
This is the **published version** of the bachelor thesis:

Molina Oliveras, Eva; Gutiérrez Colominas, David, dir. El concepto de discapacidad : un examen internacional y europeo. 2022. 39 pag. (1285 Grau en Dret i Grau en Relacions Laborals)

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/266085>

under the terms of the  license



**Universitat Autònoma
de Barcelona**

Facultad de Derecho

Trabajo de Final de Grado

**EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD: UN EXAMEN
INTERNACIONAL Y EUROPEO**

Alumna: Eva Molina Oliveras

Grado en Derecho y Grado en Relaciones Laborales

Director: David Gutiérrez Colominas

Curso: 2021-2022

Fecha de entrega: 16-06-2022

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
RESUMEN	4
ABSTRACT.....	4
1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. LA DISCAPACIDAD DESDE LA ACTUAL PERSPECTIVA INTERNACIONAL: LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	13
3. LA DISCAPACIDAD DESDE LA ACTUAL PERSPECTIVA EUROPEA.....	19
2.1. La 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	19
2.2. El papel del TJUE en la conceptualización de la discapacidad.....	28
CONCLUSIONES	36
BIBLIOGRAFÍA	38

ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española de 1978
CDPD	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
TCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea

RESUMEN

La discapacidad es considerada actualmente como una causa de discriminación en los ámbitos internacional, europeo y español. Esto ha planteado la necesidad de elaborar un concepto de discapacidad para delimitar el ámbito subjetivo de la tutela antidiscriminatoria que recogen los distintos ordenamientos jurídicos; cuestión que ha entrañado grandes dificultades teniendo en cuenta la no uniformidad del tratamiento de la discapacidad a lo largo de los años y el reciente cambio de paradigma protagonizado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Este tratado ha llegado incluso a impactar en la jurisprudencia del TJUE, que se ha visto obligado a modificar su interpretación de la Directiva 2000/78/CE, llevando así a un cambio de conceptualización de la discapacidad. Por ello, este trabajo expone la evolución de los modelos de tratamiento de la discapacidad, y contribuye a clarificar la conceptualización de la discapacidad a través del análisis de la CDPD y de la Directiva, así como de los principales pronunciamientos del TJUE.

Palabras clave: discriminación por razón de discapacidad, igualdad de trato, modelo médico de la discapacidad, modelo social de la discapacidad.

ABSTRACT

Disability is currently considered a cause of discrimination at international, European, and Spanish levels. This has raised the need to develop a concept of disability to delimit the subjective scope of the anti-discrimination protection provided by the different legal systems; an issue that has posed several difficulties given the non-uniform treatment of disability over the years and the recent paradigm shift led by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. This treaty has even impacted the case law of the CJEU, which has been forced to change its interpretation of Directive 2000/78/EC, leading to a change in the conceptualisation of disability. This work, therefore, outlines the evolution of models of disability treatment and contributes to clarify the conceptualisation of

disability by analysing the Convention and the Directive, as well as the main rulings of the CJEU.

Keywords: disability discrimination, equal treatment, medical model of disability, social model of disability.

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia las personas con discapacidad han sido un colectivo fuertemente estigmatizado por su diferencia respecto a un modelo de ideal humano considerado como un canon de normalidad, lo que ha dificultado, cuando no impedido, su integración plena en la sociedad. Este estigma ha llevado a los Estados a tratar a las personas con discapacidad de múltiples formas, cuyas prácticas se han agrupado en distintos modelos de tratamiento de la discapacidad.

El primer modelo que se recoge en nuestra historia es el de prescindencia, caracterizado por ofrecer una justificación religiosa a la discapacidad¹, y por considerar a la persona con discapacidad un ser improductivo que no tiene nada que aportar a la sociedad –esto es, innecesario– y que, además, supone una carga para los padres o incluso para la propia sociedad². Ante esta innecesariedad de la persona con discapacidad, se han desarrollado dos tipos de respuestas sociales: las políticas eugenésicas y las de marginación, que se recogen en forma de submodelos de tratamiento de la discapacidad.

El submodelo eugenésico, que imperó en la Antigüedad clásica³, cree que la diversidad funcional es tener una vida indigna y que, por ello, no merece la pena ser vivida⁴. Consecuentemente, ante diversidades funcionales congénitas, practicaban el infanticidio⁵, mientras que, cuando las diversidades eran detectadas o adquiridas con posterioridad al nacimiento, se les daban ayudas para la

¹ Mayoritariamente la discapacidad se debía a un castigo de los dioses por algo que los padres de la persona con discapacidad habían cometido, o, en menor número de ocasiones, la discapacidad se explicaba por una advertencia, también de los dioses, de que la alianza estaba rota y de que una catástrofe común iba a llegar. PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Cinca, Madrid, 2008, p. 37.

² *Id.*

³ *Ibid.*, p. 30.

⁴ *Ibid.*, p. 39.

⁵ En este sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, H., “La tutela constitucional de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Político*, nº 100, 2017, p. 1031, relata algunas de las distintas prácticas de infanticidio que se han llevado a cabo: En Esparta el recién nacido era sometido a un examen por el Consejo de Ancianos, y si este concluía que el bebé no cumplía con los estándares biológicos exigidos, se le lanzaba desde el Monte Taigeto; en Atenas, se abandonaba al recién nacido en una vasija durante diez días a las afueras de la ciudad, y si sobrevivía, se entendía que el bebé gozaba de la protección de los dioses y era cuidado por los padres; y en la Roma Republicana, la IV Tabla de la Ley de las XII Tablas autorizaba al *paterfamilias* a matar al hijo que nacía con alguna deformidad.

subsistencia⁶. PALACIOS RIZZO justifica esta diferencia de trato para el segundo colectivo en dos hechos: que la diversidad funcional no estuviera estigmatizada por creencias religiosas, y que los primeros beneficiarios fueran los veteranos de guerra⁷.

El submodelo de marginación, que rigió en la Edad Media⁸, da a las personas con discapacidad un lugar en la sociedad junto a los pobres y mendigos⁹, lo que implica subsistir a base de la caridad y de la diversión de los demás miembros de la comunidad¹⁰, aunque en muchas ocasiones, al invocar la fe como único medio de salvación, morían por falta de recursos económicos y de medios técnicos¹¹.

Al final de la Primera Guerra Mundial, empieza a consolidarse el modelo médico de tratamiento de la discapacidad¹². Tras cuatro años de guerra, eran muchos los soldados que habían quedado heridos y ya no podían prestar servicios en el marco de una relación laboral¹³. Fruto de esta situación, los Estados sentían que la guerra se había llevado algo que había que reemplazar¹⁴, así que implementaron servicios sociales y de rehabilitación para insertar a los heridos de guerra en la sociedad¹⁵. De esta forma, se empezaron a relacionar las personas con discapacidad con los denominados “mutilados de guerra”¹⁶, percibiéndose que la discapacidad era una

⁶ En este sentido, PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, op. cit., p. 40, destaca, a modo ejemplificativo, la situación de la antigua Atenas, en la que los soldados con discapacidad recibían pensiones; y la situación de los romanos, quienes recibían comida, dinero y territorios.

⁷ *Id.*

⁸ *Ibid.*, p. 30.

⁹ *Ibid.*, p. 56.

¹⁰ *Ibid.*, p. 54.

¹¹ *Ibid.*, p. 58.

¹² El modelo médico también recibe otras denominaciones como modelo asistencial, rehabilitador o individual. CORDERO GORDILLO, V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 16.

¹³ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*. Universitat Autònoma de Barcelona, Bellaterra, 2018, pp. 29-30.

¹⁴ PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, op. cit., p. 69.

¹⁵ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, op. cit., p. 30.

¹⁶ La expresión “mutilados de guerra” alude, tal como expone PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional*

insuficiencia o deficiencia que había que erradicar¹⁷. Aun así, no fue hasta los años sesenta que, con la llegada del enfoque social, las políticas de inserción fueron extendidas a todas las personas con discapacidad, con independencia de su origen¹⁸.

El modelo rehabilitador supone un cambio muy importante en el tratamiento de la discapacidad. Los avances científicos y médicos son los que permitieron este cambio de paradigma¹⁹, que deja de lado el origen religioso de la discapacidad, abogando por un criterio puramente científico. Así, ello implica tratar la diversidad funcional en términos de salud o enfermedad, y, por lo tanto, concebirla como una situación modificable²⁰. Esta posible mejoría en la salud es lo que lleva al modelo a entender que las personas con discapacidad no son innecesarias, siempre y cuando puedan ser rehabilitadas o “normalizadas”²¹. De este modo, su rentabilidad en la sociedad queda supeditada a su recuperación médica²²; aunque, a pesar de lograrla, no las consideran igual de válidas y capaces que las demás²³. En cambio, cuando la recuperación no es posible o no es viable, el modelo aboga por la institucionalización de estas personas de por vida²⁴. Con estos avances en su tratamiento, las personas con discapacidad tienen la consideración de humanos – cosa que no tenían en el modelo anterior–, pero, aun así, no son considerados humanos plenos, sino que se les etiqueta como humanos enfermos²⁵.

sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, op. cit., pp. 68-69, a aquellas personas que, a consecuencia de la guerra, les falta un órgano, un sentido o una función. Esta expresión se emplea a fin y efectos de distinguir a los miembros de este colectivo de los que padecen una discapacidad por razón de accidente de trabajo.

¹⁷ Id.

¹⁸ CORDERO GORDILLO, V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, op. cit., p. 16.

¹⁹ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, op. cit., p. 29.

²⁰ PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, op. cit., pp. 66-67.

²¹ Id.

²² Ibid., p. 66.

²³ POLONIO DE DIOS, G., *La discapacidad desde la perspectiva del Estado Social*. Universidad de Córdoba, Córdoba, 2015, p. 170.

²⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, H., “La tutela constitucional de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Político*, op. cit., p. 1034.

²⁵ HERNÁNDEZ RÍOS, M.I., “El concepto de discapacidad: de la enfermedad al enfoque de derechos”, *Revista CES Derecho*, vol. 6, nº 2, 2015, p. 48.

Con la atención en la situación de salud de las personas, el modelo médico focaliza el problema de la discapacidad en el individuo y en sus circunstancias funcionales²⁶, de modo que son ellos quienes deben adaptarse –rehabilitarse– para tener cabida en la sociedad, la cual ha sido pensada y diseñada para un patrón biológico y médico determinado a lo que se considera “normalidad” y a lo que se ha equiparado con salud²⁷.

Para la rehabilitación de las personas con discapacidad, el Estado interviene por primera vez asumiendo la responsabilidad de integrar a este colectivo²⁸. Para ello, les reconoce determinados derechos sociales de carácter prestacional y económico: educación especial, empleo protegido, sistema público de salud, servicios asistenciales y régimen público de la Seguridad Social²⁹.

Pero el modelo ve a las personas con discapacidad menos válidas o capaces que las demás³⁰, y por eso las respuestas sociales que ofrece están marcadas por un carácter paternalista que subestima las aptitudes de estas personas poniendo el foco únicamente en sus diversidades funcionales y, por lo tanto, en las actividades que no pueden realizar³¹, lo que implica caracterizar al colectivo como dependiente³². Ejemplo de este paternalismo lo encontramos en el empleo, pues, para la rehabilitación profesional de la persona con discapacidad, se le reserva un espacio apartado de la sociedad mediante el empleo protegido, convirtiéndose así en cuasi inexistente su presencia en el empleo ordinario³³. Sin embargo, lo único que

²⁶ BIEL PORTERO, I., *Los derechos de las personas con discapacidad en el marco jurídico internacional universal y europeo*. Universitat Jaume I, Castellón, 2009, p. 12.

²⁷ GUZMÁN CASTILLO, F., “El binomio discapacidad-enfermedad. Un análisis crítico”, *Revista Internacional de Humanidades Médicas*, vol. 1, nº 1, 2012, pp. 63-64.

²⁸ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, op. cit., p. 30.

²⁹ ÁLVAREZ GARCÍA, H., “La tutela constitucional de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Político*, op. cit., p. 1033.

³⁰ PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, op. cit., p. 67.

³¹ *Ibid.*

³² GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, op. cit., p. 32.

³³ *Ibid.*, p. 30.

realmente se consigue con ello es aumentar la estigmatización de este colectivo y obstaculizar su plena integración social.

A finales de la década de los sesenta y principios de los setenta del siglo XX, en Estados Unidos y Reino Unido empiezan a surgir movimientos por parte de activistas con discapacidad y de organizaciones de personas con discapacidad para luchar contra su consideración de “ciudadanos de segunda”³⁴, así como para luchar por los derechos civiles, el apoyo mutuo, la desmercantilización y la desinstitucionalización³⁵. Para ello, reestructuran el discurso para mostrar el impacto que las barreras sociales y ambientales, las actitudes discriminatorias y los estereotipos culturales negativos les generan y que, como afirmaban, discapacitan a las personas con deficiencias³⁶.

El modelo social se caracteriza por focalizar en la sociedad el origen de la discapacidad. Sin negar que exista en esta un componente médico-biológico, considera que lo más importante son las características del entorno en tanto que pueden ser barreras que impidan la participación plena de las personas con discapacidad en la sociedad³⁷. Con este cambio de paradigma, las limitaciones individuales dejan de ser el foco del problema de la discapacidad, siendo pues relevantes las limitaciones que genera la propia sociedad³⁸. Por ello, la comunidad tiene una responsabilidad colectiva para eliminar las barreras que impiden a las personas con discapacidad el disfrute efectivo de sus derechos y en igualdad de

³⁴ Vid. PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, op. cit., pp. 106-122.

³⁵ DE LORENZO GARCÍA, R., *Discapacidad, sistema de protección y Trabajo Social*. Alianza, Madrid, 2007, pp. 60-61.

³⁶ POLONIO DE DIOS, G., *La discapacidad desde la perspectiva del Estado Social*, op. cit., p. 172.

³⁷ DE LORENZO GARCÍA, R., *Discapacidad, sistema de protección y Trabajo Social*, op. cit., p. 97. Con esta perspectiva social, el autor define –p. 60– la discapacidad como “las desventajas que el individuo experimenta cuando el entorno es incapaz de dar respuesta a las necesidades derivadas de sus características personales”.

³⁸ PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, op. cit., pp. 103-104.

condiciones que los demás miembros de la sociedad³⁹. Por lo tanto, bajo este paradigma, la discapacidad es una cuestión de Derechos Humanos⁴⁰.

Otro carácter esencial y distintivo de este modelo de tratamiento de la discapacidad es que considera que la vida de las personas con discapacidad es igual de digna y útil que la de las personas sin discapacidad; aunque su aportación no es posible si la sociedad no acepta a estas personas con su diferencia y actúa para su inclusión⁴¹. En concreto, para la inclusión laboral de este colectivo, y a diferencia del planteamiento del modelo médico, se fomenta su presencia en el medio ordinario de trabajo, quedando el empleo protegido como medio subsidiario.

Con el modelo social, por primera vez se toma en consideración la percepción que la persona con discapacidad tiene de sí misma⁴², fomentando así su autonomía e independencia permitiéndoles tomar sus propias decisiones⁴³. Hasta entonces, las decisiones acerca de las personas con discapacidad las tomaban los médicos u otros expertos, quienes las valoraban de forma negativa o disminuida respecto a la persona considerada normal⁴⁴. Por lo tanto, este cambio favorece enormemente el desarrollo personal de las personas con discapacidad.

Este paradigma plantea como medios de subsistencia para las personas con discapacidad la Seguridad Social y el empleo ordinario; lo que PALACIOS RIZZO defiende, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de los sistemas de Seguridad Social, que sean medios no excluyentes a fin de evitar que las personas con discapacidad duden al aceptar un trabajo por miedo a perder o ver reducida su

³⁹ DE LORENZO GARCÍA, R., *Discapacidad, sistema de protección y Trabajo Social*, op. cit., p. 97.

⁴⁰ VICTORIA MALDONADO, J.A., “El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos”, *Revista de Derecho UNED*, nº 12, 2013, p. 819.

⁴¹ PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, op. cit., p. 104.

⁴² GUZMÁN CASTILLO, F., “El binomio discapacidad-enfermedad. Un análisis crítico”, op. cit., p. 65.

⁴³ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, op. cit., p. 35.

⁴⁴ GUZMÁN CASTILLO, F., “El binomio discapacidad-enfermedad. Un análisis crítico”, op. cit., p. 35.

pensión o prestación de Seguridad Social⁴⁵; una tesis que claramente contribuye en mayor medida a la participación e inserción social de las personas con discapacidad.

En resumen, con el paradigma social se pretende normalizar que la sociedad es diversa, rompiendo así con los esquemas anteriores regidos por la idea de la existencia de un modelo ideal de ser humano. Aunque ya hay reacciones críticas a este modelo que hacen replantearse el modelo de tratamiento de la discapacidad⁴⁶, lo cierto es que el modelo social es el que sigue teniendo mayor peso y hacia el que la actual normativa internacional, europea y española enfoca el tratamiento de la discapacidad.

El planteamiento de este estudio consiste en abordar el concepto actual de “discapacidad” desde las perspectivas internacional y europea. Para ello, la metodología del trabajo consiste en analizar las principales normas en la materia: por un lado, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y, por otro, la 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. El estudio de esta última se completa, además, con los dos pronunciamientos más importantes del TJUE en materia de delimitación subjetiva de la “discapacidad”: las SSTJUE Chacón Navas y HK Danmark, que reflejan asimismo la evolución del modelo de tratamiento de la discapacidad en el ámbito europeo.

⁴⁵ PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, op. cit., pp. 133-134.

⁴⁶ En este sentido, DE LORENZO GARCÍA, R., *Discapacidad, sistema de protección y Trabajo Social*, op. cit., p. 63, señala que el modelo social presenta ciertas lagunas al poner el foco en las políticas y las prácticas sociales y ambientales como causas de la discapacidad, y obviar el origen biomédico de la misma.

Ante la insatisfacción originada por el modelo médico y la originada por el modelo social, surge un nuevo replanteamiento denominado “modelo integrador” o “modelo bio-psico-social” inspirado en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud de 2001, una resolución aprobada por la Organización Mundial de la Salud en la 54ª Asamblea Mundial de Salud celebrada el 22 de mayo de 2001. Este modelo combina los distintos estadios en los que se puede manifestar una discapacidad (biológico, personal y social) ofreciendo actuaciones encaminadas a incidir de forma equilibrada y complementaria en cada una de ellas. Así pues, este modelo supone aglutinar la perspectiva médica y la perspectiva social del tratamiento de la discapacidad con el fin de ofrecer respuestas más completas en esta cuestión.

2. LA DISCAPACIDAD DESDE LA ACTUAL PERSPECTIVA INTERNACIONAL: LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Desde la perspectiva internacional, el tratamiento de la discapacidad ha experimentado estas últimas décadas una gran evolución como consecuencia de los esfuerzos del movimiento de personas con discapacidad en la adopción de un tratamiento acorde con el modelo social.

Sin desmerecer todos los esfuerzos realizados desde organizaciones internacionales como la Organización Mundial de la Salud, la Organización de las Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo⁴⁷, únicamente se aborda la CDPD por su mayor trascendencia en la consolidación del modelo social y por su impacto en las regulaciones actuales europea y española.

El 13 de diciembre de 2006, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó en Nueva York el texto de la CDPD y de su Protocolo Facultativo⁴⁸. Fue la primera vez que un tratado internacional se abrió a la firma de organizaciones regionales de integración, lo que habilitó a la UE a ratificar la CDPD⁴⁹. El hecho de permitirse la ratificación a organizaciones regionales de integración debe considerarse un gran

⁴⁷ Para mayor abundamiento, *vid.*, GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, *op. cit.*, pp. 45-120.

⁴⁸ Resolución 61/106, de 13 de diciembre de 2006 (A/RES/61/106).

⁴⁹ En este sentido, la UE ratificó la CDPD mediante la 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 (Decisión 2010/48/CE). No obstante, debe criticarse que la UE aun no haya ratificado el Protocolo Facultativo, un instrumento relevante que refuerza el cumplimiento de la CDPD. Esta pasividad, tal como expone CABRA DE LUNA, M.A. y GÜEMES PEDRAZA, J., “La Unión Europea como parte de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” en PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.) y DE LORENZO GARCÍA, R. (Dir.) y DE MIGUEL VIJANDI, B. (Coord.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – 2006/2016: una década de vigencia*. Cinca, Madrid, 2016, p. 83, hace perder fuerza a la garantía de los derechos de los ciudadanos europeos, y más aun teniendo en cuenta que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad instó a la UE a ratificar el Protocolo Facultativo en las Observaciones finales sobre el informe inicial de la Unión Europea, de 2 de octubre de 2015, párrafo 7 (CRDP/C/EU/CO/1), y habiendo exigido los activistas europeos de derechos humanos tanto la ratificación de la UE como la de todos sus Estados Miembros.

acierto, pues permitió la expansión del modelo social de tratamiento de la discapacidad, ya que, cuando la UE la ratificó, no todos sus Estados Miembros eran parte de la CDPD.

La CDPD y su Protocolo Facultativo son un reflejo jurídico del modelo social de tratamiento de la discapacidad. Con la finalidad de *promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*⁵⁰, la CDPD promueve los principios de dignidad humana, autonomía individual, libertad, independencia, igualdad y no discriminación, participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad y el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas⁵¹. Por lo tanto, no solo reconoce a las personas con discapacidad como sujetos de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, sino que también los promueve, protege y asegura para situar a las personas con discapacidad en condiciones de igualdad respecto a las demás⁵².

La CDPD reconoce la discapacidad como *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*⁵³, lo que la convierte en un concepto dinámico y con caracterización propia⁵⁴. En coherencia con esto, define a las personas con discapacidad como *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*⁵⁵. De este modo, la definición se compone de un primer elemento biológico, que es la deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, y de

⁵⁰ Párrafo primero del artículo 1 de la CDPD.

⁵¹ Todos ellos recogidos en el artículo 3 de la CDPD bajo la rúbrica de “Principios generales”.

⁵² VALDÉS DAL-RE, F., “El tratamiento por Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad: la Convención de Derechos”, *Derecho de las relaciones laborales*, nº 1, 2018, p. 4.

⁵³ Apartado e) del Preámbulo de la CDPD.

⁵⁴ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, op. cit., p. 87.

⁵⁵ Párrafo segundo del artículo 1 de la CDPD.

un segundo elemento social, que es la barrera que imposibilita la participación plena y efectiva de la persona con discapacidad en la sociedad en igualdad de condiciones que las demás. Por lo tanto, reconoce a la sociedad como un elemento que discapacita y excluye⁵⁶, lo que permite englobar esta definición bajo el paradigma social.

Sin lugar a duda, la CDPD recoge el modelo adecuado de tratamiento de la discapacidad, pues es el que da valor a las personas con discapacidad como sujetos de derechos humanos y, por consiguiente, defiende su dignidad, promoviendo, entre otros, los principios de igualdad de trato y de no discriminación. Si bien es cierto que la conceptualización de la discapacidad es amplia, ello es necesario para cubrir de una forma integral todas las discriminaciones que las personas con discapacidad pueden sufrir en todos los ámbitos de la vida, esto es, político, económico, social, cultural, etc. No obstante, esta amplitud conlleva el uso de expresiones indeterminadas que, por ende, son susceptibles de múltiples interpretaciones, y ello puede mermar la eficacia de la norma, ya que cada Estado puede hacer interpretaciones diferentes. Por ejemplo, no es menor la referencia a las deficiencias como que deban ser de larga duración, pues ello implicará que únicamente las que se puedan catalogar así gocen de la tutela antidiscriminatoria que contempla la CDPD.

Respecto a esta definición, conviene señalar, como ha defendido GUTIÉRREZ COLOMINAS, que su precepto debe ser objeto de una interpretación amplia en el sentido que no se limite a recoger el ámbito subjetivo de la CDPD, sino que, leído junto al apartado y) del Preámbulo, tenga un carácter universal; esto es, que sea un concepto extrapolable al ejercicio de todos los derechos de las personas con discapacidad, pues, de lo contrario, supone restringir la eficacia del tratado en tanto que la definición solo se aplicaría a los derechos contenidos en la misma norma⁵⁷.

⁵⁶ LIDÓN HERAS, L., *La convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2011, p. 25.

⁵⁷ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, op. cit., pp. 87-89.

No obstante, autores como VALDÉS DAL-RÉ, F., “El tratamiento por Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad: la Convención de Derechos”, op. cit., pp. 4-5, abogan

Se ha llegado a debatir ampliamente dentro de la doctrina sobre si la CDPD incorpora derechos específicos para las personas con discapacidad, o si, por el contrario, únicamente se limita a concretar para los miembros de este colectivo derechos ya reconocidos con carácter general en otros tratados internacionales. El debate recae sobre los artículos 9, 20 y 26, relativos a la accesibilidad, la movilidad personal y la habilitación y rehabilitación, que no están expresamente referidos en la norma con la expresión “derechos”. Mientras que los partidarios de una interpretación literal razonan que esos son los medios instrumentales necesarios para el ejercicio y goce del resto de derechos porque la omisión del término “derechos” no permite entenderlos como tales, quienes abogan por una interpretación semántica del conjunto de la CDPD llegan a la conclusión contraria, es decir, a considerar que el texto sí reconoce derechos específicos para las personas con discapacidad⁵⁸.

Sobre la base del artículo 5, relativo a la igualdad y a la no discriminación, se sustentan y justifican los demás derechos de las personas con discapacidad que recoge la CDPD, así como las consiguientes obligaciones para los Estados Parte. En concreto, el artículo dispone que los Estados reconocen la igualdad de todas las personas ante la ley, con independencia, por lo tanto, de que tengan o no una discapacidad y del origen de la misma. Asimismo, tienen prohibida toda discriminación por motivos de discapacidad, garantizando a las personas con discapacidad una protección legal y efectiva contra la misma. Además, destaca que

por una interpretación restrictiva al entender que el único objetivo de la definición de “persona con discapacidad” del artículo 1 de la CDPD es abordar su ámbito subjetivo del tratado.

⁵⁸ DE LORENZO GARCÍA, R. y PALACIOS RIZZO, A., “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Balance de una década de vigencia”, *op. cit.*, pp. 21-22.

En esta línea de pensamiento, VALDÉS DAL-RÉ, F., “El tratamiento por Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad: la Convención de Derechos”, *op. cit.*, p. 6, entiende que la CDPD no únicamente ha acomodado o adaptado los derechos humanos a las personas con discapacidad, sino que ha desarrollado sus contenidos con mayor detalle o ha incorporado manifestaciones no enunciadas en los tratados generalistas. GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, *op. cit.*, p. 85, razona en la misma línea que tanto los preceptos expresamente calificados de “derechos” como los que no, tienen la misma construcción jurídica, pues, en ambos casos, los Estados tienen la exigencia de adoptar medidas para la ejecución plena del derecho, y esta identidad en la construcción jurídica es lo que le permite afirmar que, en realidad, la CDPD crea nuevos derechos.

las medidas de acción positiva no son discriminatorias, pues precisamente permiten lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad, y, en concreto, para el ámbito del empleo, obliga a los Estados a adoptar cuantas medidas sean pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

Aunque la CDPD sea integral y tenga una aplicación transversal, a los efectos relevantes de este estudio, únicamente se abordará la regulación en materia del trabajo y el empleo, contenidas en su artículo 27, que parte del reconocimiento de los Estados Parte del derecho al trabajo de las personas con discapacidad para que se puedan ganar la vida con un trabajo libremente elegido o aceptado y en un entorno abierto, inclusivo y accesible. Para ello, los Estados están obligados a salvaguardar y promover el ejercicio del derecho del trabajo de los miembros de este colectivo, lo que implica, entre otras medidas, velar por la no discriminación en materia de selección o promoción, proteger la seguridad y salud laborales, asegurar el ejercicio de derechos laborales y sindicales, promover su acceso en el mercado de trabajo, y velar porque se realicen ajustes razonables, entre otros. Por lo tanto, este artículo ordena a los Estados a realizar medidas tendentes a la materialización de la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral. Asimismo, la CDPD, con contundencia, impone a los Estados la obligación de asegurar la no realización de trabajos forzados u obligatorios a las personas con discapacidad, pues ello supondría un trato vejatorio y humillante que transgrediría claramente los derechos humanos.

La CDPD ha sido el elemento clave para la cristalización del modelo social de tratamiento de la discapacidad, y aunque hoy en día su materialización no es plena, no es una cuestión menor los múltiples avances que el tratado ha permitido a nivel nacional. La Organización de las Naciones Unidas, consciente de que su actividad no acababa con la aprobación del Tratado, ha contribuido a la difusión de información del mismo y de su Protocolo Facultativo, así como ha promovido su comprensión y ha ayudado a aumentar consciencia sobre los mecanismos

institucionales de derechos humanos existentes para las personas con discapacidad⁵⁹.

⁵⁹ ALACÍN MARTÍNEZ, E. (Dir.) y ÁLVAREZ RAMÍÑEZ, G. (Coord.), *La convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: de los derechos a los hechos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 28.

3. LA DISCAPACIDAD DESDE LA ACTUAL PERSPECTIVA EUROPEA

El tratamiento de la discapacidad a nivel europeo es relativamente novedoso, pues, como ya se ha podido ver en la introducción de este estudio, la consideración de las personas con discapacidad como sujetos de derechos humanos se inicia en los últimos años del siglo XX.

A nivel europeo, conviene destacar la 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, que ha sido desarrollada y precisada por la jurisprudencia del TJUE, de la que, a efectos de satisfacer el objeto de este estudio, únicamente se abordarán aquellas sentencias que propiamente conceptualizan la “discapacidad”.

2.1. La 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

Con la habilitación del artículo 13 del TCE ofrecida por el Tratado de Ámsterdam⁶⁰, la Comisión presenta una Comunicación⁶¹, que incluye, entre otras medidas, una propuesta de Directiva para la lucha contra la discriminación en el mercado laboral por todos los motivos recogidos en el artículo 13 del TCE –entre ellos, la

⁶⁰ En concreto, dispone que: *Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.*

Conviene en este punto destacar la reflexión, con la que en esta obra confluye, de GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, op. cit., p. 129, sobre que esta fuerza en la condena de discriminaciones por razón de discapacidad y habilitación al Consejo para adoptar medidas adecuadas para la lucha contra la discriminación se diluye con los deberes que el mismo Tratado de Ámsterdam impone a las demás instituciones europeas, pues la Declaración nº 22 únicamente les obliga a considerar las necesidades de este colectivo, necesidades éstas que, además de ser una consideración propia del paradigma médico, son muy variadas en cuanto a la gran diversidad social existente de las personas con discapacidad en cada Estado miembro.

⁶¹ DO C 369 de 21 de diciembre de 1999.

discapacidad—, exceptuando el de sexo y el de origen racial y étnico⁶². Dicha propuesta culmina, finalmente, en la 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 ocupación⁶³, y lo hace, según consta en su artículo 1, con el objeto de *establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato*.

La primera crítica que merece esta Directiva es la ausencia de una definición sobre el término “discapacidad”⁶⁴. Ello conlleva numerosos problemas en la efectividad de la norma, pues carece de una delimitación clara de su ámbito subjetivo. Este silencio, así como la no remisión de esta cuestión al Derecho de los Estados miembros, ha trasladado al TJUE la consiguiente obligación, a través de las

⁶² Respecto a la exclusión en esta propuesta de directiva de la lucha contra la discriminación por razón de sexo, es una decisión razonable en tanto que, tal como se fundamenta en la propia Comunicación, es una materia exhaustivamente abordada por la legislación europea y que ya dispone de fundamentación jurídica en el ámbito concreto del empleo. Sin embargo, en esta obra no se puede catalogar de razonable la decisión de excluir en esta propuesta de directiva la lucha contra la discriminación por motivo de origen racial y étnico. La Comisión consideró que esta discriminación debía ser abordada mediante una directiva propia y cuyo objeto fuera más amplio que el del mercado laboral, al entender que, al haber sido en 1997 el Año Europeo contra el Racismo, había una *sólida voluntad política (...) de emprender acciones para luchar, en tantos aspectos como sea posible, contra la discriminación racial*, y esta propuesta culminó en la aprobación de la 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. Sin embargo, esto genera la percepción de que las discriminaciones abordadas conjuntamente y con un ámbito de aplicación más restringido son menos importantes, cuando, en realidad, el artículo 13 del TCE hace un llamamiento general a la lucha contra todas las formas de discriminación, sin primar ninguna causa respecto a otra, ni enfatizando un ámbito de actuación respecto otro. Por lo tanto, ya que la tramitación fue simultánea, debería haberse aprovechado el impulso de voluntad de lucha contra la discriminación racial para dar mayor cobertura al resto de las discriminaciones.

De hecho, durante la tramitación de las citadas directivas, el Comité de las Regiones elaboró el Dictamen de 8 de agosto de 2000 (Ref. 2000/C 226/01), en el que dejó entrever, en su apartado 1.14, una crítica a la tramitación simultánea de estas 2 directivas con idéntica base jurídica. Aunque se hiciera caso omiso a esta cuestión y se acabaran aprobando las 2 Directivas en documentos independientes, la Comisión ha intentado suplir la insuficiencia de ámbitos de aplicación de la Directiva 2000/78/CE mediante la propuesta de directiva (Ref. COM (2008) 426), que tiene por objetivo *luchar contra la discriminación por motivo de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y poner en práctica el principio de igualdad de trato fuera del contexto laboral*. Pero, por desgracia, hasta la fecha aun no se ha aprobado esta propuesta de directiva, por lo que la mayoría de las discriminaciones contempladas en el artículo 13 del TCE y, entre ellas, la discapacidad, gozan de un desarrollo legislativo europeo excesivamente limitado, pues la Directiva 2000/78/CE se limita al ámbito del empleo.

⁶³ DO L 303 de 2 de diciembre de 2000.

⁶⁴ Si bien por el resto de las discriminaciones que protege la Directiva peca del mismo error de omisión de su concepto.

cuestiones prejudiciales, de desarrollar un concepto, para que así exista una interpretación autónoma y uniforme del mismo para el conjunto de la UE⁶⁵. En primer lugar, conviene señalar que, bajo mi punto de vista, es un acierto por parte de la Directiva no remitir esta cuestión al Derecho de los Estados miembros, pues, de hacerlo, supondría supeditar la aplicación de la norma a los ordenamientos jurídicos internos y, con ello, la Directiva vería mermada su eficacia a la vez que contravendría con su objeto de establecer un marco general para luchar contra la discriminación. No obstante, no se puede llegar a la misma conclusión por lo que respecta a la ausencia de definición de “discapacidad” en la Directiva, pues ahora queda en manos de los jueces de los Estados miembros que vean la necesidad de plantear una cuestión prejudicial sobre la cuestión al TJUE para saber si corresponde, en ese caso concreto, aplicar o no la Directiva, lo que claramente reduce la eficacia de la norma al hacer depender su aplicación de las inquietudes y voluntad del juez nacional.

La Directiva, sin perjuicio de la obligación de realizar ajustes razonables, establece en su Considerando 17 que no obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no es competente o no está capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación dada. La Directiva centra su ámbito de aplicación en el necesario pero limitado y excesivamente restringido ámbito del empleo y la ocupación, tanto en el sector público como en el privado, incluyendo los organismos públicos, y, en concreto, lo hace en relación con: a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción; b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica; c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración; d) la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios,

⁶⁵ En este sentido, *vid.* apartado 2.2 de este trabajo.

o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas. No obstante, los Estados miembros pueden no aplicar las consideraciones relativas a la discapacidad en el ámbito de las fuerzas armadas.

Siguiendo con el análisis de la Directiva, cabe señalar que, a pesar de la rúbrica del artículo 2 –“concepto de discriminación”–, la norma no alberga en su contenido dicha definición, tal y como se ha señalado anteriormente, sino que lo aborda con los tipos de discriminación: directa, indirecta, acoso y órdenes de discriminar.

El principio de igualdad de trato, tal como manifiesta el artículo 2 de la Directiva, es la *ausencia de toda discriminación directa o indirecta*, a los efectos del presente estudio, por razón de discapacidad. El legislador europeo ha entendido que la discriminación directa se produce *cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga* por razón de discapacidad. Por lo tanto, se trata de una discriminación basada en prejuicios y estigmas sociales asociados al motivo de la discriminación. Para su determinación, hay que comparar la situación de la persona con discapacidad presuntamente discriminada –teniendo para ello en cuenta los ajustes razonables que fueran necesarios al caso concreto⁶⁶– con la de una persona sin discapacidad y en situación comparable. Con acierto, el legislador europeo ha establecido un término de comparación flexible o hipotético⁶⁷, de modo que no es necesario que exista realmente en el momento del hecho presuntamente discriminatorio una persona sin discapacidad en situación comparable⁶⁸, pues sino se podría caer en el absurdo de no considerar un hecho discriminatorio por no tener un elemento de comparación, y ello sí que pondría en entredicho la eficacia de la norma, dejando totalmente desprotegidas a las personas con discapacidad. Finalmente, cabe señalar que la

⁶⁶ CORDERO GORDILLO, V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, op. cit., p. 69.

⁶⁷ Pues lo aborda con la expresión *sea, haya sido o pudiera ser*.

⁶⁸ En este sentido, CORDERO GORDILLO, V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, op. cit., pp. 69-70, también agradece esta amplitud de miras, pues reconoce que no siempre es posible encontrar a otra persona que se encuentra en situación análoga a la de la persona presuntamente discriminada.

comparación no solo se produce entre quienes tienen discapacidad y quienes no, sino que también existe entre personas con diferentes tipos de discapacidad⁶⁹.

La discriminación indirecta, en cambio, se produce *cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas (...) con una discapacidad (...), respecto de otras personas*. Por lo tanto, es indiferente para determinar la existencia de este tipo de discriminación la intencionalidad con la que el sujeto activo opera, pues lo que cuenta es el resultado alcanzado. Acto seguido, el legislador contempla dos salvedades, de modo que, el empresario tiene dos vías para justificar que no se produce la discriminación indirecta. La primera de ellas, común al resto de discriminaciones, consiste en justificar la disposición, criterio o práctica, de forma objetiva con una finalidad legítima y que los medios para la consecución de dicha finalidad sean adecuados y necesarios. La segunda salvedad, específica para las personas con discapacidad, consiste en que el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la Directiva, esté obligado, por su legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de ajustes razonables para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica; de este modo, el empresario bien podrá alegar que ha adoptado las medidas adecuadas de ajustes razonables en el caso concreto o que no era posible efectuarlas por constituir una carga excesiva⁷⁰. En concreto, el Considerando 21 de la Directiva señala que, para saber si la carga de las medidas es desproporcionada, se atenderá a los costes financieros y de otro tipo que éstas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda. Confluyo en este punto con lo señalado por CORDERO GORDILLO⁷¹, que esta segunda salvedad presupone que el Estado miembro ha

⁶⁹ Ejemplo de ello lo encontramos en la STJUE de 26 de enero de 2021, VL, C-16/19, ECLI:EU:C:2021:64, que establece que puede constituir una discriminación directa la práctica empresarial consistente en abonar un complemento salarial a los trabajadores con discapacidad que presenten su certificado de discapacidad con posterioridad a una fecha marcada por el empresario, pues quienes sean potenciales perceptores del complemento serán quienes tengan discapacidades menos graves o que no necesiten de forma inmediata ajustes razonables. Reconociendo, además, en la Sentencia en su apartado 35 que no admitir las discriminaciones entre personas con discapacidad mermaría la protección conferida por la Directiva.

⁷⁰ CORDERO GORDILLO, V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, op. cit., p. 80.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 80-81.

implementado la obligación de realizar ajustes razonables a su Derecho interno, y que, además, lo ha hecho en términos adecuados, lo cual no ocurre en todos los casos, de modo que la efectividad de esta excepción a la discriminación indirecta dependerá de la correcta transposición de la obligación de realizar ajustes razonables por parte de los Estados miembros, así como de la amplitud con la que los Tribunales interpreten la noción de “carga excesiva”.

Asimismo, la Directiva recoge por primera vez, junto a la contemporánea Directiva 2000/43, dos nuevos tipos de discriminaciones: a) el acoso, entendido como un comportamiento no deseado relacionado con la discapacidad que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, y b) las ordenes de discriminar. Ello supone aumentar el espectro protector clásico que se había dado a la discriminación, a saber, discriminación directa o indirecta, permitiendo dar mayor cobertura a otras situaciones de discriminación que padecen los colectivos como las personas con discapacidad.

Si bien es de alabar la inclusión de estas dos nuevas formas de discriminación, en mi opinión, debe criticarse que en el articulado no se regule la discriminación múltiple. Si bien el Considerando 3 reconoce que, a menudo, las mujeres son víctimas de esta discriminación, el legislador europeo ha olvidado abordar la cuestión en el propio cuerpo de la Directiva, lo que resulta especialmente llamativo⁷². La discriminación múltiple es la circunstancia de un individuo de pertenecer a varios grupos en desventaja al mismo tiempo, sufriendo formas agravadas y específicas de discriminación⁷³, lo que pone de relieve la necesidad y urgencia de que las discriminaciones múltiples tengan una protección propia, pues, de otra forma, la cobertura que ofrece la actual normativa europea resulta insuficiente.

⁷² En este punto, es necesario precisar que, aunque la alusión a la discriminación múltiple se haga en la Directiva en base a la discriminación por razón de sexo, ésta no tiene por qué ser una de las discriminaciones que concurran para la existencia de la discriminación múltiple.

⁷³ SERRA CRISTOBAL, R., *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 25.

También debe criticarse el hecho de que no se acabara incluyendo en la redacción de la Directiva la discriminación por asociación, es decir, aquella discriminación que se hace a la persona trabajadora que, sin ser ella misma una persona con discapacidad, está vinculada a alguien que tiene una discapacidad. Ello es llamativo ya que, en su proceso de elaboración, el Comité de las Regiones destacó, en el apartado 1.15 del Dictamen de 8 de agosto de 2000⁷⁴, la necesidad de extender la prohibición de discriminación a las parejas y familiares de los trabajadores. No obstante, el TJUE tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la existencia de la discriminación por asociación en la STJUE de 17 de julio de 2008⁷⁵, caso en el que la Sra. Coleman había sufrido un trato menos favorable que otros trabajadores que no tenían hijos con discapacidad y estaba sometida a un ambiente hostil por el hecho de tener a un hijo con discapacidad. El TJUE entendió que *el principio de igualdad de trato (...) no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en el artículo 1 de la misma*⁷⁶, y aunque reconoce que hay varias disposiciones destinadas específicamente a las personas con discapacidad –en concreto, el artículo 5, relativo a los ajustes razonables, y el artículo 7.2, relativo a una especificidad para las personas con discapacidad en las medidas de acción positiva– afirma que ello no es razón para tener que entender el principio de igualdad de trato de forma restrictiva⁷⁷. A su vez, admite que el objetivo y efecto útil de la Directiva se vería comprometido de no admitir la discriminación por asociación entre los tipos de discriminación que recoge la Directiva⁷⁸. No obstante, el TJUE solo ha reconocido la discriminación por asociación respecto a los términos en que fue consultado en las cuestiones prejudiciales: la discriminación directa y el acoso⁷⁹. Como señala CORDERO GORDILLO, sería difícil, debido a

⁷⁴ Ref. 2000/C 226/01.

⁷⁵ Asunto Coleman, C-303/06, ECLI:EU:C:2008:415.

⁷⁶ Apartado 38 de la STJUE de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06, ECLI:EU:C:2008:415.

⁷⁷ Apartados 43 y 58 de la STJUE de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06, ECLI:EU:C:2008:415.

⁷⁸ Apartado 48 de la STJUE de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06, ECLI:EU:C:2008:415.

⁷⁹ Sobre esta última, señala CORDERO GORDILLO, V., “Discriminación por asociación con una persona con discapacidad”, *Revista de Derecho Social*, nº 43, 2008, p. 154, que el TJUE, al recordar que el artículo 2.3 de la Directiva permite a los Estados miembros definir el concepto de acoso de conformidad con las normas y prácticas nacionales, abre la puerta a que los Estados apliquen una interpretación diferente, aunque, a criterio de la autora, debiendo respetar unos determinados mínimos, de tal forma que, desde esta Sentencia, las nuevas definiciones de acoso que se adopten a nivel nacional deban proteger a las personas que se encuentren en situación de acoso por motivo de su asociación con una persona con discapacidad.

la definición que la Directiva contempla de discriminación indirecta, que el TJUE admitiera la discriminación por asociación en el ámbito de la prohibición de discriminación indirecta⁸⁰. No obstante, respecto a las órdenes de discriminar, creo que sí se podría extender la protección a quienes se encuentren relacionados con personas con discapacidad.

Retomando el contenido de la Directiva, el artículo 4.1 desarrolla lo que anticipa el Considerando 23, que es la excepción del requisito profesional esencial y determinante en el principio de igualdad de trato. Esta permite a los Estados miembros admitir una diferencia de trato basada, a efectos de este estudio, en características relacionadas con motivos de discapacidad, sin ser considerada como una discriminación directa ni indirecta, cuando dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante por la naturaleza de la actividad profesional o por el contexto en el que dicha actividad se lleve a cabo, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado⁸¹. Por lo tanto, se trata de identificar las funciones esenciales y verificar si la persona está capacitada para desempeñarlas tras las adaptaciones pertinentes⁸², pues en el caso de las personas con discapacidad, es sabido que existen determinadas profesiones que, por su propia naturaleza o por el contexto en el que se llevan a cabo, exigen plenitud de facultades físicas o psíquicas⁸³.

La Directiva, de una forma, bajo mi punto de vista, poco atrevida, recoge en el artículo 7 las medidas de acción positiva. En su apartado 1, determina que, para garantizar la plena igualdad en el ámbito profesional, el principio de igualdad de trato no impedirá que los Estados miembros mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por razón, en el caso relevante para este estudio, de discapacidad. No obstante, no es la óptima redacción que se podría haber dado, pues no genera ninguna obligación a

⁸⁰ *Ibid.*, p. 155.

⁸¹ Ejemplo de un objetivo legítimo lo encontramos en el Considerando 18 de la propia Directiva, que establece que, para mantener el carácter operativo de los servicios de las fuerzas armadas o los servicios de policía, los penitenciarios o los de socorro, pueden no estar obligados a contratar o mantener en sus puestos de trabajo a personas que no tengan las capacidades necesarias para desempeñar las funciones que puedan tener que ejercer.

⁸² CORDERO GORDILLO, V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, op. cit., p. 71.

⁸³ *Ibid.*, p. 73.

los Estados de desarrollar medidas de acción positiva ni a las empresas de adoptarlas, sino que la referencia a las mismas es mediante la expresión “no impedirá”, lo que deja en manos de la voluntad de los Estados miembros mantener o adoptar medidas que ayuden a alcanzar esa igualdad plena en la vida profesional que pretende garantizar este artículo 7.1, pero que, al no someterlas a un carácter obligatorio, este objetivo se ve mermado⁸⁴. Asimismo, y con el mismo error de ausencia de obligación, contempla el apartado 2 del artículo 7 una especificidad respecto a las personas con discapacidad sobre que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones relativas a la protección de la seguridad y la salud en el lugar de trabajo para dichas personas o medidas que tengan la finalidad de crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de los miembros de este colectivo en el mundo laboral.

Uno de los elementos que más enriquecen la Directiva es la regulación en el artículo 5 de los ajustes razonables para las personas con discapacidad, pues, tal como reconoce el Considerando 16, son un elemento clave para combatir la discriminación por motivos de discapacidad. Si bien desde un punto de vista tradicional se ha considerado la obligación de realizar ajustes razonables como una medida de acción positiva⁸⁵, en el plano doctrinal hay un debate abierto acerca de su recalificación⁸⁶. En concreto, este artículo 5 recoge la obligación para los empresarios de tomar las medidas adecuadas en cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, tomar parte del mismo, progresar profesionalmente u ofrecerles formación. No obstante, esta obligación queda exceptuada si las medidas adecuadas suponen una carga excesiva para el empresario, para lo que, en atención al ya destacado Considerando 21, hay que atender, particularmente, a los costes financieros y de otro tipo que éstas impliquen,

⁸⁴ QUINTANILLA NAVARRO, B., “Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad” en VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.) y LAHERA FORTEZA, J. (Coord.), *Las relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, p. 232, tampoco entiende que la norma carezca de imperativo teniendo en cuenta que la propia UE viene desarrollando a través de cauces de financiación de sus Fondos Estructurales medidas de acción positiva para, entre otros colectivos, las personas con discapacidad.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 234.

⁸⁶ *Vid.* GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La naturaleza de las medidas de empleo ordinario de las personas con discapacidad: ¿medidas de acción positiva o de lucha contra la discriminación?”, *Temas Laborales*, nº 162, 2022, pp. 114-119, quien defiende que la obligación de realizar ajustes razonables es un mecanismo de tutela antidiscriminatoria.

el tamaño, los recursos financieros y el volumen total de negocios de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda. Y, como no podría ser de otro modo, precisa el artículo 5 que no computa como carga excesiva cuando el Estado miembro palie la carga en un grado suficiente con medidas existentes en la política del Estado miembro, pues entonces realmente no es la empresa quien asume el coste de los propios ajustes, sino que lo hace el país en cuestión.

Con todo lo expuesto, podemos afirmar que la Directiva da algunos pasos hacia la igualdad de trato para las personas con discapacidad como es generar la obligación para los empresarios de realizar ajustes razonables, y crear nuevas formas de discriminación como el acoso o las órdenes de discriminar. No obstante, es una norma que tiene varios déficits, algunos de los cuales se ha encargado de solventar el TJUE en la medida en que se le han formulado cuestiones prejudiciales, como la discriminación por asociación, y, como seguidamente se abordará, la delimitación del ámbito subjetivo de la norma, esto es, el concepto de “discapacidad”, que es propiamente el objeto de este estudio.

2.2. El papel del TJUE en la conceptualización de la discapacidad

Como ya se ha señalado, la Directiva protege la discriminación por razón de discapacidad en el ámbito del empleo y de la ocupación, pero no la define. Esta falta de conceptualización ha sido reconocida por el TJUE desde la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456⁸⁷, primera ocasión que tuvo de pronunciarse sobre la discriminación por razón de discapacidad que protege la Directiva. Asimismo, el TJUE reconoció que, a falta de remisión expresa al Derecho de los Estados miembros, le corresponde a él, en virtud del Derecho de la UE, la elaboración de una interpretación autónoma y uniforme para toda la UE⁸⁸; tarea que ha ejercido a lo largo de las distintas sentencias que ha venido dictando sobre esta materia.

⁸⁷ Apartado 39 de la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456.

⁸⁸ Apartado 40 de la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456.

En el asunto objeto de estudio de esta primera cuestión prejudicial se despidió a la Sra. Chacón Navas cuando se encontraba en situación de baja laboral por enfermedad, reconociendo la empresa el carácter improcedente del mismo por falta de motivación, y ofreciéndole a la trabajadora la indemnización correspondiente⁸⁹.

Los tribunales españoles consideran improcedente los despidos realizados en tales circunstancias, pero el órgano judicial competente recalca la existencia de una relación de causalidad entre enfermedad y discapacidad que se demuestra por la frecuencia con la que la enfermedad puede dar lugar a una discapacidad irreversible⁹⁰. Ello lleva al juez nacional a plantear al TJUE dos cuestiones prejudiciales que resultan claves para la determinación del ámbito subjetivo de la Directiva en materia de discriminación por razón de discapacidad. En primer lugar,

⁸⁹ Esta primera cuestión prejudicial, así como otras sobre las que se ha pronunciado el TJUE en materia de discapacidad, han sido presentadas por órganos judiciales españoles, lo que denota un interés y preocupación de estos hacia la protección de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo y de la ocupación, que se explica por el contexto interno del país.

Por un lado, la reforma laboral de 1994 suprimió la previsión contenida en el artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores de 1980, que otorgaba una tutela específica para los trabajadores en situación de incapacidad temporal para que, entre otras circunstancias, en caso de despido, se calificara como nulo, con el consiguiente efecto de generar la obligación para el empresario de readmitir al trabajador y abonarle los salarios de tramitación. Hubo órganos que, como en la STSJ de Cataluña de 28 de febrero del 2000, siguieron calificando el despido como nulo ex cláusula abierta de discriminación del artículo 14 de la CE. Esta sentencia se impugnó mediante la interposición de recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, quien resolvió en la STS de 29 de enero de 2001 en un sentido negativo al otorgado por el TSJ de Cataluña. En concreto, el Tribunal Supremo entiende que el tratamiento otorgado por la empresa se fundamenta en una causa personal –condición que, según el artículo 14 de la CE, habilita para ser motivo de no discriminación–, como es la enfermedad, pero expone el Alto Tribunal que esta referencia de la CE a las “circunstancias personales” debe regirse por los caracteres de la prohibición por discriminación, pues de otra forma, cualquier circunstancia cabría en dicha cláusula. La prohibición de discriminación, señala la Sentencia, se caracteriza porque *en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos o personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista*. Con ello, el Tribunal Supremo excluye a la enfermedad en un sentido genérico de la prohibición de discriminación ex artículo 14 de la CE, dejando únicamente abierta esa discriminación para las enfermedades estigmatizadas como el VIH o el SIDA, que son las que están relacionadas con elementos de segregación.

Esta desprotección del trabajador en situación de baja laboral se agravó con una reforma de 2002 en la que se creó el denominado “despido exprés” –derogado posteriormente por la reforma laboral de 2012–, mediante el cual el empresario podía reconocer la improcedencia del despido abonando el importe correspondiente en concepto de indemnización; lo que generó numerosos despidos de trabajadores en situación de incapacidad temporal.

⁹⁰ Apartados 21 y 22 de la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456.

se trata de dilucidar si, dentro del marco general de lucha contra la discriminación por motivos de discapacidad, la Directiva incluye la protección a una trabajadora que ha sido despedida por la empresa por su enfermedad. Llevando, en caso de negativa, a preguntarse si la enfermedad está incluida en el marco protector de la discapacidad que contiene la Directiva.

El TJUE entiende que la “discapacidad” y la “enfermedad”, al ser términos diferentes, abordan significados distintos, por lo que señala que la utilización de uno y no de otro fue deliberada y, consiguientemente, no cabe realizar una equiparación pura y simple de los mismos⁹¹. Por ello, aborda el concepto de “discapacidad”, entendiéndola como *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*⁹², limitación para la que *se requiere la probabilidad de que (...) sea de larga duración*⁹³. De este modo, la persona con discapacidad es capaz de trabajar en función del tipo de actividad o profesión de que se trate, pero con limitaciones⁹⁴. La definición es propia del paradigma médico de tratamiento de la discapacidad, pues señala que es la limitación del individuo la que le supone un obstáculo en su participación a la vida profesional. En mi opinión, el TJUE podía haber abordado una definición que fuera más en la línea de la producción legislativa internacional que se había desarrollado o se estaba acabando de desarrollar en esos años, a saber, la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud de 2001 y la de la CDPD de 2006, que desvinculan la discapacidad de un tratamiento puramente asistencialista. Sin embargo, no fue esta la decisión del TJUE, que optó por seguir en la línea del modelo en el que se estaba y no en la del que se venía gestando.

Además, recuerda la Sentencia que el Considerando 17 de la Directiva, como se ha señalado, no obliga a mantener en un puesto de trabajo a quien no sea competente o no esté capacitado o disponible para ello, previa adopción de los ajustes

⁹¹ Apartado 44 de la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456.

⁹² Apartado 43 de la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456.

⁹³ Apartado 45 de la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456.

⁹⁴ Conclusión a la que llega RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Discapacidad, enfermedad y despido en la Directiva 2000/78”, *Derecho de las relaciones laborales*, nº 3, 2018, p. 232, al apreciar en la definición expuesta de “discapacidad” el empleo de la expresión “obstáculo” –esto es, una dificultad–, en vez del término “impedimento” –que implica incapacidad–.

razonables para las personas con discapacidad⁹⁵. Por lo tanto, los únicos motivos que legitiman el despido de una persona con discapacidad son la imposibilidad para la empresa de realizar ajustes razonables y la obligación de soportar una carga desproporcionada por esas medidas de adaptación.

Todo ello permite al TJUE concluir que el despido por causa de enfermedad no está incluido en el marco general de la Directiva para luchar contra la discriminación por razón de discapacidad y que no puede incluirse⁹⁶, así como tampoco está incluida en ninguna disposición del TCE⁹⁷. Además, argumenta que la versión que el Tratado de Ámsterdam ofrece del artículo 13 del TCE no contempla expresamente la discriminación por razón de discapacidad, por lo que la Directiva carece de base jurídica para abordarla⁹⁸.

No obstante, esta exclusión de la enfermedad como parte de la lucha contra la discriminación por motivos de discapacidad en la Directiva fue reconsiderada con la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222.

En los dos supuestos que analiza esta última Sentencia, los hechos litigiosos derivan del despido a dos trabajadoras —la Sra. Ring y la Sra. Werge— en situación de baja laboral causada, respectivamente, por enfermedad y accidente, sufriendo, en ambos casos, dolores crónicos que les impedían trabajar a tiempo completo.

Las cuestiones prejudiciales que formula el juez danés son más detalladas que las expuestas en el caso de Chacón Navas, lo que demuestra que cada vez había mayor preocupación por la tutela antidiscriminatoria de la discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación. En concreto, las cuestiones prejudiciales planteadas en estos asuntos y que atañen al objeto de nuestro estudio consisten en determinar el alcance del concepto de “discapacidad”, cuestionándose el órgano judicial danés si dicho concepto comprende la situación de quien, por dolencias físicas, mentales o psíquicas, no puede llevar a cabo su trabajo, o bien se requiere que la limitación que

⁹⁵ Apartado 49 de la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456.

⁹⁶ Apartados 47 y 57 de la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456.

⁹⁷ Apartado 54 de la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456.

⁹⁸ Apartado 56 de la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456.

ocasiona dichas dolencias sea de larga duración, tal como aludió el TJUE en el apartado 45 del asunto Chacón Navas. Asimismo, el juez nacional pregunta si el concepto de discapacidad comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, y finalmente se cuestiona si el concepto de “discapacidad” incluye una reducción permanente de la capacidad funcional que no requiere medios auxiliares especiales sino únicamente no desarrollar el trabajo a tiempo completo.

Previa respuesta a las cuestiones planteadas, como consecuencia de la ratificación realizada por la UE a la CDPD y de su consiguiente integración en el ordenamiento jurídico europeo mediante su entrada en vigor, así como debido al principio de primacía de los acuerdos internacionales celebrados por la UE sobre disposiciones de derecho derivado como la Directiva sobre la que se fundamentan estas cuestiones prejudiciales⁹⁹, el TJUE vio la necesidad de redefinir el concepto de “discapacidad”, caracterizado en el asunto Chacón Navas, al entender que la CDPD supera la definición señalada en aquel momento.

De este modo, el TJUE, atendiendo al Considerando e) y al segundo párrafo del artículo 1 de la CDPD, plasma de una forma cuasi literal el concepto que contiene la propia norma internacional, recogiendo que la discapacidad *se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con 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*¹⁰⁰, deficiencias, además, que *deben ser «a largo plazo»*¹⁰¹. Así, esta nueva definición integra las notas del modelo social de tratamiento de la discapacidad al poner el foco, ya no en la situación personal de un individuo, sino en las barreras con las que se encuentra y sus consecuencias devastadoras para la consecución de la igualdad de trato, tratando así de realzar los derechos inherentes a la condición humana. Por lo tanto, la ratificación de la CDPD

⁹⁹ Apartados 28-30 de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222.

¹⁰⁰ Apartado 38 de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222.

¹⁰¹ Apartado 39 de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222.

fue clave para dejar atrás el tratamiento médico de la discapacidad en el ámbito europeo y adoptar esta otra definición de “discapacidad” enfocada ya en la línea del modelo social de tratamiento de la discapacidad. Desde mi punto de vista, esta redefinición es muy positiva, pues impulsa el respeto al ser humano y a su no estigmatización, dos elementos clave para la materialización del principio de igualdad de trato.

Asimismo, el TJUE acoge el planteamiento de la Abogada General sobre que la Directiva no distingue entre el origen de la discapacidad, es decir, si es de nacimiento, consecuencia de un accidente, o debido a una enfermedad, pues reconoce que ello sería contrario al propio objetivo de la norma¹⁰². Esta apreciación de trato discriminatorio lleva al TJUE a concluir que, si una enfermedad, con independencia de que ésta sea diagnosticada como curable o incurable, acarrea una limitación en los términos y consecuencias de la definición de la discapacidad, siendo asimismo la limitación de larga duración, la enfermedad podrá incluirse en el concepto de “discapacidad” en el sentido de la Directiva¹⁰³. Ello es un cambio muy significativo y relevante respecto a la concepción anterior, pues supone incluir la enfermedad dentro de la protección de la Directiva, pero no en cuanto tal, pues, como ya se ha comentado, no se puede añadir a los motivos sobre los que la norma ofrece expresa protección, sino como una asimilación a la discapacidad, es decir, que, en una situación de enfermedad, concurren las notas definitorias de la discapacidad, y, por esta similitud, se justifica que se otorgue la misma protección. De este modo, no es toda enfermedad la que queda recogida en la Directiva, sino únicamente aquella que se puede asimilar a la discapacidad¹⁰⁴. Por lo tanto, a partir de esta Sentencia, se distinguen tres escenarios posibles: a) la discapacidad, expresamente protegida por la Directiva; b) la enfermedad en sentido amplio, que no está incluida en la Directiva como materia discriminatoria por carecer de habilitación para ello en el artículo 13 del TCE y, por ende, carece de protección; y c) la enfermedad asimilada a la discapacidad, que permite que una enfermedad que

¹⁰² Apartado 40 de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222.

¹⁰³ Apartado 41 de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222.

¹⁰⁴ Apartado 42 de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222.

cumpla con la definición de “discapacidad” recogida en la misma Sentencia goce de la misma protección que aquella.

La amplitud otorgada a la definición del término “discapacidad” y su consiguiente impacto en la asimilación de la enfermedad a la discapacidad permiten comprender numerosas casuísticas, lo que, desde mi punto de vista, es realmente necesario dada la gran diversidad de discapacidades y enfermedades asimilables a la discapacidad que existen. No obstante, esta amplitud y uso de conceptos genéricos da lugar a dudas interpretativas¹⁰⁵, así como a un gran margen de apreciación subjetiva por los tribunales nacionales, que son los encargados de evaluar la adecuación de la definición al caso que se les presenta.

El TJUE sigue abordando las cuestiones planteadas afirmando que el hecho de que las trabajadoras no puedan desempeñar su trabajo a jornada completa no impide que a su estado de salud se les aplique el concepto de “discapacidad”, pues ésta no implica necesariamente una exclusión total del trabajo o de la vida profesional¹⁰⁶. Asimismo, considera que la existencia de la discapacidad no depende de la naturaleza de los ajustes razonables ni tampoco de la utilización de equipamiento especial, pues, en virtud del Considerando 16, dichas medidas tienen el objeto de adaptar el lugar de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad, por lo que son consecuencia de esta y no su causa¹⁰⁷. De este modo, siempre que no suponga una carga excesiva para el empresario, cabe la realización de un ajuste razonable consistente en la reducción del tiempo de trabajo.

¹⁰⁵ Por ejemplo, una duda que suscita, y que será posteriormente abordada en la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, ECLI:EU:C:2016:917, es el alcance de la expresión “largo plazo” que emplea la Directiva para referirse al carácter de las deficiencias que provocan una limitación al interactuar con diversas barreras.

¹⁰⁶ Apartado 43 de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222.

Asimismo, añade GÁLVEZ DURAN, S., “El despido basado en la enfermedad del trabajador: una nueva lectura de la equiparación entre enfermedad y discapacidad”, *IUSLabor*, nº 3, 2015, pp. 16-17, que tampoco es necesario que la enfermedad de larga duración alcance un determinado grado, pues, aunque sobre ello no se haya posicionado el TJUE, expone que sería difícil que, de pronunciarse, lo hiciera en sentido contrario, ya que, de una parte, no se infiere de la Directiva este requisito, y, de otra, iría en contra de la CDPD, que apuesta por un concepto social de discapacidad y, por lo tanto, libre de la exigencia de declaración previa de un determinado grado de discapacidad para dispensar protección, pues ello es propio del modelo médico.

¹⁰⁷ Apartados 45 y 46 de la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222.

Con todo lo expuesto, podemos concluir que la STJUE HK Danmark logra grandes avances en la tutela antidiscriminatoria por razón de discapacidad en el ámbito de aplicación de la Directiva, y ello ha marcado la línea de los siguientes pronunciamientos del TJUE hasta la actualidad, que siguen ampliando el ámbito protector de la Directiva en esta materia o concretan aspectos de la definición de “discapacidad”¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Por motivos de extensión, no se analizan las sentencias que amplían la noción expuesta de “discapacidad”, pero, a efectos de tener un breve conocimiento al respecto, conviene destacar que el TJUE entiende que la “larga duración” de la definición de “discapacidad” comprende aquellos casos en que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, no haya una perspectiva bien delimitada de su finalización a corto plazo, o que la limitación pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de la persona (STJUE de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, ECLI:EU:C:2016:917). Asimismo, se ha extendido el ámbito de aplicación de la Directiva al considerar la obesidad y los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales como asimilables a la discapacidad, previo cumplimiento de las notas de esta (STJUE de 18 de diciembre de 2014, Kaltoft, C-354/13, ECLI:EU:C:2014:2463, y STJUE de 11 de septiembre de 2019, Nobel Plastiques Ibérica, C-397/18, ECLI:EU:C:2019:703, respectivamente). El TJUE también ha entendido que una causa de despido que computa las ausencias de enfermedades atribuibles a la discapacidad constituye una discriminación indirecta (STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, ECLI:EU:C:2018:17), pero no ha considerado discriminatoria la denegación de un permiso de maternidad a la madre subrogante que no puede tener hijos por medios convencionales al entender que su limitación física no constituye un impedimento para acceder, ejercer o progresar en el empleo (STJUE de 18 de marzo de 2014, Z, C-363/12, ECLI:EU:C:2014:159).

CONCLUSIONES

El paradigma a través del cual abordar la conceptualización de la discapacidad no es una cuestión menor a la que poder quitar importancia, pues de ello dependerá tanto el contenido como la interpretación de las normas jurídicas y de las políticas públicas que dicten los Estados.

Con gran acierto, la CDPD se centra en el modelo social de tratamiento de la discapacidad, que señala a la sociedad como la generadora de estas situaciones, desestigmatizando así a las propias personas que la padecen, y reforzando su condición de sujetos de derechos humanos. La CDPD, de una forma necesariamente amplia, aborda la definición de “discapacidad”, aunque la indeterminación de sus términos hace que estén sujetos a un alto grado de subjetividad, lo que, por ende, puede generar interpretaciones diferentes entre Estados Parte, es decir, aplicaciones de la CDPD con una intensidad protectora diferente.

Por otro lado, la Directiva 2000/78/CE ofrece una protección frente a situaciones de discriminación por razón de discapacidad limitada al ámbito del empleo y la ocupación, lo que claramente es un ámbito insuficiente atendiendo a la necesidad de protección integral. Idéntico reproche puede hacerse al hecho de que no se protejan todas las posibles formas de discriminación, y más aún que no se contemple en el articulado la discriminación múltiple cuando es reconocida en el Preámbulo, pues la eficacia de este es incuestionable para la protección de dicha discriminación. Aunque sí es de alabar que incluyera el acoso y las ordenes de discriminar como otros tipos de discriminación añadidos a la clásica discriminación directa e indirecta.

Tampoco se puede aceptar la falta de conceptualización de la discapacidad en la Directiva, pues, al carecer de una delimitación expresa del ámbito subjetivo, la eficacia de la norma se ve mermada, y, consiguientemente, recae en el TJUE la carga de asumir la delimitación de la discapacidad. En la STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456, optó por definir la discapacidad con arreglo al paradigma médico, no siguiendo así los pasos que se estaban llevando a cabo a nivel internacional, lo que, en gran parte, supone un freno

a la expansión del modelo social de la discapacidad que merece ser objeto de reproche. Sin embargo, este criterio se modifica tras la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222, que se le presenta una vez la UE ha ratificado la CDPD. Es entonces cuando la Directiva debe interpretarse de acuerdo con dicha norma y, por ende, el TJUE redefine el concepto de “discapacidad” desde la perspectiva del modelo social de tratamiento de la discapacidad. Este sometimiento a la CDPD para la interpretación del concepto de “discapacidad” hace que el TJUE plasme de una forma cuasi inalterada la definición contenida en aquella, llegando incluso a pecar del mismo error que la Organización de Naciones Unidas, al usar términos indeterminados y no definirlos posteriormente, dejando así un amplio margen de interpretación subjetiva en alguno de los caracteres de la definición de “discapacidad”.

Posteriormente, el TJUE, siguiendo la filosofía del modelo social, ha ido ampliando la noción de “discapacidad”, lo que permite intuir que, con acierto, a medida que se le presenten nuevas cuestiones prejudiciales, las irá adecuando a la interpretación del modelo social de tratamiento de la discapacidad, bordando así un mayor ámbito de protección para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad en el ámbito de la ocupación y del empleo en el conjunto de la UE.

BIBLIOGRAFÍA

ALACÍN MARTÍNEZ, E. (Dir.) y ÁLVAREZ RAMÍREZ, G. (Coord.), *La convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: de los derechos a los hechos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ÁLVAREZ GARCÍA, H., “La tutela constitucional de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Político*, nº 100, 2017.

BIEL PORTERO, I., *Los derechos de las personas con discapacidad en el marco jurídico internacional universal y europeo*. Universitat Jaume I, Castellón, 2009.

CORDERO GORDILLO, V., “Discriminación por asociación con una persona con discapacidad”, *Revista de Derecho Social*, nº 43, 2008.

CORDERO GORDILLO, V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

DE LORENZO GARCÍA, R., *Discapacidad, sistema de protección y Trabajo Social*. Alianza, Madrid, 2007.

GÁLVEZ DURAN, S., “El despido basado en la enfermedad del trabajador: una nueva lectura de la equiparación entre enfermedad y discapacidad”, *IUSLabor*, nº 3, 2015.

GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La naturaleza de las medidas de empleo ordinario de las personas con discapacidad: ¿medidas de acción positiva o de lucha contra la discriminación?”, *Temas Laborales*, nº 162, 2022.

GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*. Universitat Autònoma de Barcelona, Bellaterra, 2018.

GUZMÁN CASTILLO, F., “El binomio discapacidad-enfermedad. Un análisis crítico”, *Revista Internacional de Humanidades Médicas*, vol. 1, nº 1, 2012.

HERNÁNDEZ RÍOS, M.I., “El concepto de discapacidad: de la enfermedad al enfoque de derechos”, *Revista CES Derecho*, vol. 6, nº 2, 2015.

LIDÓN HERAS, L., *La convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2011.

PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Cinca, Madrid, 2008.

PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.) y DE LORENZO GARCÍA, R. (Dir.) y DE MIGUEL VIJANDI, B. (Coord.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – 2006/2016: una década de vigencia*. Cinca, Madrid, 2016.

POLONIO DE DIOS, G., *La discapacidad desde la perspectiva del Estado Social*. Universidad de Córdoba, Córdoba, 2015.

QUINTANILLA NAVARRO, B., “Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad” en VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.) y LAHERA FORTEZA, J. (Coord.), *Las relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Discapacidad, enfermedad y despido en la Directiva 2000/78”, *Derecho de las relaciones laborales*, nº 3, 2018.

SERRA CRISTOBAL, R., *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

VALDÉS DAL-RÉ, F., “El tratamiento por Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad: la Convención de Derechos”, *Derecho de las relaciones laborales*, nº 1, 2018.

VICTORIA MALDONADO, J.A., “El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos”, *Revista de Derecho UNED*, nº 12, 2013.