Editorial y Científica de las Revistas Científicas españolas y renovó el Sello de Calidad FECYT hasta 2020.

Derechos y Libertades se adhiere al Código de Conducta y Buenas Prácticas para Editores de Revistas del Comité de Ética de las Publicaciones (COPE). Disponible en: publicationethics.org/files/Code_of_conduct_for_journal_editors_Mar11.pdf

Redacción y Administración

Revista Derechos y Libertades
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid, 126
28903 Getafe (Madrid)

E-mail de la Revista:
franciscojavier.ansuategui@uc3m.es
derechosylibertades@uc3m.es

Adquisición y suscripciones



Suscripción en papel

Ver boletín de suscripción al final de este número
y remitir en sobre cerrado a:

Dykinson, S.L.
C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Suscripción versión electrónica (revista en pdf)

Compra directa a través de nuestra web
www.dykinson.com/derechosylibertades

Copyright © Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas

ISSN: 1133-0937

Depósito Legal: M-14515-1993 European Union

Edición y distribución:

Dykinson, S.L.

C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Tels. +34 915 442 846 / 69. Fax: +34 915 446 040

Las opiniones expresadas en esta revista son estrictamente personales de los autores

La editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Derechos y Libertades, o partes de ellas, sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o parte de las páginas de Derechos y Libertades, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.

**EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN
POR MOTIVO DE DISCAPACIDAD:
LA COMPLEJA COEXISTENCIA DE LA NORMATIVA
Y JURISPRUDENCIA NACIONAL Y SUPRANACIONAL**

*THE RIGHT TO NON-DISCRIMINATION ON THE GROUNDS OF
DISABILITY: THE COMPLEX COEXISTENCE OF NATIONAL AND
SUPRANATIONAL LEGISLATION AND CASE LAW*

GEORGIOS MILIOS
Universidad de Barcelona
<http://www.orcid.org/0000-0002-2494-7237>

Fecha de recepción: 15-6-21
Fecha de aceptación: 30-9-21

Resumen: *La aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) ha cambiado sustancialmente el panorama en relación con el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad y ha tenido un claro impacto en la jurisprudencia y normativa a nivel internacional y nacional sobre esta materia. Este impacto se detecta en la interpretación de conceptos clave como la definición de discapacidad y las formas de discriminación. Pero se extiende también a cuestiones más transversales como es la metodología interpretativa que se sigue por parte de los diferentes órganos jurisdiccionales. A pesar de los esfuerzos de adaptación de los ordenamientos jurídicos al texto de la Convención, todavía se pueden observar determinados problemas de compatibilidad entre la normativa y jurisprudencia nacional y comunitaria y la CDPD. Así, el presente artículo se centra en estos problemas argumentando que es necesaria una regulación diferente de determinadas cuestiones para que se pueda garantizar la coherencia en el ordenamiento jurídico y, finalmente, se puedan proteger de manera más eficaz los derechos de este colectivo.*

Abstract: *The adoption of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) has substantially changed the landscape in relation to the right to non-discrimination of persons with disabilities and has had a clear impact on the case law and legislation at international and national level. This impact is*

detected in the interpretation of key concepts such as the definition of disability and the forms of discrimination. It also extends to more cross-cutting issues such as the interpretive methodology that is followed by the different courts. Despite the efforts of legal systems to adapt to the text of the Convention, certain problems of compatibility between national and EU legislation and case law and the CRPD can still be observed. Thus, this article focuses on these problems, arguing that a different regulation of certain issues is necessary for the coherence in the legal system to be guaranteed and the rights of persons with disabilities to be more effectively protected.

Palabras clave: no discriminación, discapacidad, enfermedad, discriminación por asociación, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, reforma constitucional

Keywords: non-discrimination, disability, illness, discrimination by association, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, constitutional reform

1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido las personas con discapacidad han sido históricamente discriminadas en diferentes ámbitos. Si bien es cierto que el ámbito laboral es el contexto en el que más habitualmente se observan actos discriminatorios a este colectivo, en realidad las personas con discapacidad pueden ser discriminadas en muchos otros, incluido el ejercicio de derechos sociales o políticos. A pesar de que los derechos de las personas con discapacidad es un tema que en cualquier caso merece especial atención, la necesidad de un nuevo estudio en esta materia se ha visto reforzada por la aprobación de nueva jurisprudencia a nivel nacional e internacional que ha interpretado importantes cuestiones relacionadas con el derecho a la no discriminación. Actualmente el tema está en el centro del debate político dado que el día 11 de mayo de 2021 el Gobierno de España aprobó un Proyecto de reforma del artículo 49 CE con la intención de configurar de forma más efectiva el principio de igualdad real y efectiva para las personas con discapacidad. Asimismo, el contexto de la pandemia del Covid-19 ha significado nuevos desafíos para el derecho antidiscriminatorio y ha reabierto el debate sobre si la enfermedad se puede equiparar a la discapacidad a efectos de no discriminación.

Este artículo trata sobre el derecho a la no discriminación por motivo de discapacidad desde diferentes perspectivas teniendo en cuenta la diversidad de la normativa y la jurisprudencia aplicable en este ámbito. En su primera

parte se analiza el marco normativo a nivel internacional, comunitario y nacional. La segunda parte trata la definición de la discapacidad y la problemática acerca de si la enfermedad se puede considerar como discapacidad. La tercera y cuarta parte se centran en las formas de discriminación prohibidas en derecho. Finalmente, la última parte analiza la jurisprudencia de los tres tribunales con especial relevancia en este ámbito: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) y el Tribunal Constitucional (TC). Además de tratar el marco normativo y jurisprudencial, el estudio tiene como principal objetivo destacar los problemas de compatibilidad de la normativa nacional y europea con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (la CDPD)¹ en particular por lo que se refiere a la definición de la discapacidad y las formas de discriminación. Asimismo, poner de relieve el impacto que la CDPD ha tenido en relación con la metodología interpretativa que sigue el TEDH, el TJUE y el TC.

2. EL MARCO NORMATIVO APLICABLE EN CASOS DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD

El año 2006 constituye un punto de inflexión para los derechos de las personas con discapacidad dado que en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se aprueba la CDPD, un texto que en términos generales se aleja del tradicional planteamiento meramente proteccionista, adoptando como principio la autonomía² y tratando las personas con discapacidad como ciudadanos titulares de derechos. En el sistema de la ONU los derechos de las personas con discapacidad se protegen también por otros convenios, como por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) que recoge el principio de igualdad ante la ley y el derecho de no discriminación por diferentes motivos incluida cualquier condición social.³ A pesar de esto las reiteradas circunstancias de discriminación contra este colectivo han creado la necesidad de la aprobación de una convención específica que trata diferentes aspectos de los derechos de las personas con discapacidad. Hay que tener en cuenta que la no discriminación por motivo de discapacidad se protege también por el Convenio Europeo de Derechos

¹ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

² Véase, R. de ASÍS ROIG, *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2013.

³ Artículo 26 del PIDCP.

Humanos (CEDH) que en su artículo 14⁴ prohíbe la discriminación por “otra situación” la cual puede incluir la discapacidad.⁵

En diciembre de 2010 la UE accedió a la CDPD que entró en vigor para la UE en enero de 2011.⁶ La CDPD es la primera convención de derechos humanos que se abrió para ser ratificada por instituciones internacionales de carácter regional. Actualmente, la CDPD mantiene en el ordenamiento comunitario un estatuto “quasi-constitucional” ubicándose por debajo del derecho originario y por encima del derecho derivado de la UE.⁷ En la práctica esto significa que si hay varias interpretaciones posibles que se puedan hacer en relación con una disposición del derecho derivado, se tiene que optar por la que más se ajuste al contenido de la CDPD.⁸ En paralelo, con el Tratado de Ámsterdam se introduce por primera vez en el derecho comunitario el concepto de discapacidad en el contexto de la igualdad. Actualmente, la disposición relevante es el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) que estipula que la UE puede adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.⁹ De igual modo, el artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) recoge la igualdad ante la ley

⁴ El artículo 14 del CEDH establece que: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

⁵ En este sentido, cabe mencionar que el artículo 1 del Protocolo 12 recoge una prohibición general de la discriminación no vinculada únicamente al ejercicio de los derechos del CEDH. Sin embargo el nivel de ratificación de esta disposición sigue siendo bajo.

⁶ La UE accedió formalmente a la CDPD por una Decisión del Consejo. Véase, Decisión del Consejo de 26 de noviembre de 2009 relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (2010/48/CE).

⁷ En este sentido, cabe señalar que el artículo 216.2 del TFUE establece que: “Los acuerdos celebrados por la Unión vincularán a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros”. El propio TJUE ha declarado que estos tratados disfrutaban de primacía sobre los actos de la Unión. Véase, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, casos *Ring y Werge*, ECLI:EU:C:2013:222.

⁸ Véanse, S. FAVALLI, D. FERRI, “Defining Disability in the EU Non-Discrimination Legislation: Judicial Activism and Legislative Restraints”, *European Public Law*, núm. 22 vol. 3, 2016, pp. 541-567 y L. WADDINGTON, “The European Union and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Story of Exclusive and Shared Competences”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 18, vol. 4, 2011, pp. 431-453.

⁹ En relación con las disposiciones de derecho originario de la UE, véase también el artículo 10 del TFUE que establece que: “En la definición y ejecución de sus políticas y acciones,

mientras que el artículo 21.1 del mismo documento incluye de forma explícita la discapacidad como uno de los motivos de discriminación prohibidos. Hay que añadir que el artículo 26 CDFUE hace especial alusión a la integración, autonomía y participación en la sociedad de las personas con discapacidad. En cualquier caso, tanto el artículo 21.1 CDFUE como el artículo 19 TFUE son aplicables dentro del marco competencial de la UE.

Estas disposiciones de derecho originario han permitido que el legislador comunitario adopte normativa derivada en materia de igualdad y no discriminación. En el año 2000 se aprueban dos directivas: la directiva de igualdad en el empleo¹⁰ y la directiva de igualdad racial.¹¹ La primera prohíbe la discriminación por motivos de orientación sexual, creencias religiosas, edad y discapacidad en el empleo. La segunda tiene un alcance notablemente más amplio y prohíbe la discriminación por motivos étnicos o de raza en el contexto de empleo, pero también en el ámbito de sistema de bienestar y de seguridad social, los bienes y los servicios. Cabe añadir que la normativa antidiscriminatoria a nivel comunitario también incluye la denominada directiva de igualdad de género aprobada en 2006.¹² Asimismo, en el año 2008 la Comisión Europea presentó una propuesta¹³ para ampliar más allá del ámbito laboral el derecho a la no discriminación por los motivos que recoge la directiva de igualdad en el empleo. Sin embargo, trece años después de la adopción de esta propuesta, la directiva todavía no se ha aprobado. En cualquier caso, es cierto que la directiva de igualdad en el empleo ha tenido como consecuencia la adopción de legislación de no discriminación por motivos de discapacidad en la mayoría de los Estados Miembros de la UE. Según el Informe de la Comisión Europea,¹⁴

la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

¹⁰ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

¹¹ Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

¹² Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

¹³ Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual [SEC(2008) 2180]{SEC(2008) 2181}.

¹⁴ L. WADDINGTON, A. BRODERICK, *Combatting disability discrimination and realizing equality. A comparison of the UN Convention on the rights of persons with disabilities and EU equality and non-discrimination law*, Comisión Europea, 2018.

solo Irlanda, el Reino Unido y Suecia tenían legislaciones de no discriminación por motivo de discapacidad comparables a la directiva en el momento de su aprobación.

Por lo que se refiere al ordenamiento jurídico español, a pesar de que el artículo 14 CE no hace referencia explícita a la discapacidad como motivo de discriminación, la alusión a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” introduce una cláusula abierta que puede cubrir situaciones de discriminación que provengan de la discapacidad. Así lo ha interpretado el TC en la STC 269/1994¹⁵ en la cual afirmó que la discapacidad puede constituir una causa de discriminación especialmente protegida por este artículo. Cabe resaltar que el artículo 49 CE fija que los poderes públicos tendrán que realizar una política de integración para los “disminuidos físicos” y los tendrán que amparar especialmente para el disfrute de los derechos que la CE otorga a todos los ciudadanos. Esta es la disposición que actualmente se pretende reformar en los términos que se explican más adelante.¹⁶ A nivel legislativo, los derechos de las personas con discapacidad se regulan actualmente por el Decreto legislativo 1/2013¹⁷ (LGDPD) que sistematiza disposiciones dispersas que habían estado en vigor en relación con esta materia.¹⁸ La normativa tiene un ámbito de actuación más amplio que la directiva de igualdad en el empleo ya que se aplica en áreas que trascienden el ámbito laboral.¹⁹

3. LA DEFINICIÓN DE LA DISCAPACIDAD Y EL DEBATE EN TORNO A SI LA ENFERMEDAD SE INCLUYE EN SU ALCANCE

El debate sobre la definición de discapacidad y la posible inclusión de la enfermedad en este concepto no es nuevo. A nivel normativo se ha centrado en la (im)posibilidad de definir el concepto de “discapacidad” y en cuál se-

¹⁵ STC 269/1994, de 3 de octubre.

¹⁶ Véase, <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/index.aspx>.

¹⁷ Decreto legislativo 1/2013 por el que se aprueba el texto refundido de la ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social (Ley 13/1982, 51/2003, 49/2007).

¹⁸ En particular, el Decreto legislativo 1/2013 integra en un texto refundido las siguientes leyes: Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

¹⁹ Véanse, artículo 5 y Título I de la LGDPD.

ría el modelo de discapacidad más adecuado. De su parte, la jurisprudencia principalmente ha venido a cubrir los huecos que ha dejado la no inclusión, en su caso, de una definición de discapacidad en la normativa y a aclarar si la enfermedad se puede equiparar a la discapacidad en un contexto de discriminación. La CDPD es un ejemplo representativo de la complejidad de definir el concepto de discapacidad en un documento jurídico. En este sentido, el proceso de negociación puso de relieve que las opiniones de los diferentes actores involucrados eran divergentes.²⁰ El impacto de esta situación se ve naturalmente reflejado en el texto de la CDPD que finalmente opta por una definición inacabada. Así, el artículo 1 de la CDPD estipula que el concepto de discapacidad incluye (y en consecuencia no se limita a) determinadas situaciones. Concretamente establece que: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

A pesar de que la definición es incompleta, lo cierto es que señala la introducción de un modelo socio-contextual de discapacidad. Según este modelo, la discapacidad se entiende como la interacción entre la deficiencia y barreras físicas o sociales que tiene como consecuencia la limitación de oportunidades de participar en la vida normal de una comunidad en igualdad de condiciones.²¹ De esta manera, la CDPD se aleja de una concepción de discapacidad estrictamente médica, según la cual la discapacidad es una circunstancia totalmente individual, introduciendo el parámetro del contexto social como un elemento clave. Se ha argumentado que de esta manera la definición de discapacidad puede abarcar un número amplio de personas e incluir también situaciones de enfermedad.²² Así lo ha interpretado también el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (el CDPD), estableciendo que las personas que padecen enfermedades no se pueden excluir

²⁰ En este sentido, la Comisión Europea defendía que sería más adecuado no incluir una definición del concepto. Se puede consultar todo el debate en relación con la definición de la “discapacidad” en la CDPD en el siguiente enlace: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata2bkgrnd.htm>.

²¹ C. BARNES, *Disabled people in Britain and Discrimination*, Hurst and Company, London, 1991, p. 2.

²² Véase, J. CLIFFORD, “The UN Disability Convention and its Impact on European equality law”, *The Equal Rights Review*, núm. 6, 2011, pp. 11-25.

automáticamente del concepto de discapacidad de la CDPD.²³ Este enfoque se ha seguido también por parte del TEDH que ya en su primera sentencia sobre discriminación por razón de discapacidad²⁴ sostuvo que una persona con una enfermedad sí que podría acogerse a la protección del artículo 14 del CEDH.

A nivel comunitario la directiva de igualdad en el empleo no contiene una definición de este término, mientras que en sus primeras sentencias el TJUE adoptó una definición notablemente restrictiva de la noción de discapacidad. Concretamente, en el caso *Chacón Navas*,²⁵ el Tribunal tomó la siguiente postura: “el concepto de discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”. Esta definición se base en el modelo individual o médico de discapacidad.²⁶ Como ciertamente ha anotado Waddington, esta sentencia del TJUE implica que el motivo de la situación desventajosa es la propia dolencia independientemente del papel que pueden tener los obstáculos ambientales.²⁷ Asimismo, en la misma sentencia el TJUE afirmó que el término discapacidad no incluye enfermedades y que la enfermedad no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a las causas por las que la directiva de igualdad en el empleo prohíbe la discriminación.

Esta postura del TJUE se modificó en la jurisprudencia posterior, más concretamente en el año 2013. En *Ring y Werge*,²⁸ el TJUE adoptó una definición más amplia de la discapacidad aceptando que esta puede incluir enfermedades “cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con

²³ Dictamen del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, S.C. c. *Brasil*, Comunicación No. 10/2013, UN Doc. CRPD/C/12/D/10/2013.

²⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Glor c. Suiza*, de 30 de abril de 2009.

²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de julio de 2006, C-13/05, caso *Chacón Navas*, ECLI:EU:C:2006:456.

²⁶ Véase, L. WADDINGTON, A. BRODERICK, *Combating disability discrimination and realizing equality. A comparison of the UN Convention on the rights of persons with disabilities and EU equality and non-discrimination law*, cit.

²⁷ L. WADDINGTON, “Case C-13/05, *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA*, judgment of the Grand Chamber of 11 July 2006”, *Common Market Law Review*, núm. 44, vol. 2, 2007, pp. 487-499.

²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, casos *Ring y Werge*, ECLI:EU:C:2013:222.

diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración". De esta manera, el TJUE no solo acepta que la enfermedad puede considerarse como uno de los motivos prohibidos de trato diferenciado, sino que también incorpora el modelo de discapacidad contenido en la CDPD. No debe pasarse por alto que la sentencia distingue entre enfermedades a corto y a largo plazo exigiendo que la enfermedad sea de largo plazo para que pueda considerarse como discapacidad.²⁹

Esta interpretación más inclusiva es sin duda consecuencia del hecho de que la sentencia se dictó después de la ratificación de la CDPD por la UE.³⁰ No obstante, la definición sigue siendo más restrictiva que la contenida en la CDPD ya que, según el TJUE, la limitación tiene que impedir la participación de la persona en la vida profesional mientras que la CDPD hace referencia a la participación en diferentes ámbitos de la sociedad. La aparente justificación para esta diferenciación es que la directiva tiene un determinado ámbito de actuación que es el ámbito laboral. No obstante, la interpretación del TJUE excluye situaciones de impedimentos no estrictamente en el ámbito laboral, pero que pueden tener como consecuencia la exclusión de la persona de beneficios de carácter laboral que sí que están cubiertos por la directiva.³¹ De igual manera se ha argumentado que la definición excluye también situaciones de prejuicios o suposiciones falsas sobre la capacidad de una persona ya que da por hecho la existencia de una dolencia.³²

Posteriormente, el TJUE mantuvo la misma definición aclarando que la obesidad como tal no se incluye dentro de los motivos de discriminación, pero podría considerarse como discapacidad si se cumplen los demás requi-

²⁹ Véanse, también, L. Waddington, "HK Danmark (Ring and Skouboe Werge): Interpreting EU Equality Law of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *European Anti-Discrimination Law Review*, núm. 17, 2013, pp.11-21 y N. BETSCH, "The Ring and Skouboe Werge Case: a Reluctant Acceptance of the Social Approach of Disability", *European Labour Law Journal*, núm. 4, vol. 2, 2013, pp. 135-142.

³⁰ Cabe resaltar que el TJUE hace referencia en esta sentencia a la definición de "discapacidad" contenida en la CDPD.

³¹ En este sentido, véase, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de marzo de 2014, C-363/12, caso Z, ECLI:EU:C:2014:159.

³² L. WADDINGTON, A. BRODERICK, *Combatting disability discrimination and realizing equality. A comparison of the UN Convention on the rights of persons with disabilities and EU equality and non-discrimination law*, cit.

sitos que habían sido establecidos en la sentencia *Ring y Werge*.³³ Los mismos requisitos se tienen que cumplir, según se manifiesta en *DW*,³⁴ para que se pueda entender comprendido en el concepto de discapacidad, el estado de salud de un trabajador reconocido como especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, que no permita al trabajador desempeñar determinados puestos de trabajo. En relación con la obesidad en particular, cabe señalar que la sentencia ha sido considerada como innovadora³⁵ y lo cierto es que, aunque no califica directamente la obesidad como una modalidad de discapacidad, ofrece una posible vía de protección para las personas obesas que son víctimas de tratos discriminatorios en el ámbito laboral.

En *Daouidi*³⁶ el TJUE se pronunció sobre el requisito que la limitación de la capacidad de la persona sea duradera, especificando que una situación de discapacidad temporal a causa de un accidente laboral no significa, por sí sola, que la limitación pueda calificarse como duradera. Para esta consideración deben tenerse en cuenta determinados indicios como “(...) el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona”. Así pues, la jurisprudencia del TJUE implica que la situación de una limitación duradera se puede dar en dos diferentes supuestos. El primero es un supuesto “de pasado”, es decir, que en el momento del acto presuntamente discriminatorio, la limitación ya ha durado el suficiente tiempo como para concluir que no presenta una perspectiva de finalización a corto plazo. El segundo supuesto es un supuesto “de futuro”, que significa que en el momento del acto diferenciado la patología, según los conocimientos médicos, determina con certeza que la duración de la limitación será de larga duración. En ambos casos no se requiere que la limitación sea permanente y puede ser curable.³⁷

³³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2014, C-354/13, caso *Kaltoft*, ECLI:EU:C:2014:2463.

³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de septiembre de 2019, C-397/18, caso *DW*, ECLI:EU:C:2019:703.

³⁵ J.D. PELAYO OLMEDO, “Aclaraciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el principio de discriminación la obesidad como posible causa de discapacidad. A propósito de la sentencia *Karsten Kaltoft vs. Billund Kommune*”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm 37, 2015.

³⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 1 de diciembre de 2016, C-395/15, caso *Daouidi*, ECLI:EU:C:2016:917.

³⁷ Véase, también, C. De FUENTES, “Sobre el concepto jurídico de persona con discapacidad y la noción de apoyos necesarios”, *Revista Española de Discapacidad*, núm. 4, vol. 2, 2016, pp. 81-99.

La jurisprudencia del TJUE se ha desarrollado también, aunque en escasas circunstancias, fuera del ámbito laboral. En *Glatzel*,³⁸ se le había denegado al demandante el permiso de conducir a causa de un problema oftalmológico que resultaba en una sustancial pérdida de visión en uno de sus dos ojos. El órgano remitidor de la cuestión prejudicial pidió al TJUE una interpretación de la Directiva 2006/126³⁹ a la luz del artículo 21.1 CDFUE. En el apartado 46 de la sentencia, el TJUE volvió a referirse a la definición de familia establecida en el caso *Ring y Werge*, pero no la terminó de aplicar, argumentando que no tenía la información suficiente para concluir si la persona se podría considerar como persona con discapacidad y, en cualquier caso, la cuestión no era relevante en este asunto dado que el trato diferenciado era justificado.⁴⁰

En el ámbito nacional legislativo, la LGDPD incorpora por primera vez en la normativa española el modelo socio-contextual de discapacidad contenido en la CDPD.⁴¹ No obstante, la definición que se adopta en la normativa nacional hace referencia a deficiencias “previsiblemente permanentes” en vez de “a largo plazo” que es el término que utiliza la CDPD. Por otra parte, es también cierto que la definición de discapacidad contenida en la normativa española no adopta el enfoque más restrictivo del TJUE según el cual la limitación tiene que impedir la participación de la persona en la vida profesional y determina que las barreras pueden ser diversas y tendrían que impedir la participación en la sociedad en general. La misma disposición establece que tienen igualmente la consideración de personas con discapacidad las personas que se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%.⁴² Cabe señalar que este último criterio se añade a la definición de discapacidad y no la sustituye y que, al mismo tiempo, introduce un criterio de reconocimiento administrativo previo de la discapacidad no

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de mayo de 2014, C-356/12, caso *Glatzel*, ECLI:EU:C:2014:350.

³⁹ Directiva 2006/126/ce del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006 sobre el permiso de conducción (Refundición).

⁴⁰ Para más información sobre este caso, véase, C. O'BRIEN, “Driving Down Disability Equality? Case C-356/12 *Wolfgang Glatzel v. Freistaat Bayern*, Judgment of 2 May 2014”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 21, vol. 4, 2014, pp. 723-738.

⁴¹ Artículo 4 LGDPD.

⁴² El mismo artículo estipula que: “Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

contemplado en la CDPD y la jurisprudencia del TJUE.⁴³ Aun así, ciertas medidas de acción positiva todavía requieren un reconocimiento administrativo como son, por ejemplo, las establecidas en la Ley 43/2006⁴⁴ para la mejora del crecimiento y del empleo.

En relación con la equiparación de la enfermedad con la discapacidad a efectos de no discriminación, se puede observar un cierto giro jurisprudencial que parte de posturas más restrictivas a otras más compatibles con la CDPD y la actual postura del TJUE. En la STC 62/2008⁴⁵ el TC tuvo ocasión de tratar el tema de si una enfermedad temporal puede considerarse como un motivo de discriminación, afirmando que la enfermedad es una situación que afecta a la totalidad de las personas en muy diferentes momentos de su vida profesional y, por lo tanto, difícilmente puede considerarse en abstracto y con carácter general como un motivo de discriminación prohibido por el artículo 14 de la CE. Aun así, el TC mantuvo que en determinadas circunstancias la enfermedad de un trabajador podría constituir un factor análogo a los mencionados en el artículo 14 CE encuadrable en la cláusula genérica de este artículo. Este sería el caso: “cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato”.

El Tribunal Supremo (TS) ha tenido tradicionalmente una visión restrictiva en relación con la definición de discapacidad declarando los despidos de personas que padecían enfermedad, improcedentes en vez de nulos.⁴⁶ De este modo, el TS afirmaba que la enfermedad no estaba especialmente protegida frente a la discriminación y que tampoco se vulneraba ningún otro derecho constitucional. En su última etapa jurisprudencial, el TS reconoció que la enfermedad puede equipararse a la discapacidad al menos en tres ocasiones.⁴⁷

⁴³ En este sentido, el artículo 64 LGDPD establece explícitamente que las garantías del derecho a la igualdad de oportunidades son de aplicación con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad.

⁴⁴ Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

⁴⁵ STC 62/2008, de 26 de mayo.

⁴⁶ Véase, entre otras, STS UD 22.11.2007- Rec. 3907/2006, STS UD 22.09.2008- Rec. 3591/2006 y STS UD 03.05.2016- Rec. 3348/2014.

⁴⁷ Véase, STS UD 22.02.2018- Rec. 160/2016, STS UD 15.03.2018- Rec. 2766/2016 y STS UD 22.05.2020- Rec. 2684/2017.

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) inicialmente tampoco reconocía que la enfermedad equivalía a la discapacidad a efectos de no discriminación, pero en varios pronunciamientos el mismo Tribunal sí que consideró que un despido de una persona que padecía una enfermedad podría vulnerar el derecho a la integridad física protegido en el artículo 15 CE. Más recientemente, el TSJC incorporó de forma más directa la doble dimensión (“de pasado” y “de futuro”) en relación con la limitación duradera producida por una enfermedad que se estableció por el TJUE en el caso *Daouidi*. Por lo que respecta a los casos que han sido denominados como “de futuro”, el TSJC ha considerado que para que sea discriminatorio un despido el empleador debe tener conocimiento de la condición de salud del trabajador. Así en su sentencia de 31 de julio de 2020⁴⁸ este Tribunal desestimó la petición del demandante dado que no se había acreditado el conocimiento de la existencia de la enfermedad por parte de la empresa. Por el contrario, en la sentencia de 5 de noviembre de 2020⁴⁹ el TSJC declaró discriminatorio el despido teniendo en cuenta que la trabajadora había informado a la delegada de prevención sobre su enfermedad tres semanas antes de que finalizara su último contrato laboral.

4. LAS PRINCIPALES FORMAS DE DISCRIMINACIÓN

Las formas de discriminación se definen también de manera amplia en el artículo 2 de la CDPD. A pesar de esta definición amplia, la Observación General No. 6 pone especial énfasis en las cuatro siguientes formas de discriminación: la discriminación directa, la discriminación indirecta, la denegación de ajustes razonables y el acoso. Así, “discriminación directa” se produce cuando, en una situación análoga, las personas con discapacidad reciben un trato menos favorable que otras personas debido a su condición personal diferente. “Discriminación indirecta” significa que la normativa o la práctica son neutras en apariencia, pero perjudican de manera desproporcionada a las personas con discapacidad. La misma Observación General pone el siguiente ejemplo para aclarar el concepto de “discriminación indirecta”: Si se convoca a un candidato con movilidad reducida a una entrevista de trabajo en la segunda planta de un edificio sin ascensor se encontrará en

⁴⁸ STSJC 31.07.2020- Rec. 1873/2020.

⁴⁹ STSJC 05.11.2020- Rec. 2650/2020.

una situación de desigualdad, aunque haya sido formalmente admitido a la entrevista.⁵⁰

Los “ajustes razonables” son modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas para garantizar el goce o ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad.⁵¹ A pesar de que la obligación de proporcionar estos ajustes es una obligación general para asegurar la igualdad en el ejercicio de todos los derechos humanos y libertades públicas, la CDPD hace especial referencia a esta necesidad en los ámbitos de libertad y seguridad,⁵² educación⁵³ y empleo.⁵⁴ El CDPD afirmó que un ajuste es razonable cuando es eficaz, pertinente y logra el objetivo para el que ha sido adoptado y que el término “razonable” no es un medio de evaluar los costes del ajuste.⁵⁵ A modo comparativo, cabe resaltar que el TEDH también ha considerado en su jurisprudencia que el incumplimiento de los ajustes razonables constituye discriminación contraria al artículo 14 CEDH.⁵⁶ Finalmente, según el CDPD, el “acoso” es una forma de discriminación cuando se produce un comportamiento no deseado relacionado con la discapacidad que tenga por objetivo atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno “intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”.⁵⁷

Además de estas cuatro principales formas de discriminación, la CDPD es la primera convención que explícitamente se refiere a la discriminación múltiple, en particular en relación con mujeres y niñas con discapacidad.⁵⁸ El CDPD aclara que, aunque el texto de la Convención solo se refiere a mujeres y niñas, la discriminación múltiple puede ocurrir con cualquier com-

⁵⁰ Observación General 6, para. 18 (a) y (b).

⁵¹ Sobre este concepto, conviene la lectura del siguiente artículo: M. ELOSEGUI, “El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 30, 2014, pp. 69-96. Cabe resaltar que el ordenamiento jurídico que mejor ha concretado las medidas que se deben tomar para el cumplimiento con el deber de proporcionar ajustes razonables es el británico. Véase, F. REY MARTÍNEZ, “Igualdad y prohibición de discriminación: De 1978 a 2018”, *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pp. 125-171.

⁵² Artículo 14.2 CDPD.

⁵³ Artículos 24.2.c y 24.5 CDPD.

⁵⁴ Artículo 27.i CDPD.

⁵⁵ Observación General 6, para. 25 (a)

⁵⁶ Véanse, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Çam c. Turquía*, de 23 de febrero de 2016 y Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Enver Sahin c. Turquía*, de 30 de enero de 2018.

⁵⁷ Observación General 6, para. 18 (d).

⁵⁸ Artículo 6 CDPD.

binación de dos o más motivos. Asimismo, concreta que la discriminación múltiple puede ocurrir como discriminación directa, indirecta, denegación de ajustes razonables y acoso.⁵⁹ La CDPD se refiere también a las medidas de acción positiva. Estas medidas, que en realidad se mencionan en otros tratados internacionales en materia de derechos humanos como, por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer o la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, consisten en introducir o mantener ciertas ventajas en favor de un grupo desfavorecido. Según el CDPD no deberían perpetuar el aislamiento, la estigmatización ni los estereotipos.

La directiva de igualdad en el empleo determina cuatro supuestos constitutivos de discriminación: la directa,⁶⁰ la indirecta,⁶¹ el acoso⁶² y la orden de discriminar.⁶³ Aunque las tres primeras se definen de manera parecida a las Observaciones Generales del CDPD, lo cierto es que la CDPD no hace referencia a la posibilidad de justificar una discriminación indirecta, mientras que la directiva comunitaria sí.⁶⁴ Entre las demás disposiciones de la norma comunitaria destaca el artículo 5 que hace referencia a los “ajustes razonables”. A pesar de esta mención, la directiva no reconoce explícitamente que el incumplimiento de esta obligación constituya discriminación, entrando en contradicción de esta manera con la CDPD. No obstante, el TJUE ha declarado que determinados tratos en el ámbito laboral sí que pueden ser discriminatorios si el empleador no ha proporcionado ajustes razonables.⁶⁵ Cabe resaltar que en cuanto a los ajustes razonables la directiva se centra de nuevo en el ámbito laboral, mientras que la CDPD se refiere al ejercicio de todos los

⁵⁹ Observación General 6, para 19.

⁶⁰ Artículo 2 (2) (a) de la directiva de igualdad en el empleo.

⁶¹ Artículo 2 (2) (b) de la directiva de igualdad en el empleo.

⁶² Artículo 2 (3) de la directiva de igualdad en el empleo.

⁶³ Artículo 2 (4) de la directiva de igualdad en el empleo.

⁶⁴ Así, el artículo 2.2.b.i establece que “dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios”. Se podría argumentar que la definición de la discriminación indirecta en la CDPD se tiene que leer juntamente con las Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos que sí prevén la posibilidad de justificar los tratos diferenciados. Aun así, parte de la doctrina ha afirmado que esta vinculación se tiene que realizar de manera limitada. Véase, S. BUTLIN, “The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Does the Equality Act 2010 measure up to UK international commitments?”, *Industrial Law Journal*, núm. 20 vol. 4, 2011, pp. 428-438.

⁶⁵ Véase, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de septiembre de 2019, C-397/18, caso *DW*, ECLI:EU:C:2019:703.

derechos humanos creando un requerimiento más amplio. La directiva comunitaria no obliga a los Estados miembros a tomar acciones positivas, pero estas medidas son compatibles con el contenido de esta.⁶⁶ Finalmente, cabe resaltar que, a diferencia de la CDPD, la directiva comunitaria no se refiere a la situación de discriminación múltiple y que el TJUE tampoco ha ampliado, por el momento, el alcance de la directiva para ofrecer especial protección en casos de discriminación por dos diferentes motivos.⁶⁷

A nivel estatal, la LGDPD adopta una definición amplia de discriminación prohibiendo en su artículo 63 los siguientes tipos de discriminación: directa o indirecta, por asociación, acoso, incumplimiento de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, y el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas. Al mismo tiempo, la misma normativa contiene otra definición de la discriminación aplicable en el ámbito laboral, que se alinea a lo establecido en la directiva de igualdad en el empleo. Uno de los puntos destacables de la LGDPD es que establece que las administraciones públicas tendrán que proteger de manera intensa a personas víctimas de más de un motivo de discriminación.⁶⁸ Este ha sido justamente uno de los puntos que el Proyecto de reforma constitucional del artículo 49 CE pretende resaltar. En particular, el apartado 2 prevé que “se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad”. La inclusión de esta consideración en el Proyecto es bienvenida, aunque es verdad que se podría formular de forma más amplia para incluir la combinación con otros motivos, como por ejemplo la edad o la orientación sexual. El mismo Proyecto tiene como objetivo reforzar la idea que las personas con discapacidad son titulares de los derechos constitucionales y garantizar la participación de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad en la realización de políticas de inclusión social, mientras que también pretende corregir la terminología empleada en el actual artículo 49 CE.⁶⁹

⁶⁶ Véase, artículo 7 de la directiva de igualdad en el empleo.

⁶⁷ En este sentido, véase Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de noviembre de 2016, C-443/15, caso *David L. Parris*, ECLI:EU:C:2016:897.

⁶⁸ Artículo 7 LGDPD.

⁶⁹ El Proyecto de reforma del artículo 49 CE establece lo siguiente: “Artículo 49: 1. Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación. 2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su

Es importante subrayar que, a diferencia de la directiva comunitaria, el artículo 63 LGDPD prevé explícitamente que el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables constituye una forma de discriminación. El TC también ha hecho esta interpretación, al menos en casos relacionados con el ámbito de educación,⁷⁰ la tutela judicial efectiva,⁷¹ los servicios sociales⁷² y, muy recientemente, incluso el ámbito laboral.⁷³ Cabe resaltar también que, en el sector del empleo público, el Decreto legislativo 5/2015⁷⁴ estipula la necesidad que la Administración Pública adopte ajustes razonables en el proceso selectivo y en el puesto de trabajo.⁷⁵ Finalmente, la LGDPD no solo prevé la posibilidad de tomar acciones positivas⁷⁶ sino que fija acciones concretas como las cuotas establecidas en el artículo 42.1 que determina que las empresas públicas y privadas que empleen más de 50 trabajadores tendrán que asegurar que al menos un 2% sean trabajadores con discapacidad.

5. LA DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN

Uno de los temas relevantes en este contexto es determinar si las cláusulas antidiscriminatorias protegen también a las personas que se asocian con las personas con discapacidad. La denominada discriminación por asociación concierne principalmente a los familiares de las personas con discapacidad, muy frecuentemente a los padres. El texto de la CDPD y de la directiva de igualdad

libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad en los términos que establezcan las leyes. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad. 3. Se regulará la especial protección de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes. 4. Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los tratados internacionales ratificados por España que velan por sus derechos”.

⁷⁰ STC 10/2014, de 27 de enero.

⁷¹ STC 77/2014, de 22 de mayo.

⁷² STC 3/2018, de 22 de enero.

⁷³ STC 51/2021, de 15 de marzo.

⁷⁴ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

⁷⁵ Artículo 59.2 del Decreto legislativo 5/2015.

⁷⁶ El artículo 2 define las acciones positivas de la siguiente manera: “Medidas de acción positiva: son aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad”.

en el empleo no incluyen de forma explícita la discriminación por asociación como una de las principales formas de discriminación. A pesar de esto, el CDPD aclara que el artículo 5 es lo suficientemente amplio como para poder cubrir todo tipo de discriminaciones, incluida la relacionada con personas asociadas con las personas con discapacidad.⁷⁷ Sin embargo, el Comité no especifica si la discriminación por asociación se prohíbe en relación con todas las formas de discriminación. Por otra parte, en el ordenamiento jurídico español, la LGDPD sí que prohíbe de forma explícita la discriminación por asociación la cual puede ocurrir, según el texto normativo, cuando una persona es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra persona por razón de discapacidad.⁷⁸

En el mismo sentido se han pronunciado también los tribunales internacionales. Esta aproximación se adoptó por primera vez por parte del TEDH en *Guberina c. Croacia*.⁷⁹ En este caso el demandante tenía un hijo con discapacidad y vivían en la tercera planta de un edificio no accesible para personas con discapacidad. A la hora de comprar una nueva vivienda acorde a las necesidades de su hijo, el demandante solicitó la exención del impuesto aplicable a familias cuyos alojamientos no cumplieran con las necesidades y la infraestructura básicas. El demandante argumentó que la accesibilidad era un elemento de infraestructura básica. Por su parte el gobierno alegó que la normativa aplicable no dejaba ningún margen de discreción dado que establecía criterios objetivos para la determinación de un alojamiento de infraestructura básica. En este sentido, el Tribunal descartó estos argumentos y anotó que había otra normativa en Croacia que abordaba la cuestión de accesibilidad de los alojamientos para las personas con discapacidad, contemplando la existencia de un ascensor como uno de los requisitos básicos. Sin embargo, las autoridades croatas no dieron ninguna consideración a esta normativa. Tampoco se habían tenido en cuenta la obligación de proporcionar ajustes razonables que se derivan de la CDPD, la cual había sido ratificada por Croacia. Teniendo en cuenta esta argumentación el TEDH concluyó que hubo vulneración del artículo 14 junto con el artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH que recoge el derecho a la propiedad.

De igual manera, el TJUE aclaró este tema en *Coleman*.⁸⁰ Aquí, el Tribunal afirmó que la directiva prohíbe la discriminación directa a trabajadores que

⁷⁷ Observación General No. 6.

⁷⁸ Artículo 2 e) LGDPD.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Guberina c. Croacia*, de 22 de marzo de 2016.

⁸⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de julio de 2008, C-303/06, caso *Coleman*, ECLI:EU:C:2008:415.

no son ellos mismos personas con discapacidad, pero que están recibiendo un trato menos favorable que otros trabajadores en situaciones análogas cuando está acreditado que este trato desfavorable está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo. En la misma sentencia el Tribunal mantuvo que la prohibición de acoso que contiene la directiva también cubre situaciones de discriminación por asociación. El TJUE no se ha pronunciado todavía en cuanto a la discriminación por asociación en casos de discriminación indirecta y la necesidad de proporcionar ajustes razonables en el contexto de la directiva de igualdad en el empleo. En todo caso, y aunque la jurisprudencia del TJUE es incompleta en relación con el alcance que puede tener una situación de discriminación por asociación, *Coleman* es un ejemplo representativo de una interpretación expansiva de la directiva de igualdad en el empleo por parte del TJUE.

6. LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD

Este apartado se centra en los principales casos de discriminación por motivo de discapacidad o enfermedad que han sido analizados por los tres tribunales que aquí son objeto de estudio: el TEDH, el TJUE y el TC. Además de los casos que ya se han citado con el fin de aclarar la postura de estos tribunales en relación con la definición de discapacidad y las formas de discriminación, en esta parte se estudia de manera más concreta como estos han resuelto los principales casos en los que se alegaba discriminación por motivo de discapacidad. Asimismo, se destaca el impacto que ha tenido la aprobación de la CDPD en cuanto a la metodología interpretativa que sigue cada uno de los tres órganos.

6.1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La aprobación de la CDPD ha transcendido en la jurisprudencia del TEDH en dos principales sentidos. Por un lado, desde esta aprobación el TEDH considera que existe consenso europeo, y también global, para proteger a las personas con discapacidad de tratos discriminatorios. Esto es considerable porque como es sabido el nivel de consenso entre los Estados parte al CEDH es uno de los criterios en el que el TEDH basa sus deci-

siones.⁸¹ La ratificación de la CDPD por parte de prácticamente todos los Estados que participan en el Consejo de Europa ha permitido que el TEDH se sienta más cómodo a la hora de dictar sentencias en la línea de promover y proteger los derechos de las personas con discapacidad. Por otro lado, la aprobación de la CDPD ha marcado un cambio en la jurisprudencia del TEDH en relación con el margen de apreciación que el Tribunal reconoce en casos relacionados con los derechos de las personas con discapacidad. Así, desde la sentencia *Glor* el Tribunal ha establecido que el margen de apreciación en estos casos es limitado.⁸² Este limitado margen se ha confirmado muy especialmente en casos de enfermedades que estigmatizan como sería el caso del VIH,⁸³ pero incluso en el ejercicio de derechos políticos⁸⁴ en los que normalmente el TEDH reconoce un margen más amplio. Se puede argumentar que la CDPD ha permitido que el Tribunal limite el margen de apreciación a niveles que antes se reconocían solo para casos de discriminaciones por motivo de raza o género.⁸⁵ En este contexto, el TEDH se ha pronunciado sobre los casos de discriminación por discapacidad en los siguientes términos. Cabe resaltar que desde su primer pronunciamiento la referencia a la CDPD está presente en todas las sentencias que este tribunal ha adoptado.

La primera vez que el TEDH dictaminó que hubo discriminación por razón de discapacidad fue en *Glor c. Suiza*.⁸⁶ En este caso, el demandante fue considerado no apto para el servicio militar obligatorio debido a que padecía diabetes. Su condición de salud se consideró por parte de las autoridades suizas inadecuada para el servicio militar, habida cuenta de la limitada atención médica ofrecida, así como los importantes esfuerzos físicos y presión

⁸¹ Sobre este tema, véase, B. MAC CRORIE, G. SANTOMAURO, "The Margin of Appreciation of States in the European Convention on Human Rights and Additional Protocol No. 15" en D. MOYA, G. MILIOS, *Aliens before the European Court of Human Rights: Ensuring Minimum Standards of Human Rights Protection*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2021.

⁸² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Glor c. Suiza*, de 30 de abril de 2009, para. 84.

⁸³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *I.B. c. Grecia*, de 3 de octubre de 2013, para. 81.

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Alajos Kiss c. Hungría*, de 20 de mayo de 2010, para. 44.

⁸⁵ Véase, también, J. CLIFFORD, "The UN Disability Convention and its Impact on European Equality law", *The Equality Rights Review*, núm. 6, 2011, pp. 11-25.

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Glor c. Suiza*, de 30 de abril de 2009.

psicológica que este servicio suponía. Sin embargo, las autoridades le ordenaron pagar un impuesto aplicable de exención del servicio militar ya que consideraron que su discapacidad era inferior al 40%, que era el porcentaje mínimo requerido para la exención del impuesto. El TEDH manifestó que el trato había sido discriminatorio porque no había justificación razonable para distinguir entre personas con discapacidad exentas del impuesto y otras personas con discapacidad que sí debían pagarlo. Declaró la vulneración del artículo 14 leído juntamente con el artículo 8 que protege el derecho a la vida privada.

En *Çam c. Turquía*,⁸⁷ el Tribunal tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la discriminación en el acceso a la educación. En esta ocasión la demandante, siendo ciega, superó las pruebas de acceso para la academia turca de música, pero le fue denegada su solicitud de inscripción. La justificación fue que los candidatos tenían que aportar un informe médico sobre su “capacidad física” y la comisión competente del hospital que examinó la demandante consideró que era apta para inscribirse a la academia en las secciones donde no se “requería vista”. En consecuencia, la academia rechazó su solicitud considerando que todas las secciones de la academia “requerían vista” en el sentido del informe médico. El Tribunal sostuvo que las autoridades no habían intentado identificar las necesidades de la Sra. Çam y no habían podido explicar cómo su ceguera podía impedirle asistir a las clases de música. Según el Tribunal, la negativa a inscribir a la Sra. Çam, se había basado únicamente en su ceguera y estaba estrechamente relacionada con el hecho de que las autoridades nacionales nunca hubieran considerado la posibilidad de hacer ajustes razonables para su discapacidad. De este modo, el Tribunal resaltó por primera vez la necesidad de hacer ajustes razonables de forma directa⁸⁸ y declaró que hubo una vulneración del artículo 14 leído juntamente con el artículo 2 del Protocolo 1 del CEDH.

En *Radi y Gherghina c. Rumanía*,⁸⁹ la Sra. Tania Radi había dejado su trabajo de enfermera para ser contratada por la autoridad local como asistente personal de su sobrino que tenía una discapacidad a raíz de un accidente. La Sra. Radi alegó que las condiciones de contratación eran contrarias al artículo

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Çam c. Turquía*, de 23 de febrero de 2016.

⁸⁸ También es la primera vez que el TEDH aplica el artículo 2 del Protocolo 1 que recoge el derecho a la educación en un caso de educación de carácter artístico.

⁸⁹ Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Radi y Gherghina c. Rumanía*, de 5 de enero de 2016.

4 y 8 del CEDH. Concretamente la demandante se refirió a la remuneración que se le atribuía que no superaba el salario mínimo sin que se tuvieran en cuenta sus cualificaciones ni el tipo de trabajo, que requería disponibilidad durante todo el día. Además, no se le garantizaban las condiciones básicas estipuladas en el derecho laboral como vacaciones u horas de trabajo extras. Según sus argumentos, dado que no había otras alternativas subvencionadas por el gobierno, la asistencia personal se tenía que asumir por los familiares de las personas con discapacidad, los cuales asumían una carga desproporcionada. Asimismo, la demandante alegó que el régimen era discriminatorio por asociación con una persona con discapacidad y por género, puesto que la mayoría de las asistentes personales eran mujeres. El Tribunal consideró que la demanda estaba manifiestamente mal fundada y la desestimó. De acuerdo con el TEDH, la demandante había entrado en la relación contractual de forma voluntaria y podría renunciar a ella en cualquier momento. Asimismo, cualquier demanda relacionada con sus condiciones laborales y las posibles vulneraciones del derecho laboral podría ser reclamada ante los tribunales ordinarios.⁹⁰

El TEDH ha explorado también otra vertiente de los derechos de las personas con discapacidad, en particular la relativa a los derechos políticos que recoge el artículo 3 del Protocolo 1 del CEDH. En *Alajos Kiss c. Hungría*,⁹¹ una persona que padecía depresión maníaca se había puesto bajo tutela parcial y como consecuencia se le había denegado el derecho de voto dado que la Constitución húngara contenía una prohibición de voto aplicable de forma indiscriminada a todas las personas que estaban bajo cualquier tipo de tutela. El TEDH consideró que la prohibición absoluta contenida en la Constitución húngara vulneraba el artículo 3 del Protocolo 1. Por el contrario, en *Strøbye y Rosenlind c. Dinamarca*,⁹² el Tribunal declaró compatible con el CEDH la denegación del derecho de voto a dos personas que habían sido declaradas incapacitadas. Según el TEDH, Dinamarca había actuado dentro del margen de apreciación ya que el legislador danés había hecho esfuerzos notables para evaluar la situación y reflejar los cambios en la sociedad en relación con este tema, mientras que la calidad

⁹⁰ Para una crítica sobre la postura del Tribunal en relación con el artículo 4, véase, C. Cococariu, Guberina and Gherghina: the two sides of the Court's disability jurisprudence, Strasbourg Observers, disponible en: <https://strasbourgobservers.com/>.

⁹¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Alajos Kiss c. Hungría*, de 20 de mayo de 2010.

⁹² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Strøbye y Rosenlind c. Dinamarca*, de 2 de febrero de 2021.

de la revisión judicial interna reforzaba la misma idea. En un caso con hechos parecidos adoptado en mayo de 2021,⁹³ el mismo Tribunal avaló que España no permitiera votar a una persona con discapacidad mental considerando que la prohibición no era desproporcionada y perseguía un fin legítimo.⁹⁴

6.2. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La principal influencia que ha tenido la aprobación de la CDPD en la jurisprudencia comunitaria en cuanto a la metodología interpretativa está relacionada con el papel de la CDFUE y la posición de la CDPD en el sistema de fuentes. Destaca de forma notable que el Tribunal de Luxemburgo no se refiere a la CDFUE a la hora de interpretar la directiva de igualdad en el empleo, sino directamente a la CDPD. En cuanto a las primeras sentencias en esta materia,⁹⁵ esta ausencia de referencia a la CDFUE se podría entender dado que se adoptaron antes de la aprobación del Tratado de Lisboa, en un periodo que la CDFUE no tenía carácter vinculante y su posición en el ordenamiento jurídico era incierta. Sin embargo, la misma postura, aunque con algunas excepciones,⁹⁶ se mantuvo incluso después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa que comportó importantes cambios en el ámbito de los derechos fundamentales. Así, el TJUE utiliza como parámetro interpretativo del derecho antidiscriminatorio por motivo de discapacidad a la CDPD y no a la CDFUE, la cual, como se ha visto contiene disposiciones directamente aplicables a las personas con discapacidad. Esto ha tenido como consecuencia la “constitucionalización” *de facto* de la CDPD en el ordenamiento jurídico comunitario⁹⁷ y ha degradado el papel de la CDFUE en casos de no

⁹³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Caamaño Valle c. España*, de 11 de mayo de 2021.

⁹⁴ Cabe resaltar que los hechos ocurrieron en 2013 y que posteriormente el legislador español eliminó la posibilidad de prohibir el ejercicio del derecho de voto a las personas con discapacidad. Véase, Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

⁹⁵ Véanse, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de julio de 2006, C-13/05, caso *Chacón Navas*, ECLI:EU:C:2006:456 y Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de julio de 2008, C-303/06, caso *Coleman*, ECLI:EU:C:2008:415.

⁹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de marzo de 2017, C-406/15, caso *Milkova*, ECLI:EU:C:2017:198.

⁹⁷ Véase, D. FERRI, “The Unorthodox Relationship between the EU Charter of Fundamental Rights, the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities and

discriminación. La limitada referencia a la CDFUE que se puede observar en otros ámbitos también⁹⁸ es problemática desde el punto de vista de la jerarquía normativa puesto que, como se ha visto, la CDPD se sitúa por debajo de los tratados en el ordenamiento jurídico comunitario. La futura jurisprudencia del TJUE desvelará hasta qué punto el TJUE utilizará la CDPD como parámetro interpretativo incluso de la propia CDFUE y no solo del derecho derivado en materia de no discriminación. En cualquier caso, de igual manera que sucede con el TEDH, el TJUE también se refiere a CDPD en todas las sentencias especialmente desde la ratificación de la convención por parte de la UE.

En *Ring y Werge*, dos mujeres habían sido despedidas de su trabajo después de regresar de una baja por enfermedad con la justificación de que ya no podían desempeñar la actividad a tiempo completo a causa de su enfermedad. El Tribunal mantuvo que la reducción del tiempo de trabajo puede constituir una medida de ajuste a las que se refiere el artículo 5 de la directiva. Sin embargo, el Tribunal afirmó que estos ajustes razonables no pueden suponer una carga excesiva para el empresario, una situación que corresponde apreciar al juez nacional. Esta postura contradice las líneas interpretativas de la CDPD que, como se ha visto, establece que la “razonabilidad” de los ajustes se tiene que valorar en función de su efectividad y no de sus costes. Aun así, el TJUE aclaró que la directiva se opone al despido de una persona que ha estado de baja por discapacidad cuando esta baja ha sido consecuencia de que el empleador no adoptó los ajustes razonables previstos en la directiva de igualdad en el empleo.

En *Milkova*,⁹⁹ una funcionaria búlgara interpuso una demanda al extinguirse su relación laboral con la administración pública a raíz de la desaparición de su puesto de trabajo. Según el Código de Trabajo búlgaro, para poder despedir a un trabajador por cuenta ajena que padece ciertas enfermedades es necesaria la autorización de la Inspección de Trabajo. Sin embargo, aun-

Secondary Rights in the Court of Justice Case Law on Disability Discrimination”, *European Constitutional Law Review*, núm. 16, 2020, pp. 275-305.

⁹⁸ Una situación parecida se observa en relación con el derecho a la vida familiar. Véanse, en este sentido, G. MILIOS, “A Re-examination of the Family Reunification Directive in the post-Lisbon Fundamental Rights Scene”, *Vienna Journal on International Constitutional Law*, núm. 12, vol 1, 2018, pp. 85-114 y G. MILIOS, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Comares, Granada, 2021.

⁹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de marzo de 2017, C-406/15, caso *Milkova*, ECLI:EU:C:2017:198.

que la enfermedad de la Sra. Milkova se encontraba dentro de las enfermedades que requieren dicha autorización, la demandante fue despedida sin ninguna tramitación previa. El TJUE sostuvo que el artículo 7.2 de la directiva de igualdad en el empleo relativo a las acciones positivas permite una normativa nacional que confiere a los trabajadores por cuenta ajena con ciertas discapacidades una protección especial al despido, sin conferir la misma protección a los funcionarios con la misma discapacidad. Según el Tribunal esta afirmación se adopta sin perjuicio a la posible vulneración del principio de igualdad de trato, situación que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

En *Ruiz Conejero*,¹⁰⁰ el TJUE afirmó que el artículo 2.2 de la directiva que prohíbe la discriminación indirecta se opone en principio a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador. Seguidamente, el TJUE aclaró que dicha normativa podría ser compatible con la directiva si tuviera la finalidad legítima de combatir el absentismo y no fuera más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad. Según el TJUE corresponde al órgano jurisdiccional remitente la evaluación de esta situación. La presente sentencia resultó de una cuestión prejudicial por parte de un órgano jurisdiccional español y hacía referencia al artículo 52 d) LET, disposición que también fue objeto de control de constitucionalidad por parte del TC español y, finalmente, fue derogada.¹⁰¹

Finalmente, en *WD* el TJUE sostuvo que el despido por causas objetivas de un trabajador con discapacidad por presentar una productividad inferior a un determinado nivel, una menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y un elevado índice de absentismo constituye discriminación indirecta a no ser que el empleador haya realizado los ajustes razonables que prevé el artículo 5 de la directiva, situación que corresponde evaluar al juez nacional. Se hace evidente que este último criterio está presente en casi todas las resoluciones del TJUE. Con todo, el TJUE está tomando una posición de cautela en relación con la interpretación del derecho a la no discriminación remitiendo a los tribunales nacionales, remitores de las cuestiones pre-

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de enero de 2018, C-270/16, caso *Ruiz Conejero*, ECLI:EU:C:2018:17.

¹⁰¹ Para la postura del TC sobre la constitucionalidad de esta disposición véase el análisis efectuado en el apartado siguiente.

judiciales, para la aplicación de los principios que establece en su jurisprudencia. Esta consideración a menudo crea una situación de desprotección y ambigüedad.

6.3. El Tribunal Constitucional español

Centrándonos en el ámbito nacional, el artículo 10.2 CE por sí solo da especial relevancia a la CDPD en relación con la interpretación del artículo 14 CE y la no discriminación por motivo de discapacidad.¹⁰² En este sentido, la aprobación de la CDPD no supuso nuevos desafíos en relación con su posición en el ordenamiento jurídico y su papel interpretativo similares a los detectados a nivel comunitario. El propio TC ha entendido que la cláusula del artículo 10.2 CE obliga a una interpretación del artículo 14 CE de conformidad con la CDPD. De este modo la referencia a la convención está presente en su jurisprudencia post-CDPD y, en su caso, en los votos particulares de los Magistrados. En el mismo sentido uno de los puntos que el Proyecto de reforma pretende destacar es justamente la importancia de los tratados internacionales para las personas con discapacidad, al establecer en su último punto que: “Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los tratados internacionales ratificados por España que velan por sus derechos”. En este contexto se ha desarrollado una cuantitativamente limitada jurisprudencia del TC en la materia. Una jurisprudencia claramente influenciada por la CDPD sobre todo por lo que se refiere a la obligación de proporcionar ajustes razonables, criterio que progresivamente ha formado parte de la argumentación del TC y se ha aplicado en diferentes ámbitos.

La primera sentencia que se dictó en materia de discriminación por discapacidad es la STC 269/1994.¹⁰³ El caso se refiere a una convocatoria de funcionarios en Canarias que reservaba seis plazas a personas con más del 33% de discapacidad, siempre y cuando superaran la oposición en igualdad de condiciones que los demás candidatos. La recurrente había superado la oposición y había tomado posesión de la plaza. Sin embargo, un candidato con discapacidad superior al 33% que también había superado la oposición, pero con una nota inferior a la

¹⁰² Sobre este tema, véanse, F. De CARRERAS, “Función y alcance del artículo 10.2 de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 60, 2000, pp. 321-341 y P. CUENCA GÓMEZ, “La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: La interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 12, 2012.

¹⁰³ STC 269/1994, de 3 de octubre.

de la recurrente solicitó ocupar una de las seis plazas reservadas para personas con discapacidad. La administración admitió esta solicitud y dejó a la recurrente sin plaza. Esta recurrió en amparo al TC alegando vulneración del artículo 14 CE y también del artículo 23.2 CE. En su sentencia, el TC afirmó que este tipo de medidas de acción positiva no vulneran el artículo 14 CE y son legítimas a la luz también del artículo 9.2 CE que hace referencia a la igualdad real y efectiva como objetivo a promover. Estas cuotas tampoco vulneran el artículo 23 ya que la discapacidad no se valoró como un mérito. Según el TC, las cuotas únicamente tenían como objetivo promover la integración laboral de personas desfavorecidas en este ámbito como son las personas con discapacidad.

Posteriormente el TC se pronunció sobre la escolarización de un niño con discapacidad en un centro de educación especial como consecuencia de una resolución de la comisión de escolarización de la Dirección Provincial de Educación de Palencia y en contra de la voluntad de sus padres.¹⁰⁴ El TC mantuvo que esta resolución, así como las resoluciones judiciales posteriores que la avalaron, no vulneraron el derecho fundamental a la educación ni el principio de igualdad dado que habían motivado y ponderado suficientemente las razones en que se basa la adopción de esta medida excepcional. Cabe resaltar que los Magistrados Luis Ortega y Juan Antonio Xiol discreparon en su voto particular¹⁰⁵ del criterio mayoritario y mantuvieron que la CDPD reconoce el carácter inclusivo de la educación. Es decir, que como regla general se debe promover la escolarización de los niños con discapacidad en centros de educación ordinaria recibiendo los apoyos necesarios y, solamente de manera excepcional, la escolarización en un centro de educación especial. En otra sentencia,¹⁰⁶ el TC amparó a una persona con discapacidad intelectual a la que se le negó el acceso a un centro especializado por tener más de 60 años, concediéndole a cambio una plaza en una residencia de mayores. El TC declaró el trato discriminatorio por razón de edad y de discapacidad.

La STC 118/2019¹⁰⁷ resolvió una cuestión de inconstitucionalidad que trataba sobre el artículo 52 d) del ET.¹⁰⁸ Este artículo establecía que eran cau-

¹⁰⁴ STC 10/2014, de 27 de enero.

¹⁰⁵ Voto particular que formula el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez al que se adhiere el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos respecto a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 6868-2012.

¹⁰⁶ STC 3/2018, de 22 de enero.

¹⁰⁷ STC 118/2019, de 16 de octubre.

¹⁰⁸ Sobre el tema del absentismo laboral como causa de despido objetivo véanse, M.A. GÓMEZ SALADO, *El absentismo como causa del despido objetivo: Puntos críticos en la re-*

sa de despido objetivo las ausencias aún justificadas pero intermitentes que alcanzaran el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcanzara el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses. En estas circunstancias, el órgano promotor de la cuestión consideró que dicho precepto del ET podía ser contrario a los artículos 15, 35.1 y 43.1 CE. Cabe hacer notar que, a diferencia de las sentencias anteriormente analizadas, el TC no abordó el presente caso desde la perspectiva de la no discriminación. El propio juzgado promotor de la cuestión de inconstitucionalidad no cuestionó la compatibilidad de este precepto con el artículo 14 CE manifestando que el tema de la discriminación había sido objeto de una cuestión prejudicial y el TJUE había aclarado esta perspectiva. De forma resumida se menciona que el TC afirmó que el artículo 52 d) del ET era compatible con los derechos a la integridad física, la salud y el trabajo dado que el párrafo segundo de dicho precepto estipulaba que la extinción del contrato no se podía aplicar en situaciones de enfermedades graves o de larga duración. Asimismo, según el TC, aunque no se pudiera descartar que esta regulación pudiera condicionar la actuación del trabajador presionándole a acudir al trabajo pese a sufrir una enfermedad, el precepto no desprotegía la salud de los trabajadores que se garantiza en cualquier momento por el sistema nacional de salud.

A pesar de que la posible discriminación no fue abordada por la opinión mayoritaria, sí se planteó en los votos particulares de la sentencia. Así, el magistrado Fernando Valdés expresó la opinión que no solo se ve vulnerado el derecho al trabajo, sino que la prohibición de discriminación por discapacidad está también implicada en estos casos. Por su parte la magistrada María Balaguer se centró en otra vertiente de la prohibición de la discriminación, en particular en la relativa al género. Refiriéndose a datos estadísticos del INE llegó a la conclusión que la aplicación del artículo 52 d) puede implicar una discriminación indirecta por razón de sexo, por afectar en mayor medida a la mujer. Según su opinión esto es debido “a las negativas consecuencias que tiene su doble jornada, es decir, su mayor dedicación al cuidado de los hijos, de los discapacitados y los dependientes (ascendientes y descendientes), junto a su jornada laboral, lo que conlleva también una afección

dación del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores, Comares, Granada, 2019 y Á. ARIAS DOMÍNGUEZ, *Absentismo laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

sobre su salud, incidiendo todas esas circunstancias de manera negativa en su actividad laboral”.

Muy recientemente el TC declaró por primera vez en un contexto laboral que el derecho a no ser discriminado por motivo de discapacidad comprende también un derecho a recibir ajustes razonables. En particular, el 15 de marzo de 2021¹⁰⁹ el TC estimó el recurso de amparo a un letrado de la administración de justicia con síndrome de Asperger que había solicitado ajustes para poder desempeñar las tareas que su discapacidad dificultaba. La administración no dio una respuesta suficiente a esta petición y el demandante recurrió en amparo ante el TC que declaró que había una vulneración de los artículos 14, 24.2 y 25.1 CE. Concretamente, el TC afirmó que el incumplimiento de la obligación por parte del empleador de adoptar los ajustes razonables priva de legitimidad el despido o la adopción de medidas disciplinarias. Aunque tales medidas puedan estar fundadas en razones objetivas y aparentemente neutras, incurren en discriminación si no se ha garantizado antes el principio de igualdad de trato de las personas con discapacidad mediante ajustes. Además, según el TC, en casos de peticiones de ajustes razonables por parte de la persona con discapacidad, la respuesta del empleador debe ser expresa y estar motivada, en particular cuando deniegue los ajustes solicitados, ya que de lo contrario incurrirá en una denegación tácita carente de la debida justificación que vulnera la CE.

7. CONCLUSIONES

Es indudable que la aprobación de la CDPD cambió sustancialmente la situación en relación con los derechos de las personas con discapacidad. Como se ha visto en este estudio, una de las consecuencias de esta aprobación ha sido un importante giro en la jurisprudencia y normativa en cuanto a la definición de discapacidad y las formas de discriminación que son las dos áreas que han sido aquí objeto de estudio. A pesar de esto, se han detectado importantes contradicciones entre la CDPD y la jurisprudencia y normativa nacional y comunitaria. Esto es problemático ya que los tribunales nacionales tendrán que aplicar la normativa española e interpretarla a la luz de la CDPD y al mismo tiempo tener en cuenta la manera que el TJUE ha venido a interpretar las mismas cuestiones. En consecuencia, es importante que los

¹⁰⁹ STC 51/2021, de 15 de marzo.

ordenamientos jurídicos se adapten de manera más eficaz al contenido de la CDPD para asegurar mayor coherencia y seguridad jurídica.

Las principales contradicciones de esta compleja convivencia de la normativa y jurisprudencia nacional y supranacional se resumen de la siguiente manera. Primero, la definición de discapacidad según el TJUE se refiere a limitaciones solo en la vida profesional mientras que la CDPD se refiere a diferentes ámbitos de la sociedad. Por su parte, la normativa española se alinea a la definición más amplia de la CDPD, pero requiere que la deficiencia sea “previsiblemente permanente” en vez de “a largo plazo”, criterio que utiliza la CDPD. Al mismo tiempo el criterio de un reconocimiento administrativo previo de la discapacidad adoptado por la normativa española se aleja del enfoque de la CDPD. Segundo, la normativa comunitaria no reconoce que el no cumplimiento con la obligación de proporcionar ajustes razonables constituye discriminación y, aunque el TJUE se ha pronunciado positivamente en relación con este tema, su interpretación del término “razonables” tiene en cuenta los costes económicos, criterio no adoptado por la CDPD. Este enfoque del TJUE sobre los ajustes razonables se sigue también a nivel nacional por parte del TC y está contemplado en la LGDPD. La discriminación múltiple es otro tema que está ausente en la normativa y jurisprudencia comunitaria mientras que se aborda en la CDPD y, de forma amplia en la LGDPD. Tercero, se han observado ciertos huecos también en relación con la discriminación por asociación. La jurisprudencia internacional, incluida la del TEDH, se ha pronunciado generalmente de forma positiva aclarando que es una situación que se puede acoger a la protección de las cláusulas antidiscriminatorias. No obstante, el TJUE ha sostenido que se prohíbe en casos de discriminación directa y acoso, mientras que su postura en relación con la obligación de proporcionar ajustes razonables y la discriminación indirecta todavía no se ha expresado.

Como se ha visto la aprobación de la CDPD ha incidido sobre los diferentes ordenamientos jurídicos también en relación con los principios interpretativos que se utilizan. Por lo que se refiere al sistema del Consejo de Europa, esta aprobación ha permitido que el TEDH adopte una serie de sentencias basándose en un consenso que el propio tribunal consideró ampliado después de la ratificación de la CDPD por parte de los países europeos. Al mismo tiempo la CDPD ha resaltado problemas persistentes de derecho comunitario que surgen especialmente después del Tratado de Lisboa. Principalmente estas cuestiones están relacionadas con la CDFUE que, a pe-

sar de su actual posición notablemente reforzada, no acaba de ser una referencia para los jueces del TJUE, que utilizan de forma mucho más amplia la CDPD como parámetro de interpretación de la normativa comunitaria. En el ordenamiento español este tipo de problemas se han evitado gracias a la cláusula del artículo 10.2 CE. En base a esta disposición, el TC ha construido su postura en relación con la obligación de proporcionar ajustes razonables que se ha reconocido progresivamente en diferentes ámbitos. De cara al futuro la reforma del artículo 49 CE se espera que reabra el debate sobre determinadas cuestiones del derecho antidiscriminatorio y constitucional, como es la discriminación múltiple y las garantías de los principios rectores de la política social.

GEORGIOS MILIOS
Derecho constitucional
Universidad de Barcelona,
Av. Diagonal 684,
08034, Barcelona,
e-mail: gmilios@ub.edu