



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO

**DISCAPACIDAD EN EL EMPLEO Y EN LA
OCUPACIÓN: IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN
Y ACCIONES POSITIVAS EN EUROPA**

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER
MÁSTER UNIVERSITARIO EN DERECHO PRIVADO
ESPECIALIDAD EN DERECHO DEL TRABAJO

ALUMNA: CONSTANZA TRISOTTI BERNAIN
TUTORA: DRA. YOLANDA SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA
CALIFICACIÓN: 9,5 (MATRÍCULA DE HONOR)

Madrid, convocatoria de septiembre de 2014.

RESUMEN: Las personas con discapacidad han sido un colectivo históricamente discriminado que ha sufrido permanentes situaciones de exclusión en el ámbito del empleo y de la ocupación. La situación antes descrita es especialmente grave si se considera la cantidad de personas discapacitados en edad de trabajar que se encuentran desempleadas y las consecuencias que conlleva dicha situación, tanto en el ámbito individual como colectivo. El presente trabajo logra reunir y desarrollar orgánicamente en un mismo documento los mecanismos de respuesta que se han desarrollado en Europa para combatir la baja empleabilidad del colectivo discapacitado: la no discriminación como derecho individual y las acciones positivas como medio de integración social. Se pretende, así, otorgar una visión conceptual general de estos dos mecanismos, desde una perspectiva normativa, doctrinal y jurisprudencial.

PALABRAS CLAVE: Desempleo – Discapacidad – Discriminación – Ajustes razonables – Acciones positivas.

ABSTRACT: Disabled individuals have been a group historically discriminated, who have suffered permanent exclusionary situations within the scope of employment and occupation. The aforementioned situation is particularly serious if we take into account the amount of disabled people who are of working age and who are unemployed, along with the consequences derived from the foregoing, both individually and collectively. Within this single document, this work systematically collects and elaborates about the response mechanisms developed in Europe to attack the low employability of disabled people as a group; non-discrimination as an individual right; and affirmative actions as means for social integration. Thus, this work seeks to achieve a general conceptual outlook of these two mechanisms, from the perspective of applicable law, legal theory and case law.

KEY WORDS: Unemployment – Disability – Discrimination – Reasonable adjustments – Affirmative actions.

INDICE

| | |
|--|----|
| Abreviaturas | 4 |
| Introducción | 5 |
| | |
| 1. CONCEPTO DE DISCAPACIDAD | 8 |
| 1.1. Antecedentes previos | 8 |
| 1.1.1. Modelo de prescindencia | 9 |
| 1.1.2. Modelo médico | 10 |
| 1.1.3. Modelo social | 11 |
| 1.2. Discapacidad y derechos humanos | 14 |
| | |
| 2. MARCO NORMATIVO | 16 |
| 2.1. Contexto internacional | 16 |
| 2.1.1. ONU..... | 17 |
| 2.1.2. OIT | 24 |
| 2.2. Normativa europea | 27 |
| 2.2.1. Consejo de Europa | 27 |
| 2.2.2. Unión Europea | 30 |
| | |
| 3. DISCAPACIDAD EN EL EMPLEO Y EN LA OCUPACIÓN | 36 |
| 3.1. Igualdad y no discriminación | 37 |
| 3.1.1. Discapacidad y discriminación | 43 |
| 3.1.2. Discriminación directa | 47 |
| 3.1.2.1. Trato menos favorable | 48 |
| 3.1.2.2. Referencia comparativa | 49 |
| 3.1.2.3. Motivos protegidos | 50 |
| 3.1.2.4. Excepciones | 51 |
| 3.1.3. Discriminación indirecta | 53 |
| 3.1.3.1. Evolución conceptual | 54 |
| 3.1.3.2. Disposición, criterio o práctica aparentemente neutra | 57 |

| | |
|---|-----|
| 3.1.3.3. Efectos sustancialmente más perjudiciales o desventaja particular respecto de otras personas | 58 |
| 3.1.3.4. Irrelevancia del elemento subjetivo | 59 |
| 3.1.3.5. Justificaciones y excepciones | 59 |
| 3.1.4. Análisis comparativo con discriminación por razón de sexo | 61 |
| 3.1.5. Análisis comparativo con discriminación por razón de edad | 65 |
| 3.1.6. Acoso | 69 |
| 3.1.7. Discriminación por asociación | 73 |
| 3.1.8. Discriminación múltiple | 77 |
| 3.1.9. Ajustes razonables | 79 |
| 3.1.9.1. Ajustes razonables, discapacidad y empleo | 79 |
| 3.1.9.2. Regulación normativa internacional y comunitaria de los ajustes razonables en materia de discapacidad..... | 82 |
| 3.1.9.3. Tipos de ajustes razonables | 87 |
| 3.2. Igualdad y acciones positivas | 88 |
| 3.2.1. Regulación normativa internacional y comunitaria de las acciones positivas | 91 |
| 3.2.2. Tipos de acciones positivas | 92 |
| 3.2.3. Acciones positivas y discapacidad | 96 |
| Conclusiones | 107 |
| Bibliografía | 114 |
| Jurisprudencia citada | 120 |

ABREVIATURAS

| | |
|-------|---|
| CDFUE | Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. |
| CDPD | Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. |
| CEDH | Convenio Europeo de Derechos Humanos. |
| CIF | Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud. |
| DDPD | Declaración de los derechos de las personas discapacitadas. |
| DDPRM | Declaración sobre los Derechos de las personas con retardo mental. |
| DUDH | Declaración Universal de Derechos Humanos |
| OIT | Organización Internacional del Trabajo. |
| OMS | Organización Mundial de la Salud. |
| ONU | Organización de las Naciones Unidas. |
| PIDCP | Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos. |
| STEDH | Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. |
| STJUE | Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. |
| TCCE | Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos. |
| TFUE | Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. |
| TJUE | Tribunal de Justicia de la Unión Europea. |
| UE | Unión Europea. |

INTRODUCCIÓN

Las personas con discapacidad han sido un colectivo históricamente discriminado que ha sufrido permanentemente situaciones de exclusión en el ámbito del empleo y la ocupación. La mencionada situación se deriva, principalmente, de los múltiples prejuicios y estereotipos asociados a las personas con discapacidad, que se han erigido como una importante barrera de acceso al mercado del trabajo, circunstancia especialmente grave si se considera que el trabajo representa un elemento esencial para garantizar la igualdad de oportunidades y la participación de los ciudadanos en la vida social, económica y cultural.

La situación antes descrita ha originado múltiples políticas, tanto internacionales como nacionales, para enfrentar la exclusión de las personas con discapacidad del ámbito del empleo y la ocupación. Estos mecanismos -tanto legislativos como jurisprudenciales- han tenido naturaleza jurídica diversa, han apuntado a múltiples objetivos y han respondido a distintas formas de concebir el fenómeno de la discapacidad.

Dentro de los mecanismos más efectivos para combatir los bajos niveles de empleabilidad de las personas con discapacidad podemos mencionar los mecanismos de tutela antidiscriminatoria -recientes en Europa y de larga data en el Derecho anglosajón- y las políticas de integración social y económica.

El presente trabajo de investigación pretende analizar la prohibición de discriminación por razón de discapacidad como derecho individual y como mecanismo que establece las bases legales de una política antidiscriminatoria y de integración real y efectiva de las personas con discapacidad en el ámbito social y económico a nivel europeo.

En ese contexto se hará alusión, en primer lugar, a lo que en la actualidad se entiende por discapacidad, haciendo referencia a los distintos modelos teóricos que han sido desarrollados a lo largo de la historia para enfrentar el fenómeno de la discapacidad en la sociedad, incluyendo el modelo que actualmente se considera más aceptado.

Del mismo modo, se procederá al estudio del marco normativo aplicable al colectivo de la discapacidad, relacionado principalmente, con la igualdad y no discriminación en el mercado de trabajo. Dicha normativa aplicable será analizada desde la perspectiva del organismo del cual emana, sean organismos internacionales como europeos, poniendo énfasis en los instrumentos normativos más recientes y novedosos, a los cuales se hará alusión repetidamente a lo largo de todo el presente trabajo.

Teniendo claro tanto el modelo como la normativa aplicable a la discapacidad en el empleo, se hará un análisis de la relación entre la igualdad, la no discriminación y la discapacidad, procediendo al estudio de los derechos individuales y sus categorías aplicables en la actualidad en Europa, tanto en relación a su tratamiento normativo como sus alcances a nivel jurisprudencial.

Así, nuestro estudio se iniciará con la discriminación directa, categoría base de la discriminación, abordando los mecanismos que la enfrentan. Analizaremos cuáles son sus elementos constitutivos, cómo está tratada normativamente en el Derecho comunitario y cuáles son las excepciones que permiten que una situación que en apariencia es discriminatoria, finalmente no lo sea. Luego, se estudiará la discriminación indirecta, categoría relativamente novedosa en Europa, pero poco aplicada en el caso del colectivo discapacitado. Estudiaremos su evolución conceptual, los elementos que la caracterizan y las excepciones que se contemplan. Veremos también las diferencias entre el tratamiento aplicable a las discriminaciones

directas e indirectas por razón de discapacidad y las discriminaciones por razón de sexo y edad, con el objeto de apreciar las distintas intensidades de protección antidiscriminatoria de los mencionados colectivos en el ámbito comunitario.

Seguidamente, se analizarán también otras categorías discriminatorias más recientes que la discriminación directa e indirecta, como es el caso del acoso, la discriminación por asociación y la discriminación múltiple.

Como mecanismo necesario a fin de lograr la igualdad material de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación, procederemos a estudiar los ajustes razonables. Este estudio se centrará, en un comienzo, en la institución de los ajustes razonables en términos generales, aplicables a todos los colectivos históricamente discriminados. Luego, se hará referencia a los ajustes razonables aplicables de forma exclusiva al colectivo de la discapacidad, citando la normativa respectiva y los distintos tipos de ajustes razonables que pueden exigirse al empleador a fin de lograr la igualdad de trato entre los trabajadores con discapacidad y los restantes trabajadores.

Finalmente, haremos referencia a las acciones positivas como medidas de integración social de las personas con discapacidad en el empleo y la ocupación, y veremos su tratamiento normativo y jurisprudencial dentro de Europa, como también, los distintos tipos y clasificaciones de acciones positivas aplicables al mencionado colectivo.

Con lo anterior, se pretende otorgar una visión conceptual general de la prohibición de discriminación por razón de discapacidad como derecho individual y como mecanismo necesario para el establecimiento de las bases legales de una política antidiscriminatoria y de integración real y efectiva de las personas con discapacidad en el empleo y la ocupación, para finalmente otorgar una breve opinión sobre su situación actual en Europa.

1. CONCEPTO DE DISCAPACIDAD

1.1. ANTECEDENTES PREVIOS

Un aspecto fundamental a fin de comprender correctamente la normativa y el tratamiento de la discapacidad, es saber qué entendemos por discapacidad.

Es difícil partir de un concepto de discapacidad desde la perspectiva de una plena salud, toda vez que cada persona cuenta con condiciones de salud de distinta índole en las cuales se tienen más o menos desarrolladas facultades disímiles. Si así fuese, en principio, todas las personas podríamos tener algún grado de discapacidad.

Al ser la discapacidad un concepto amplio -que como tal puede tener distintas acepciones- es menester atender a lo que se denomina *concepto jurídico de discapacidad*. El concepto jurídico de discapacidad es de gran utilidad por cuanto fija el ámbito de aplicación de múltiples medidas normativas que buscan la integración de las personas con discapacidad¹, concepto que, a su vez, es determinado por los distintos modelos teóricos que explican la discapacidad.

Los modelos teóricos sobre la discapacidad -entendidos como las formas de respuesta de los Estados u organismos internacionales frente a los problemas asociados al

¹ GARCÍA QUIÑONES, J.C.: «El concepto jurídico laboral de discapacitado», en VALDÉS DALRÉ, F. (dir.) y LAHERA FORTEZA, J. (coord.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pág. 84.

fenómeno de la discapacidad- han presentado una importante evolución tanto en el ámbito comunitario como en el internacional a lo largo de la historia. Es preciso detenernos en dicha evolución como paso previo al desarrollo de la presente investigación.

Así, es posible distinguir tres modelos distintos de tratamiento de la discapacidad: el modelo de prescindencia, el modelo médico y el modelo social.

1.1.1. MODELO DE PRESCINDENCIA

El primer modelo al que podemos hacer referencia es el de la prescindencia. Podemos observar este modelo principalmente en la antigüedad clásica -tanto en Grecia como en Roma- y en la Edad Media².

Según este modelo, las personas con discapacidad no aportaban valor alguno a la sociedad, y por ello se consideraba su vida como innecesaria. Los motivos de la discapacidad se relacionaban con motivos religiosos, llegando incluso a creer que las discapacidades eran producto del enojo de los dioses³.

La lógica de este modelo consistía en que las personas con discapacidad debían ser apartadas de la sociedad, sea por medio de políticas eugenésicas como a través del aislamiento o confinamiento en sectores marginales⁴.

De esta forma, la respuesta de la sociedad al fenómeno de la discapacidad era su eliminación o su exclusión prácticamente absoluta de la sociedad.

² PALACIOS RIZZO, A. y BARIFFI, F.: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ed. Cinca, Madrid, 2007, pág. 14.

³ PALACIOS RIZZO, A. y BARIFFI, F.: *Op. cit.*, pág. 13.

⁴ PALACIOS RIZZO, A. y BARIFFI, F.: *Op. cit.*, pág. 14.

1.1.2. MODELO MÉDICO

Desde el siglo XVII, el modelo de la prescindencia comienza un proceso de evolución hacia un enfoque médico y asistencial de la discapacidad, cuya consolidación se sitúa a inicios del siglo XX, al término de la Primera Guerra Mundial⁵.

Según el modelo médico o rehabilitador⁶, la discapacidad se entiende como un problema causado por una enfermedad, trauma o condición de salud, que requiere de cuidados médicos a fin de lograr su cura, siendo primordial la atención médica⁷.

Las causas de la discapacidad dejan de ser religiosas (como eran en el modelo de la prescindencia) y pasan a ser de índole científica, y se entiende que las personas con discapacidad sí pueden aportar a la sociedad en la medida en que las causas de su discapacidad sean corregidas por medio de la medicina y la rehabilitación⁸.

El mencionado modelo tuvo repercusiones en el ámbito del derecho, lo cual se vio reflejado en la implementación de múltiples políticas legislativas orientadas a la rehabilitación de las personas con discapacidad y el establecimiento de un régimen de pensiones de invalidez, en un principio para los veteranos de guerra y luego extendidas a la totalidad de las personas con discapacidad⁹.

Las políticas de los Estados adoptadas en función de este modelo parten de la base que el fenómeno de la discapacidad es un problema de la persona específica que presenta una anomalía determinada y que debe adaptarse a la sociedad en la que vive, adaptación que pretende realizarse por medio de la rehabilitación médica o las pensiones por invalidez, según se ha dicho.

⁵ PALACIOS RIZZO, A. y BARIFFI, F.: *Op. cit.*, pág. 16.

⁶ PALACIOS RIZZO, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ed. Cinca, Madrid, 2008, pág. 26.

⁷ CÁCERES RODRÍGUEZ, C.: «Sobre el concepto de discapacidad. Una revisión de las propuestas de la OMS», en *Auditio: Revista electrónica de audiología*, vol. 2, núm. 3, 2004, pág. 76.

⁸ PALACIOS RIZZO, A.: *Op. cit.*, pág. 66.

⁹ PALACIOS RIZZO, A. y BARIFFI, F.: *Op. cit.*, pág. 16.

1.1.3. MODELO SOCIAL

Desde fines de los años ´70, y con mayor intensidad en los años ´80 del siglo XX, se ha realizado una nueva construcción del concepto de discapacidad, y por ende, ha surgido un nuevo modelo de tratamiento de la misma. Este nuevo modelo se traduce en cambios sustanciales en relación a lo que debe entenderse por discapacidad, ya sea en términos de su origen, de su concepto, como también de sus consecuencias políticas.

Este nuevo modelo es denominado *modelo social de la discapacidad*, y considera el fenómeno fundamentalmente como un problema de origen social, que guarda directa relación con la integración de las personas discapacitadas en la sociedad¹⁰. De acuerdo a este nuevo modelo, las causas de la discapacidad son las limitaciones de la propia sociedad y no se derivan de las restricciones o discapacidades individuales de las personas¹¹. Se hace entonces necesario modificar paulatinamente los espacios públicos a fin de poder cumplir con las necesidades propias de las personas con discapacidad con el objeto de obtener su pleno desarrollo social.

Este cambio de paradigma trae consigo cambios en el lenguaje y la forma de referirse a las personas con capacidades distintas. Se abandona el término minusválido -que, junto con ser falto de criterio técnico, era además poco cuidadoso- y se empieza a utilizar de forma generalizada el término discapacidad¹².

Sobre la construcción del nuevo concepto de discapacidad es necesario hacer referencia a un instrumento publicado el año 2001 por la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS), denominado *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud* (en adelante CIF)¹³ que precisa ciertas nociones e ideas sobre la discapacidad y que da cuenta de la transición entre el modelo médico y el modelo social de la discapacidad.

¹⁰ CÁCERES RODRÍGUEZ, C.: *Op. cit.*, pág. 76.

¹¹ PALACIOS RIZZO, A.: *Op. cit.*, pág. 103.

¹² GARCÍA QUIÑONES, J.C.: *Op. cit.*, pág. 43.

¹³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*, Publicaciones OMS, Mayo, 2001.

La mencionada publicación de la OMS entiende que la discapacidad deja de determinarse por limitaciones intrínsecas de la persona, y pasa a ser condicionada también por factores extrínsecos o ambientales. En este sentido, el ambiente que rodea a la persona discapacitada determina el nivel de desarrollo que ésta pueda alcanzar.

La CIF considera que es necesario distinguir dos componentes a fin de comprender el concepto de discapacidad. Por una parte, el *Funcionamiento y Discapacidad*, que a su turno se divide en (a) Funciones y estructuras corporales y (b) Actividades y participación, y por otra parte, los *Factores Contextuales*, que se dividen en (a) Factores ambientales y en (b) Factores personales¹⁴.

Corolario de lo anterior es que se concibe la discapacidad como un concepto genérico que abarca deficiencias, limitaciones de la actividad y restricciones a la participación de la persona en la sociedad. La discapacidad sería entonces el resultado entre la interacción de personas con limitaciones en sus funciones o estructuras corporales y los factores personales y ambientales que la rodean, siendo por consiguiente, un fenómeno complejo.

Tal construcción conceptual tiene por finalidad explicar de un mejor modo la discapacidad, diferenciándose los modelos médico y social. El concepto de discapacidad de la CIF intenta constituir y afrontar de mejor modo la discapacidad desde un punto de vista integral de las condiciones y dimensiones que la determinan.

Las consecuencias políticas de esta nueva concepción de la discapacidad se reflejan en un cambio en la orientación de las políticas públicas: ya no se orientan al resguardo de los cuidados médicos y las prestaciones destinadas a la protección de las personas con discapacidad, sino que se dirigen a la eliminación de las barreras que impiden el goce de los derechos de las personas con discapacidad en un plano de igualdad¹⁵.

¹⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: *Op. cit.*, pág. 14.

¹⁵ VALDÉS DAL-RE, F.: «Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos», en VALDÉS DAL-RE, F. (dir.) y LAHERA FORTEZA, J. (coord.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pág. 373.

Al dejar atrás el carácter asistencialista del modelo médico, la toma de consciencia acerca del aporte que las personas con discapacidad pueden hacer a la sociedad, resulta fundamental. Se estima que las personas con discapacidad sí son capaces de contribuir a la sociedad, y no en la medida en que sean rehabilitadas, sino que de acuerdo a sus propias características, capacidades y potencialidades.

Desde una perspectiva materialista, la discapacidad podría no sólo determinarse por la interacción entre lo biológico y lo social, sino determinarse también por la capacidad productiva de las personas, y es por ello que el desarrollo del trabajo de las personas con discapacidad resulta ser central para quienes promueven el modelo social¹⁶.

Esta aportación a la sociedad constituye un elemento base para el desarrollo y autonomía de las personas con discapacidad, y repercute, como veremos, en las políticas laborales que deben implementar los Estados, principalmente por medio de la promoción y el desarrollo del mercado de trabajo para las personas con discapacidad. Tales políticas laborales tienen especial sentido si se considera que en el mundo occidental, el mercado del trabajo y la ocupación se ha organizado de acuerdo a la búsqueda y maximización de la ganancia y la competencia entre los trabajadores individuales, relegando al colectivo que presente limitaciones o deterioros físicos o intelectuales¹⁷.

En tal sentido, el modelo social de la discapacidad, el mercado del trabajo y las políticas laborales se encuentran relacionadas indisolublemente, siendo necesaria la reformulación del significado del trabajo a fin de lograr un impacto significativo en el empleo de las personas con discapacidad¹⁸.

El modelo social de la discapacidad se encuentra presente de forma transversal en la última década en la implementación de múltiples políticas laborales tanto a nivel internacional como nacional, como también en el desarrollo jurisprudencial de tribunales internacionales, en aras de la integración social de las personas con discapacidad a través del trabajo y la ocupación.

¹⁶ BARNES, C.: «A working social model? Disability, work and disability politics in the 21st century», en *Critical Social Policy*, núm. 20, 2000, pág. 444.

¹⁷ BARNES, C.: *Op. cit.*, pág. 445.

¹⁸ BARNES, C.: *Op. cit.*, pág. 442.

1.2. DISCAPACIDAD Y DERECHOS HUMANOS

El proceso de evolución del modelo de tratamiento de la discapacidad al que se ha hecho referencia precedentemente se encuentra relacionado estrechamente con los derechos humanos.

El nuevo modelo ha sido construido principalmente por medio de políticas e instrumentos internacionales, tal como se describirá en el capítulo referente a la normativa sobre la discapacidad. En dicha construcción, la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) ha cumplido un papel preponderante, promoviendo el respeto y el desarrollo de los derechos de las personas con discapacidad en aras a su plena integración social.

Esta nueva concepción de la discapacidad permite integrar el fenómeno de la discapacidad con el tratamiento de otros temas relacionados con los derechos humanos, como es el caso de la igualdad y no discriminación, el fenómeno de las diferencias de género, la eliminación de las torturas y tratos inhumanos y degradantes, entre otros, plasmados en los numerosos tratados internacionales sobre derechos humanos, como asimismo en las normas no vinculantes de la ONU.

Dentro del catálogo de derechos humanos, el derecho a la igualdad y no discriminación resultan fundamentales para la integración efectiva de las personas con discapacidad a la sociedad y su participación en ella¹⁹.

Surge la necesidad de poner especial énfasis en la adecuación de la eficacia de los derechos humanos a las características propias de las personas con discapacidad a fin de garantizar su pleno goce y respeto a su dignidad, función que deben cumplir los Estados por medio de medidas positivas tendentes inequívocamente a ello.

A lo largo de la presente investigación se analizará la función que cumple el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación y su relación con la implementación gradual del modelo social de la discapacidad, haciendo alusión a los derechos

¹⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Op. cit.*, pág 385.

individuales y mecanismos que establecen las bases legales de una política antidiscriminatoria y de integración social de las personas con discapacidad tanto desde la perspectiva normativa como jurisprudencial.

2. MARCO NORMATIVO

2.1. CONTEXTO INTERNACIONAL

A fin de realizar un análisis de los distintos aspectos de la discriminación por discapacidad, es necesario hacer una descripción del marco normativo internacional más relevante que trata y regula dicha materia, y que constituye un mínimo jurídico esencial necesario para la promoción de los derechos de las personas con discapacidad.

La importancia del estudio previo del contexto tanto internacional como europeo de la normativa referente a la discriminación por discapacidad radica en comprender la dimensión supranacional del concepto, y asimismo, entender la evolución del tratamiento de dicha materia, su estado actual y obtener luces acerca de su proyección de cara hacia el futuro.

El estudio de la normativa se realizará tanto desde la perspectiva de las instituciones de las cuales aquella ha emanado, como también de su contenido. Esto es, tanto la normativa genérica alusiva al derecho a la igualdad y no discriminación, como la normativa específica referente a los derechos de las personas con discapacidad.

2.1.1. ONU

La ONU ha cumplido una función muy relevante en la elaboración y promoción de numerosos tratados internacionales sobre derechos humanos en general, como también de instrumentos específicos de protección de derechos de las personas con discapacidad.

Sin embargo, la protección contra la discriminación, entendida como un derecho humano, no fue plasmada en tratados internacionales hasta la segunda mitad del siglo XX.

El primer antecedente en tal sentido podemos encontrarlo en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, firmada en la ciudad de San Francisco en junio de 1945 al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional.

El mencionado texto refleja, en su artículo 1.3, el propósito consensuado de los países miembros de estimular el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas sin distinción de índole racial, sexual o por razón de idioma o religión.

El propósito mencionado guarda íntima relación con el contexto histórico en la que es adoptada la Carta, y es considerada una finalidad de la creación de la ONU que la dota de sentido y que se proyecta en las actuaciones de la organización, al igual que los propósitos de seguridad internacional y de desarrollo de las relaciones entre los países.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 -que contiene una extensa enunciación de distintos derechos esenciales-, establece la igualdad ante la ley y una protección contra la discriminación en su ámbito de aplicación general. En efecto, su artículo 7 señala que todos son iguales ante la ley, teniendo igual protección contra toda discriminación que infrinja la DUDH.

El Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos (en adelante PIDCP) adoptado por la Asamblea General de la ONU el año 1966, es también un instrumento internacional que alude a la igualdad y no discriminación en términos genéricos, dando un paso más en el desarrollo del mencionado derecho. En específico, no sólo protege frente a la discriminación, sino que derechamente la prohíbe. Su artículo 26 señala que se prohíbe toda discriminación, y garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Otros instrumentos internacionales siguieron la misma línea conceptual, como ocurre con la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1963, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1982 y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, entre otras.

Resulta importante tener claro el contexto de los mencionados tratados internacionales, toda vez que conforman el marco general referente a la protección contra abusos y discriminaciones de grupos históricamente segregados, dando origen al desarrollo de políticas de protección en temas más específicos, tales como el ámbito laboral o la esfera de la discapacidad.

Teniendo claras las ideas antes enunciadas, es necesario hacer referencia a la normativa emanada de la ONU sobre la discriminación referida a un ámbito más específico, como es el laboral.

La DUDH -a la cual ya se ha hecho alusión- tiene la particularidad de trasladar los principios de igualdad y no discriminación de su artículo 7 al ámbito laboral. Así, establece en su artículo 23.1 los derechos de que gozan las personas tanto en términos del acceso al trabajo y promoción en el mismo, como en aspectos remuneracionales.

En relación a la normativa específica sobre discapacidad, es preciso señalar que la ONU ha jugado un rol predominante en el desarrollo de políticas y normativas de protección y promoción de derechos de los discapacitados.

Desde los años 50, la Asamblea General de la ONU y el Consejo Económico y Social aprobaron varias resoluciones relativas a la prevención y rehabilitación de la discapacidad²⁰.

El origen del interés y preocupación de la situación de las personas con discapacidad se basa en el contexto histórico previo a los años 50, en el cual, como es sabido, durante la Segunda Guerra Mundial las personas con discapacidad sufrieron una brutal persecución y atroces vejámenes.

Siguiendo el modelo médico de la discapacidad vigente en dicha época, las medidas adoptadas no seguían un enfoque desde la perspectiva de los derechos humanos, sino que cumplían una función asistencial, enfocada en la rehabilitación.

Luego, desde el inicio de los años '70, la Asamblea General de la ONU proclamó distintas declaraciones referentes a los derechos de las personas con discapacidad. Entre ellas, podemos hacer alusión a la Declaración sobre los Derechos de las personas con retardo mental del año 1971 (en adelante DDPRM) y la Declaración de los derechos de las personas discapacitadas del año 1975 (en adelante DDPD).

La DDPD es la primera norma explícita de la ONU que reconoce derechos humanos para los discapacitados como grupo específico, señalando simplemente que ellos eran titulares de los mismos derechos que se habían reconocido en otros instrumentos internacionales de carácter universal. En la DDPD se enumeran derechos que parecen fundamentales para el desarrollo de sus capacidades, como es el caso de la protección de su dignidad humana, la prohibición de todo trato discriminatorio o la promoción de medidas destinadas a permitirles lograr la mayor autonomía posible.

²⁰ DE LORENZO GARCÍA, R. y PALACIOS RIZZO, A.: «Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional», en LAORDEN FERRERA, J. (dir.) y TERREROS CHACÓN, J.L. (coord.): *Los Derechos de las Personas con Discapacidad*, vol. 1, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pág. 37.

En relación a derechos de las personas con discapacidad en el ámbito laboral, la DDPRM establece el derecho de las personas con retardo mental de poder, en la medida de sus posibilidades, desempeñar una labor productiva. En la DDPD se establece el derecho de las personas con discapacidad, en la medida de sus posibilidades, a *obtener y conservar un empleo y a ejercer una ocupación útil, productiva y remunerativa*, estableciendo también derechos de carácter sindical a los discapacitados.

La ONU, mediante Resolución 31/123 de la Asamblea General de fecha 16 de diciembre de 1976, proclamó al año 1981 como el año internacional de los impedidos, declarando a su vez el decenio comprendido entre los años 1983 y 1992 como el “Decenio de Naciones Unidas para las Personas con Discapacidad”. Así, se puso en marcha el Programa de Acción Mundial para las personas con discapacidad, mediante Resolución 37/52 de la Asamblea General de 3 de diciembre de 1982.

El referido programa enfoca la discapacidad desde la perspectiva de los derechos humanos, constituyendo una estrategia global de recomendaciones para optimizar la prevención de la discapacidad, la rehabilitación y la igualdad de oportunidades, con el propósito de conseguir la plena participación de las personas con discapacidad en la vida social y el desarrollo de cada país²¹.

En materia de empleo de las personas con discapacidad, el Programa propone a los Estados miembros adoptar políticas de integración de las personas con discapacidad al mercado laboral por medio diversas medidas, tales como planes de cuotas con incentivos, empleos reservados o designados, exenciones impositivas, empleo protegido, entre otras.

El “Decenio de Naciones Unidas para las Personas con Discapacidad” culminó en el año 1993 con la aprobación de la Asamblea General de la Resolución 48/96 de fecha 20 de diciembre de 1993 referente a las Normas uniformes sobre la igualdad de

²¹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: *Programa de acción mundial para las personas con discapacidad* (Documento A/37/51). Aprobado por Resolución 37/52 de 3 de diciembre de 1982.

oportunidades para las personas con discapacidad, consistentes en 22 normas que resumen el Programa de Acción Mundial al cual se hizo referencia.

Las normas aludidas emplazaban a los Estados a impulsar el pleno desarrollo de las personas con discapacidad en numerosos ámbitos, teniendo por objetivos la prevención, la rehabilitación y la igualdad de oportunidades²². Por igualdad de oportunidades se entendía el proceso en el que la sociedad en su conjunto se volvía accesible a todos, ya sea en términos culturales, de oportunidades laborales, transporte y ambiente en general.

La importancia de la igualdad de oportunidades como objetivo de las Normas es el cambio de enfoque de la discapacidad, tema que empieza a entenderse como una cuestión de igualdad, frente a la cual la adopción de medidas tradicionales de rehabilitación pasa a ser del todo insuficiente. Ya no se ubica el problema en la persona con discapacidad, sino en la estructura de la sociedad que lo margina²³.

De esta forma, se deja atrás el modelo tradicional, por medio del cual se trata la discapacidad desde el punto de vista asistencial y médico, y empieza a surgir un nuevo paradigma: el de los *derechos humanos de los discapacitados*.

En materia laboral, las Normas establecen el empleo como un aspecto previsto y necesario para la consecución de la igualdad de oportunidades. Así, en su artículo 7 señalan que los Estados deben apoyar activamente la integración de las personas con discapacidad al mercado laboral, enumerando, a título meramente ejemplar, una serie de medidas que podrían lograr dicho objetivo, como es el caso de las cuotas basadas en incentivos, el empleo reservado, las exenciones fiscales, por nombrar sólo algunas.

Es importante señalar que las medidas aludidas se encontraban orientadas a la adaptación de los lugares de trabajo y desarrollo de nuevas tecnologías para facilitar el acceso y políticas de formación y colocación. Del mismo modo, se establece que

²² CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado del trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 21.

²³ LAWSON, A.: «The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?», en *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 34, núm. 2, 2007, pág. 581.

los Estados deben realizar campañas de sensibilización al público a fin de superar los prejuicios de la sociedad frente a los trabajadores con discapacidad.

A pesar del compromiso moral y político que se establece en la elaboración y aprobación de las mencionadas Normas -al constituir estos instrumentos el *soft law* de la ONU- quedaba en evidencia la necesidad de crear un instrumento de eficacia vinculante para la adopción de medidas de promoción de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

Con el objeto de llenar el vacío mencionado, y luego de cuatro años de trabajo, se creó la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante CDPD), aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de la ONU mediante la Resolución 61/106.

La importancia de la CDPD fue la consagración, con fuerza vinculante, de la visión de los derechos de las personas con discapacidad como tales, estando obligados los poderes públicos a su promoción y respeto, constituyendo un instrumento que marcó el paso a una nueva era en la materia²⁴.

En concreto, lo que se buscaba conseguir con la CDPD era la adaptación de las normas pertinentes a las personas con discapacidad establecidas en tratados internacionales ya existentes e instaurar mecanismos para garantizar el efectivo goce de los derechos²⁵.

En ese contexto, la CDPD reconoce a las personas con discapacidad tres grandes bloques de derechos; los derechos ya existentes en el Derecho Internacional, los derechos específicos de las personas con discapacidad, y finalmente, la protección específica de determinados colectivos, como es el caso de las mujeres y los menores de edad²⁶.

²⁴ LAWSON, A.: *Op. cit.*, pág. 619.

²⁵ DE LORENZO GARCÍA, R. y PALACIOS RIZZO, A.: *Op. cit.*, pág. 43.

²⁶ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C.: «Los Derechos de las Personas con Discapacidad», en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (dir.): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ed. Dilex, 4ª edición, Madrid, 2011, pág. 481.

La CDPD ha establecido la igualdad y no discriminación como la piedra angular necesaria para asegurar el goce pleno de los derechos de las personas con discapacidad. En efecto, prohíbe todo tipo de discriminación basado en la discapacidad, y define la discriminación como *cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.*

Es oportuno hacer presente que la CDPD nos deja también dos conceptos de gran importancia para los efectos de obtener la igualdad de oportunidades: los ajustes razonables y las acciones positivas, que serán luego desarrollados con detención en su correspondientes epígrafes.

En lo concerniente específicamente al ámbito laboral, la CDPD establece el derecho de las personas con discapacidades de trabajar en condiciones de igualdad. Así, se protege el derecho al trabajo, otorgando condiciones de acceso al mercado laboral de forma inclusiva y abierta, tanto en el ámbito público como el privado.

En materia de discriminación por discapacidad en el ámbito laboral, su artículo 27.1 a) la prohíbe expresamente, tanto respecto de las condiciones de selección, contratación y empleo, como la continuación en el mismo y su promoción profesional. Establece la CDPD la igualdad en términos remuneracionales respecto de las personas no discapacitadas, protege contra el acoso y promueve la realización de ajustes razonables y acciones positivas.

Como queda en evidencia, la CDPD viene a consolidar derechos que, en teoría, ya estaban reconocidos²⁷, pero cuya promoción y reforzamiento eran necesarios a fin de otorgar mayor visibilidad, especialidad e información²⁸ sobre los derechos de las personas con discapacidad.

²⁷ LAWSON, A.: *Op. cit.*, pág 616.

²⁸ LAWSON, A.: *Op. cit.*, pág 583.

En la actualidad, y transcurridos más de 7 años desde la aprobación de la CDPD, la adaptación de las legislaciones internas a su contenido sigue siendo un desafío. Para ello, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad cumple un importante papel, pero en principio, resulta insuficiente, toda vez que la obligación de los Estados es la presentación de informes de forma periódica, que constituye el compromiso mínimo que asumen los Estados al ratificar la CDPD²⁹. Los Estados que están dispuestos a asumir un compromiso mayor, pueden ratificar el Protocolo Facultativo de la Convención.

2.1.2. OIT

La Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) -como organismo que busca promover la justicia social y los derechos humanos y laborales reconocidos a nivel internacional- ha cumplido una importante función al elaborar Convenios y Recomendaciones (vinculantes o de índole orientativa, respectivamente) que han buscado promover el derecho a la igualdad y no discriminación y el desarrollo de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito laboral.

Del mismo modo que se analizó la normativa de la ONU sobre la materia que nos ocupa, es necesario primero hacer referencia a la normativa emanada de la OIT que de forma genérica hace alusión a la igualdad y no discriminación, para luego hacer referencia a la normativa específica sobre los trabajadores con discapacidad.

En relación al derecho a la igualdad y no discriminación, es preciso señalar que dicha garantía se encuentra presente de forma transversal en el trabajo de la OIT, toda vez que es considerada la base para la búsqueda de la justicia social y un requisito indispensable para el progreso de la sociedad.

Al respecto, podemos hacer alusión al Convenio número 100 de la OIT sobre igualdad de remuneración del año 1951, cuyo objetivo era garantizar la aplicación a todos los trabajadores de los Estados miembros del principio de igualdad de

²⁹ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C.: *Op. cit.*, pág. 489.

remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.

Sin embargo, el instrumento internacional de la OIT más relevante sobre el derecho a la igualdad y no discriminación ha sido el Convenio número 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación del año 1958. El mencionado Convenio tuvo por objeto la igualdad de trato y oportunidades en la esfera laboral, buscando la eliminación de todo tipo de discriminación.

Es preciso advertir que si bien en el Convenio 111 no se hace expresa mención a la discapacidad como factor de discriminación, sí especifica como discriminatorias otras distinciones o exclusiones que alteran la igualdad de oportunidades. Junto con ello, permite a los Estados (previa consulta con las organizaciones de empleadores y trabajadores) definir como no discriminatorias medidas especiales destinadas a satisfacer necesidades particulares de distintos grupos, como es el caso de los discapacitados³⁰.

Ahora bien, en relación a la normativa específica relativa a las personas con discapacidad, podemos hacer referencia a numerosos instrumentos internacionales emanados de la OIT.

El primer antecedente de la OIT en esta materia es la Recomendación número 71 sobre la organización del empleo, del año 1944. La mencionada Recomendación establecía que *los trabajadores inválidos[sic]³¹, cualquiera que sea el origen de su invalidez, deberían disponer de amplias facilidades de orientación profesional especializada, de formación y reeducación profesionales y de colocación en un empleo útil.*

Entre los múltiples Convenios de la OIT dentro del tema en estudio, podemos hacer referencia a la Recomendación número 99 sobre adaptación y readaptación profesionales de los inválidos del año 1955. La Recomendación en comento persigue

³⁰ Aunque el texto habla de invalidez, no discapacidad.

³¹ Textual disponible en el enlace de la referida Recomendación de la página web de la OIT. http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312409:NO

la orientación y formación profesional de las personas con discapacidad, como asimismo, la no discriminación de los trabajadores discapacitados en relación al salario y otras condiciones laborales, estableciendo medidas de acción positiva, tales como reserva de cupos, preferencias de acceso, entre otras.

En 1983 la OIT dictó el Convenio número 159 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas y la Recomendación número 168 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas que complementa el mencionado Convenio.

El Convenio número 159 se dictó como consecuencia de la entrada en vigencia de algunos de los tratados internacionales -tanto de la OIT como de la ONU- que han sido mencionados anteriormente. Ello por cuanto considera que tales progresos requieren la adopción de nuevas normas a fin de asegurar la igualdad de oportunidades a todas las categorías de personas discapacitadas en materia de empleo e integración.

Según el mencionado instrumento, la finalidad de la readaptación profesional es permitir a las personas con discapacidad obtener, conservar y progresar en un empleo, promoviendo su integración a la sociedad. Esta readaptación debe ser formulada, aplicada y revisada de forma periódica por los Estados miembros, y debe basarse en la igualdad de oportunidades, a la cual hace mención de forma reiterada.

Una particularidad de este Convenio, es que establece asimismo la igualdad de oportunidades y trato entre las trabajadoras inválidas y los trabajadores inválidos³². Dicha distinción guarda relación con la realidad de la discriminación múltiple, esto es, aquella en que una persona forma parte de forma simultánea de dos colectivos históricamente discriminados (como en este caso serían las mujeres discapacitadas), cuestión que será desarrollada en su epígrafe correspondiente.

Con la finalidad de lograr la igualdad de oportunidades en términos de acceso al empleo, se establecía también la aplicación de ajustes razonables por parte de los

³² CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 31.

Estados miembros, en armonía con otros instrumentos internacionales que regulan la materia.

2.2. NORMATIVA EUROPEA

La normativa europea no ha quedado ajena al desarrollo progresivo de las fuentes tendientes a la protección y fomento de las personas con discapacidad en el ámbito laboral.

Desde la perspectiva del derecho europeo, no existe un sistema normativo único en materia de no discriminación, sino que más bien es el resultado de la combinación de diversos cuerpos legales.

2.2.1. CONSEJO DE EUROPA

Al igual que la normativa internacional, es posible distinguir dos tipos de normativas. La genérica referente al derecho a la igualdad y principio de no discriminación, y la normativa específica sobre las personas con discapacidad.

Dentro de la normativa genérica que trata el derecho a la igualdad de las personas y el principio de la no discriminación, podemos hacer alusión al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), aprobado el 4 de noviembre de 1950 en el marco del Consejo de Europa, siendo considerado el tratado internacional sobre derechos humanos más importante en el ámbito regional europeo³³.

La particularidad del CEDH no sólo radica en su carácter innovador y señero a la fecha de su redacción, sino también en la posibilidad de que los propios particulares pudiesen ejercer un recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) cuando se sintieran afectados por la vulneración de alguno de los derechos y garantías contenidas en el Convenio.

³³ DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *Sistema de Derechos Fundamentales*, Ed. Aranzadi, 4ª edición, Pamplona, 2013, pág. 154.

Sobre el derecho a la igualdad y no discriminación el CEDH menciona en su artículo 14 que el *goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna*, y enumera una serie de posibles factores de discriminación.

Si bien en dicho artículo no se menciona expresamente la discapacidad como factor de discriminación, instrumentos posteriores emanados del Consejo de Europa dan a entender que la discapacidad sí se encuentra contenida como factor de discriminación proscrito en el mencionado precepto legal.

Sin perjuicio de lo anterior, en relación específicamente a la discapacidad en el ámbito laboral, el Consejo de Europa ha adoptado otros instrumentos internacionales de protección.

Tal es el caso de la Carta Social Europea, del año 1961 y su posterior revisión del año 1996, que en relación a este tópico, intenta orientar la integración de las personas con discapacidad. Respecto de la discapacidad, la mayor distinción entre la Carta original y su revisión es el vuelco en el modelo de esta, desde un enfoque médico a un enfoque social³⁴.

La Carta de 1961, establece en su artículo 15 el derecho de las personas físicas o mentalmente disminuidas a la formación profesional y la readaptación profesional. Ahora bien, se estableció en el texto original de la Carta de 1961 que la formación profesional debe ser realizada por instituciones especializadas y que la colocación en un puesto de trabajo debe realizarse también por un servicio especializado, señalando de esta forma que ello debía realizarse por instituciones segregadas como regla general, adoptando una postura rehabilitadora y proteccionista³⁵.

La revisión de la Carta en el año 1996, se realizó con el objetivo de adaptar el contenido de la Carta a los cambios sociales producidos con posterioridad a 1961 y reconocer nuevos derechos.

³⁴ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 33.

³⁵ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 33.

Por medio de esa revisión, y en relación a las personas con discapacidad, se dejó de lado el objetivo de la formación profesional y la readaptación profesional y se pasa a la conquista de la autonomía, integración social y participación de las personas discapacitadas en la vida de la comunidad, independiente de la naturaleza y origen de la misma.

Para ello, se estableció el compromiso de los Estados miembros de adoptar medidas dirigidas a la educación y formación de las personas con discapacidad, como asimismo, a la promoción de su acceso al empleo mediante la estimulación a los empleadores para su contratación en el entorno habitual de trabajo. Al referirse a entorno habitual de trabajo, podemos observar que lo que se busca es que las personas con discapacidad puedan integrarse al mercado regular de trabajo, relegando el empleo protegido a un rol subsidiario³⁶.

Podemos hacer también alusión a la Recomendación Rec (2006) del Comité de Ministros a los Estados miembros de fecha 5 de abril de 2006 sobre el “Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015”.

Según indica su propio texto, el mencionado Plan de Acción busca contribuir a la aplicación en el ámbito europeo de un modelo de política coherente para las personas con discapacidad, basado en los principios de plena ciudadanía y de vida autónoma, para lo cual es necesaria la eliminación de obstáculos a la integración, independiente de la naturaleza de estos.

En atención a lo anterior, el Plan recomienda a los Estados miembros integrar en sus políticas internas los principios que guardan relación con múltiples ámbitos que afectan a las personas con discapacidad y que considera, como principios fundamentales, la igualdad de oportunidades y la no discriminación.

³⁶ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 34.

En materia de empleo, orientación y formación profesional de las personas con discapacidad, el Plan de Acción entiende que el trabajo resulta fundamental para la integración e independencia económica de las personas con discapacidad en edad de trabajar, cuyas consecuencias podrían ser no sólo positivas para el trabajador, sino también para el empleador y la sociedad en su conjunto.

En atención a lo anterior promueve -entre otras acciones- la lucha contra la discriminación a fin de garantizar la igualdad de oportunidades. Protección que debe verse reflejada en todas las fases del empleo, ya sea en la selección y contratación, como en la evolución de la actividad laboral. Asimismo, y como se venía promoviendo en otros instrumentos internacionales anteriores y contemporáneos, establece la necesidad de adoptar ajustes razonables y acciones positivas tendientes a lograr la igualdad de oportunidades real.

Queda en evidencia la intención del Consejo de Europa de integrar plenamente a las personas con discapacidad al mercado ordinario de trabajo, con el pleno goce de sus derechos por medio de la aplicación de diversas políticas de promoción, en armonía con la normativa emanada de la ONU y la OIT.

2.2.2. UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea (en adelante UE), también ha contribuido a la elaboración de normas sobre la igualdad y no discriminación y normativas referentes a las personas con discapacidad.

En relación a la normativa genérica sobre igualdad y no discriminación, es preciso hacer presente que ya desde su fundación en el año 1957, la UE³⁷ definía políticas antidiscriminatorias, aunque se referían principalmente a la discriminación por razón de sexo³⁸. El desarrollo de nuevos factores de discriminación se llevó a cabo principalmente en los años 90³⁹.

³⁷ Denominada en ese entonces *Comunidad Económica Europea*.

³⁸ DE LORENZO GARCÍA, R. y PALACIOS RIZZO, A.: *Op. cit.*, pág. 47.

³⁹ DE LORENZO GARCÍA, R. y PALACIOS RIZZO, A.: *Op. cit.*, pág. 47.

Es menester hacer referencia al Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 por el que se Modifican el Tratado de la UE, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos.

El Tratado de Ámsterdam, al dar una gran importancia a los derechos fundamentales, establece una lucha más decidida en contra la discriminación, que incluye a partir de dicho momento no sólo la discriminación por razón de nacionalidad, sino también por otros factores.

El mencionado Tratado introduce el artículo 13.1 al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante TCCE), señalando que el Consejo puede adoptar acciones tendientes a la lucha contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. El apartado siguiente del artículo autoriza a la UE la adopción de acciones tendientes a la lucha contra los factores de discriminación aludidos previamente.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE) - catálogo de mayor relevancia dentro del ámbito de la UE- fue formalmente proclamada en Niza en diciembre del año 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, sin perjuicio de que en diciembre del año 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, haya adquirido el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados.

La CDFUE viene a llenar el vacío de un catálogo normativo de derechos humanos, vacío producido -al menos en parte- por la no adhesión de la UE al CEDH, derivada, a su turno, del Dictamen 2/94 de 28 de marzo de 1996 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁴⁰ que rechazó el planteamiento del Consejo de Europa sobre si la Comunidad tenía o no competencia para negociar y firmar un acuerdo de adhesión de tal naturaleza⁴¹.

⁴⁰ Denominado en la actualidad Tribunal de Justicia de la Unión Europea luego de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre del año 2009.

⁴¹ ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Ed Aranzadi, 3ª edición. Pamplona, 2012, pág. 359.

La CDFUE establece en su artículo 21.1 la prohibición de toda discriminación, señalando una serie de posibles factores de discriminación, como es el caso del sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

Ahora bien, resulta importante en relación a la discriminación en el ámbito laboral, hacer referencia a la Directiva de la Unión Europea para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (2000/78/CE) de fecha 27 de noviembre de 2000.

La Directiva entiende que el empleo y la ocupación son elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades, contribuyendo a la plena participación de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal. Debido a ello, la Directiva tiene por objetivo la lucha contra la discriminación, obligando a los Estados miembros a adecuar su legislación interna a los requerimientos de la misma. Esta Directiva realiza importantes avances en materia de discriminación laboral en el ámbito general, y también respecto de la discriminación laboral contra el colectivo de la discapacidad en específico.

Corresponde ahora revisar la normativa de la UE referente específicamente a las personas con discapacidad.

Ya desde fines de los años '70 se empezaron a crear programas de acción para la integración social de los discapacitados en la UE, y que, hasta mediados de los años 90, fueron estructurados casi de forma exclusiva desde la perspectiva del modelo médico de la discapacidad.

Los primeros indicios de adopción del modelo social en la redacción de normativas y medidas por parte de la UE pueden ser observados en la Recomendación del Consejo de 24 de julio de 1986 sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad. En dicha Recomendación se deja de lado el enfoque del tratamiento de la discapacidad desde la perspectiva de la rehabilitación y la readaptación, y empieza a vislumbrarse la situación desde el principio de igualdad y no discriminación, buscando la adopción de medidas tendientes a la promoción y protección del empleo, entre otras.

La Recomendación recién señalada, junto con la Comunicación de la Comisión de 30 de julio de 1996 sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalías, cimentaron las bases para la admisión del nuevo modelo social de la discapacidad en el Tratado de Ámsterdam.

Lo anterior trae como consecuencia que se empiece a hacer referencia de forma explícita a la discapacidad como factor de discriminación, tal como sucede en el Tratado de Ámsterdam y en la CDEUE.

La CDFUE -a la cual ya se hizo alusión en relación con la igualdad y no discriminación en general en la UE- también cuenta con normativa específica referente a la discapacidad.

En efecto, la CDFUE establece una regulación referida de forma concreta a las personas con discapacidad, señalando en su artículo 26 el reconocimiento y respeto de los derechos de las personas con discapacidad a beneficiarse de medidas tendientes a garantizar su autonomía, integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.

La discapacidad como factor de discriminación se adoptó por primera vez en el Tratado de Ámsterdam, constituyendo el primer mecanismo de lucha contra la discriminación de dicho colectivo en el ámbito comunitario.

El primer paso dado por el Tratado de Amsterdam se vio refrendado por el tratamiento sobre la discriminación por factor de discapacidad que ha sido desarrollada por la Directiva 2000/78/CE en la cual queda en evidencia un giro hacia el modelo social de la discapacidad.

La Directiva antes mencionada es clave en el tema objeto de nuestro trabajo, porque si bien trata el derecho a la igualdad y no discriminación en todos los ámbitos, hace referencias explícitas a la discriminación por discapacidad. En materia de discriminación por razón de discapacidad, cuenta con el antecedente de la Resolución

del Consejo de fecha 17 de junio de 1999 relativa a la igualdad de oportunidades laborales de las personas con minusvalías.

La Directiva insta la aplicación de ajustes razonables a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades. La mencionada Directiva se encuentra influenciada en parte importante por la *American with Disabilities Act* de 1990, adoptando conceptos trascendentales de la misma, como es el caso del establecimiento de ajustes razonables⁴².

La Directiva señalada tuvo un gran impacto en la normativa interna de los países de la UE en materia de discriminación. En efecto, trajo como consecuencia la adaptación de la legislación interna a las exigencias de dicha Directiva, que asimismo derivó en el Plan de Acción Europeo para la Igualdad de Oportunidades para las personas con discapacidad.

Finalmente, podemos hacer alusión a la Estrategia Europea en Materia de Discapacidad 2010-2020, cuyo objetivo es facilitar el desarrollo de los derechos de las personas con discapacidad del mismo modo que el resto de ciudadanos de la UE, buscando su plena inclusión social. Dicha Estrategia busca la supresión de barreras por medio de la elaboración de políticas en distintos ámbitos de actuación, a saber, accesibilidad, participación, igualdad, empleo, educación y formación, protección social, sanidad y acción exterior.

Por medio de la mencionada Estrategia se busca también cumplir el compromiso adquirido con la CDPD suscrito tanto por la UE, como por sus miembros, garantizando su aplicación tanto en los Estados miembro como en las instituciones europeas.

En relación a las acciones específicas sobre igualdad de trato en materia de empleo y de ocupación de la Estrategia Europea en Materia de Discapacidad 2010-2020, es preciso indicar que la acción europea pretende aumentar el número de trabajadores

⁴² CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 46.

con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo. Para ello, fomenta la elaboración de políticas activas de empleo, principalmente relacionadas con la mejora de la accesibilidad de los lugares de trabajo y la movilidad intraprofesional. Del mismo modo, la Estrategia se orienta a la mejora de la calidad y diversidad laboral y el trabajo por cuenta propia.

La normativa indicada constituye un marco jurídico mínimo para los países miembros de la UE, y forman parte fundamental del conjunto de normativas dirigidas contra la discriminación y en específico, contra la discriminación por factor de discapacidad.

3. DISCAPACIDAD EN EL EMPLEO Y EN LA OCUPACIÓN

Jurídicamente, el fenómeno de la discapacidad puede ser abordado desde dos paradigmas distintos, los cuales tienen como común denominador el objetivo de alcanzar el pleno goce de los derechos de las personas con discapacidad.

Uno de esos paradigmas es la *prohibición de discriminación*, propia del modelo de derechos civiles de países anglosajones, en virtud del cual se promueven políticas de igualdad de trato como mecanismo para la mejora de las condiciones laborales y de vida de las personas con discapacidad. Bajo este paradigma, resulta necesario analizar la prohibición de discriminación como derecho social, elemento de la igualdad efectiva del colectivo con discapacidad, y que se constituye como base legal de una política antidiscriminatoria.

El otro modelo es el dado por los *mecanismos de integración social y económica*, históricamente utilizado en Europa continental, que enfrenta el fenómeno de la discapacidad a través de políticas públicas de integración, por medio de mandatos a los poderes públicos a fin de promover las condiciones de igualdad necesarias para una integración real de los colectivos históricamente desfavorecidos⁴³.

⁴³ CABRA DE LUNA, M.A.: «Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 50, 2004, pág. 24.

En el presente capítulo se desarrollarán los instrumentos propios de cada modelo, a fin de determinar cómo la combinación entre ambos sistemas puede constituir un mecanismo eficaz frente al fenómeno de la discapacidad en el ámbito laboral, porque, como veremos, ambos paradigmas constituyen dos caras de una misma moneda que no son más que manifestaciones de la búsqueda de la igualdad material.

3.1. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Previo a introducirnos en el estudio del derecho a no ser discriminado como mecanismo de respuesta al fenómeno de la discapacidad en el ámbito laboral, es necesario hacer una breve alusión a la igualdad y no discriminación en términos generales.

La igualdad y la prohibición de discriminación constituyen garantías de especial importancia y trascendencia, jugando un especial papel tanto en el moderno Derecho Internacional de los derechos humanos como en las constituciones de los Estados modernos.

Si bien en la primera mitad del siglo XX existía confusión conceptual entre la igualdad y la no discriminación, en la actualidad existe cierto consenso acerca de que no son lo mismo, debiendo ser analizados e interpretados de forma diversa según van evolucionando en el tiempo. Ambos conceptos han experimentado un progreso importante desde sus inicios, tanto en su tratamiento normativo como en los ámbitos doctrinales y principalmente jurisprudenciales.

Como paso previo, es preciso puntualizar que la igualdad presenta una triple función: como valor, como derecho y como principio⁴⁴. La igualdad como valor implica que ésta dota de sentido y fundamento a la totalidad del ordenamiento jurídico, orientando la interpretación de las normas, constituyéndose como un límite infranqueable⁴⁵. Por

⁴⁴ DE ASIS ROIG, R., CAMPOY CERVERA, I. y BENGOCHEA GIL, M.A.: «Derecho a la igualdad y a la diferencia: Análisis de los principios de no discriminación, diversidad y acción positiva», en DE LORENZO GARCÍA, R. (dir.) y PÉREZ BUENO, L.C. (dir.): *Tratado sobre discapacidad*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 119.

⁴⁵ DE ASIS ROIG, R., CAMPOY CERVERA, I. y BENGOCHEA GIL, M.A.: *Op. cit.*, pág. 120.

su parte, la igualdad como derecho implica que las personas son iguales ante la ley, permitiéndoseles obtener un trato igual oponible a terceros⁴⁶. Finalmente, la igualdad como principio -que presenta tanto una vertiente de *igualdad formal* como de *igualdad sustancial o material*- será la función de la igualdad que nos interesa para el desarrollo del presente trabajo de investigación.

El principio de igualdad, tal como fue concebido en sus inicios, se forjaba como la garantía de la inexistencia de privilegios de las clases burguesas en las leyes⁴⁷, exigiendo por parte del ordenamiento jurídico un trato igualitario de todos los ciudadanos en términos de sus deberes y obligaciones⁴⁸.

Esta dimensión del principio de igualdad, entendida como *igualdad formal*, constituye el derecho de los ciudadanos de ser tratado de forma igualitaria, con ausencia de discriminaciones arbitrarias o por motivos que señalen las leyes respectivas⁴⁹, siendo la igual dignidad de las personas el bien jurídico protegido⁵⁰.

Este principio se refiere a que la ley sea la misma para todos, y que se aplique según criterios uniformes⁵¹. Es preciso hacer presente que el mencionado principio de igualdad no busca una igualdad real y efectiva de todas las personas sino sólo asegurar una igualdad o paridad de trato. Ejemplo de ello es que las diferencias derivadas de elementos sociales o económicos no se consideraban incompatibles con la *igualdad ante la ley*⁵².

Esta *igualdad formal* no sólo se manifiesta en la *igualdad ante la ley*, sino que también se manifiesta en la aplicación de la ley por parte de los órganos judiciales, denominada *igualdad en la aplicación de la ley*. Ello significa que un mismo tribunal

⁴⁶ DE ASIS ROIG, R., CAMPOY CERVERA, I. y BENGOCHEA GIL, M.A.: *Op. cit.*, pág. 127.

⁴⁷ RUIZ CASTILLO, M.: *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Ed. Bomarzo, 1ª edición, Albacete, 2013, pág. 10.

⁴⁸ DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *Op. cit.*, pág. 177.

⁴⁹ CABRA DE LUNA, M.A.: *Op. cit.*, pág. 22.

⁵⁰ DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *Op. cit.*, pág. 177.

⁵¹ DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *Op. cit.*, pág. 179.

⁵² DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *Op. cit.*, pág. 178.

no puede resolver de forma opuesta dos supuestos de hecho iguales sin la debida justificación de un cambio de criterio para el futuro⁵³.

Como es posible observar, la *igualdad formal*, entendida también como paridad de trato, hasta donde hemos visto, no obliga a los particulares -entre los cuales se encuentran empresarios y trabajadores-, sino que los destinatarios de la normativa a que da origen el principio de igualdad son los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones, quienes no pueden realizar discriminaciones arbitrarias. Ello se debe a que una eficacia horizontal del principio de igualdad pugnaría con la libertad de determinación en las relaciones entre privados, sin perjuicio de que existen excepciones en el ámbito de las relaciones laborales⁵⁴. Esta situación, como será posible observar, cambia con la evolución del concepto del principio de igualdad.

La igualdad de trato entre iguales y desigualdad de trato entre desiguales exige un análisis comparativo de índole individual, denominado *juicio de igualdad*, que constituye el parámetro para determinar si existe o no una desigualdad en las medidas adoptadas por el Estado, y en la afirmativa, si la medida cuenta o no con una razonable justificación para determinar si la igualdad formal está o no siendo vulnerada.

Como se indicaba anteriormente, el concepto de igualdad fue evolucionando a un concepto más amplio. En este desarrollo, el concepto del principio de igualdad supera lo que entendemos como *igualdad ante la ley* en su aspecto formal, y pasa a entenderse como *igualdad en la ley*, principio que debe manifestarse de forma transversal en el ordenamiento jurídico y en la acción de los poderes públicos⁵⁵, y que significa que la igualdad no sólo debe manifestarse ante la ley, sino que también debe formar parte de su contenido, limitando la actuación de los poderes públicos, en especial del poder legislativo.

⁵³ RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: «Igualdad y no discriminación en el empleo», en *Revista Derecho y Conocimiento*, vol. 1, 2001, pág. 468.

⁵⁴ DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *Op. cit.*, pág. 185.

⁵⁵ RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: *Op. cit.*, pág. 463.

Así, al contenido normativo de la propia ley le están vedadas las desigualdades de trato en la medida en que no cuenten con una justificación razonable, distinciones que vulnerarían el mandato genérico y formal de la igualdad⁵⁶.

Es en este punto en que cobra relevancia el concepto de *igualdad sustancial o material* como dimensión del principio de igualdad. Conforme a la igualdad material, el Estado es el llamado a establecer las condiciones necesarias a fin de posibilitar una igualdad *real* entre las personas en una dimensión colectiva, eliminando las barreras que impiden el ejercicio pleno de los derechos y el acceso a las oportunidades de las personas a través de medidas estructurales, legales o de políticas públicas. En efecto, se busca que los poderes públicos no se limiten al respeto del principio de igualdad en su sentido formal, sino que adopten medidas positivas a fin de lograr una igualdad efectiva, incluso aquellas que siendo aparentemente discriminatorias promuevan una igualdad de oportunidades respecto de un colectivo históricamente desfavorecido.

De este modo, la igualdad debe responder tanto a su vertiente formal como a la material o sustancial. Esta igualdad material, como objetivo a alcanzar, impone la exigencia a los poderes públicos de remover los obstáculos que la dificultan y promoverla activamente a través de la igualdad de oportunidades⁵⁷, y cuenta con dos manifestaciones distintas: una de ellas es el *derecho a no ser discriminado* (que será desarrollado más adelante), y la otra es la llamada a los poderes públicos para la implementación de *medidas de integración social y económica* (como es el caso de las *acciones positivas*).

Como se adelantó, es precisamente en el desarrollo de esta nueva noción de igualdad en que surge el *derecho a no ser discriminado*, dejando de lado el carácter general de la igualdad, pasando a un ámbito más específico y concreto. La prohibición de la discriminación, si bien se encuentra íntimamente relacionada con el principio de igualdad, se erige como un derecho fundamental independiente que tiene características propias.

⁵⁶ RUIZ CASTILLO, M.: *Op. cit.*, pág. 11.

⁵⁷ DE ASIS ROIG, R., CAMPOY CERVERA, I. y BENGOCHEA GIL, M.A.: *Op. cit.*, pág. 124.

La prohibición de discriminación impide la diferenciación por una serie de causas de carácter social o personal históricamente arraigadas que son especialmente odiosas, como es el caso de aquellas atentatorias a la dignidad de las personas. Este instrumento jurídico permite reforzar la igualdad material a fin de conseguir una igualdad de trato cuya consecuencia sea el pleno goce de los derechos por parte de todas las personas, sin exclusión de grupo alguno⁵⁸.

Esta concepción de la igualdad como derecho en conjunto con el principio de no discriminación pasan a ser pilares básicos de la sociedad, adoptando una eficacia tanto vertical como horizontal, con una aplicación especialmente relevante en el ámbito de las relaciones laborales.

El derecho a no ser discriminado, como mecanismo de promoción de condiciones para la igualdad real de personas y colectivos para el pleno goce de sus derechos fundamentales y participación en la vida social ha sido largamente desarrollado en el Derecho de los Estados Unidos y del Reino Unido desde los años '40 del siglo XX, sistemas que se han orientado hacia un modelo individualista.

El desarrollo de mecanismos anti discriminatorios -sean éstos legislativos, doctrinales o jurisprudenciales- ha traído como consecuencia la extensión en términos conceptuales de lo que se entiende por discriminación, dando lugar, tal como se explicará posteriormente, a distintas y novedosas formas de discriminación, como es el caso de la discriminación indirecta o la discriminación por asociación.

Sin perjuicio de la existencia de antecedentes más remotos sobre normativa antidiscriminatoria en el Derecho anglosajón, en el ámbito europeo el primer gran paso hacia la elaboración normativa de una política de no discriminación fue el Tratado de Ámsterdam, al establecer la adopción, por parte del Consejo, de medidas adecuadas para la lucha contra la discriminación.

Pocos años después, la propia CDFUE estableció en sus artículos 20 y 21 la prohibición de discriminación, la cual no sólo se limita a la prohibición de

⁵⁸ RUIZ CASTILLO, M.: *Op. cit.*, pág. 15

discriminación en el ejercicio de los derechos fundamentales, sino también se amplía su ámbito de aplicación a la totalidad de situaciones jurídicas⁵⁹.

Ahora bien, el primer cuerpo normativo de la UE que adopta con mayor intensidad la políticas anti discriminatorias en el empleo y en la ocupación desarrolladas previamente en Estados Unidos e Inglaterra fue la Directiva 2000/78/CE, sin perjuicio que la jurisprudencia del TEDH y del Tribunal de justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) ya venía adoptando aspectos de la tutela antidiscriminatoria de los sistemas normativos anglosajones.

Esta Directiva conceptualiza y desarrolla elementos como la discriminación directa, la discriminación indirecta, el acoso, los ajustes razonables y las acciones positivas, y constituye el punto de inflexión por medio del cual los países de la UE se ven en la obligación de transponer el contenido de la Directiva a su ordenamiento interno, creando leyes antidiscriminatorias en materias de empleo y ocupación⁶⁰.

Para efectos de la mencionada Directiva, se entiende por igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación.

Si bien la Directiva no define expresamente lo que se entiende por discriminación, QUINTANILLA NAVARRO propone una definición derivada de la jurisprudencia del TJUE como “una situación de desventaja, de exclusión, de minusvaloración, hacia ciertos colectivos tradicionalmente en peores condiciones que el resto de los ciudadanos y que la sociedad, a partir de cierto momento, rechaza”⁶¹.

Tras la breve alusión conceptual sobre el principio de igualdad y la no discriminación, es menester entrar en el estudio de los distintos aspectos de la discriminación por discapacidad en el empleo y la ocupación.

⁵⁹ DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *Op. cit.*, pág. 182.

⁶⁰ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 48.

⁶¹ 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.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pág. 229.

3.1.1. DISCAPACIDAD Y DISCRIMINACIÓN

La discriminación por razón de discapacidad constituye un elemento relativamente novedoso, ya que no ha sido establecido como tal de modo indiscutible y permanente en la normativa internacional y europea. Más bien, ha sido una construcción anglosajona que paulatinamente ha sido acogida en la jurisprudencia del TEDH y del TJUE, y que luego de años ha sido plasmada en la normativa de la Europa continental.

La promulgación de normativas antidiscriminatorias en el ámbito de la discapacidad en el empleo y la ocupación surge como respuesta a la convicción de que los problemas de las personas con discapacidad se derivan de discriminaciones producidas por prejuicios referentes a sus capacidades y habilidades para el trabajo⁶².

La normativa que regula la discriminación por discapacidad cuenta con ciertas particularidades que la diferencian de la discriminación por otros factores. Concretamente, la discriminación por discapacidad cuenta con dos aspectos, uno de ellos es una *vertiente negativa*, consistente en la prohibición de discriminación por motivos de la discapacidad en aras de la igualdad de trato, y la segunda, una *vertiente positiva*, por la cual se impone la obligación de adoptar los ajustes razonables⁶³.

De los mencionados aspectos es posible advertir dos tipos distintos de discriminación por discapacidad. El primero de ellos está relacionado con la *prohibición de discriminación por discapacidad*, de forma tal que habrá discriminación si se realizan diferencias basadas en elementos característicos del colectivo desfavorecido, tal como sucede con otros factores de discriminación como el género o la raza. El segundo, guarda relación con la *obligación de adoptar ajustes razonables*, de modo que estaremos en presencia de una discriminación cuando el destinatario de la norma se niegue a la realización de dichos ajustes requeridos⁶⁴.

⁶² CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 46.

⁶³ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 62.

⁶⁴ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 63.

Precisamente, la CDPD reconoce ambas formas de discriminación al entender por discriminación por motivos de discapacidad cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables. La proscripción de ambas formas de discriminación constituye una evidente manifestación de la igualdad sustancial en el terreno de la discapacidad.

En relación con la discriminación y la discapacidad, es necesario hacer referencia a un subtema, cual es, la *enfermedad y discriminación*. La falta de definición específica acerca de las hipótesis fácticas que podrían ser incluidas en un concepto de discapacidad hace surgir la duda acerca de si el tratamiento de la discriminación por discapacidad es o no extensivo a la enfermedad.

Si bien la CDPD establece un concepto amplio y dinámico de la discapacidad, no queda claro si un supuesto de enfermedad podría o no constituir una hipótesis tutelada por la normativa internacional antidiscriminatoria.

En el ámbito europeo, la Directiva 2000/78/CE no define lo que debe entenderse como discapacidad en el ordenamiento comunitario, ni tampoco remite dicha construcción conceptual a las legislaciones internas, de modo que la determinación del concepto y alcances de la discapacidad le ha correspondido al TJUE⁶⁵.

Para ello resulta ilustrativa la sentencia del TJUE, de fecha 11 de julio de 2006, en el asunto C-13/05⁶⁶. El caso intenta establecer si la enfermedad como factor de discriminación es o no equiparable al tratamiento que el derecho comunitario otorga a la discapacidad como factor de discriminación.

⁶⁵ RUIZ CASTILLO, M.: *Op. cit.*, pág. 100.

⁶⁶ El caso trata sobre una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, en el procedimiento entre Sonia Chacón Navas y Eurest Colectividades, S.A.. La Sra. Chacón trabajaba en la empresa Eurest, y en octubre de 2003 fue declarada en baja laboral por enfermedad por no encontrarse en condiciones de reanudar su actividad a corto plazo. En mayo del año 2004, el empleador notificó a la trabajadora de su despido, sin especificar motivo alguno y reconociendo su carácter de improcedente. La Sra. Chacón demandó la nulidad de su despido alegando desigualdad de trato y discriminación derivada de su baja laboral.

El tribunal considera que una enfermedad no puede asimilarse, al menos en principio, a la discapacidad, no constituyendo por sí misma un indicio para la aplicación de la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad. La sentencia establece como primer criterio diferenciador, la temporalidad de las limitaciones, de forma tal que para que una enfermedad sea equiparada a una discapacidad, es necesario que la limitación derivada de la enfermedad sea duradera o permanente. Lo anterior se desprende de la inexistencia de una definición de lo que entendemos por discapacidad en la Directiva 2000/78/CE, situación que otorga cierta incertidumbre⁶⁷.

Como consecuencia del criterio anteriormente señalado, quien quiera alegar que ha sido víctima de una discriminación por motivo de enfermedad e intente equipararla a la discapacidad tendrá que demostrar que la medida no se encuentra motivada por la propia enfermedad, sino que por las limitaciones duraderas o permanentes derivadas de la misma.

El TJUE otorga también luces sobre este aspecto en su sentencia de fecha 18 de marzo de 2014, en el asunto C-363/12, caratulado Z. y A Government department and the Board of management of a community school sobre una petición de decisión prejudicial planteada por el Equality Tribunal de Irlanda⁶⁸.

En concreto, la decisión prejudicial buscaba la interpretación de la Directiva 2006/54/CE -relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación- y la Directiva 2000/78/CE, a fin de poder dilucidar si la negación de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o de adopción derivado del nacimiento de un

⁶⁷ GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B.: «Derecho a la no discriminación y enfermedad del trabajador: sentencia TC 62/2008, de 26 de mayo de 2008», en GARCÍA MURCIA, J. (dir.) *Derechos del Trabajador y Libertad de Empresa. 20 casos de Jurisprudencia Constitucional*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2013, pág. 221.

⁶⁸ El caso trataba sobre una petición de decisión prejudicial planteada por el Equality Tribunal de Irlanda en el marco de un litigio entre una madre subrogante (Sra. Z) que ha tenido un hijo gracias a un convenio por sustitución y el A Government department (Ministerio irlandés) y el Board of management of a community school, instituciones que le habían denegado un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o de adopción derivado del nacimiento del niño. La Sra. Z consideraba que había sido objeto de un trato discriminatorio por motivo de sexo, estatuto familiar y discapacidad. Respecto de la discapacidad, la Sra. Z consideraba que el Government department no le había concedido ajustes razonables en su condición de persona con discapacidad derivada de su incapacidad de gestar un hijo.

hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución constituía una discriminación por razón de sexo o por discapacidad.

La sentencia referida, en lo que concierne a la Directiva 2000/78/CE⁶⁹, señala que ésta debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación por motivo de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución. Agrega la sentencia que la validez de la mencionada Directiva no puede apreciarse en relación con la CDPD, pero debe ser interpretada en la medida de lo posible de conformidad con tal Convención.

En consecuencia, el TJUE señala que el impedimento de gestar y dar a luz a un hijo no sería considerado discapacidad, y por ende, no contaría con la protección de la Directiva 2000/78/CE. El Tribunal entiende que el concepto de discapacidad no sólo abarca la imposibilidad de llevar a cabo una actividad profesional, sino también la dificultad de ejercer dicha actividad. Si bien la Sra. Z sufre una afección que constituye una limitación, tal circunstancia no impide su plena y efectiva participación en la vida profesional en igualdad de condiciones que los restantes trabajadores. Dicho de otra forma, la sentencia restringe el concepto de “discapacidad” contenido en la Directiva 2000/78/CE a limitaciones que guarden estricta relación con el trabajo o con el ejercicio de una actividad profesional. Junto con ello, indica la sentencia que la validez de la Directiva no puede apreciarse en relación con la Convención de la ONU, pero debe ser interpretada *en la medida de lo posible* de conformidad con esta Convención, por no ser sus disposiciones incondicionales ni suficientemente precisas, constituyendo una clara señal de retroceso en la aplicación de la CDPD.

⁶⁹ En lo referente a la 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 -en particular sus artículos 4 y 14- la sentencia señala que deben interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación basada en el sexo el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución. Y agrega que la situación de una madre subrogante en lo concerniente a la atribución de un permiso por adopción no está comprendida en dicha Directiva.

Otra hipótesis interesante es el caso de la obesidad, ya que podría suscitar dudas el hecho de si es o no posible considerar la obesidad como una discapacidad, y como tal, encontrarse protegida por la Directiva 2000/78/CE. En la actualidad, hay una petición de decisión prejudicial pendiente en el TJUE, asunto C-354/13 que aborda esta hipótesis. En el mencionado asunto, las conclusiones del abogado general Sr. Nilo Jääskinen, de fecha 17 de julio de 2014, proponen al TJUE que la obesidad severa puede constituir una discapacidad protegida por la Directiva 2000/78/CE sólo en la medida en que, al interactuar con otras barreras, dificulte la participación plena y efectiva en un plano de igualdad de estas personas en la vida profesional.

3.1.2. DISCRIMINACIÓN DIRECTA

La discriminación directa es la forma más evidente y clara de discriminación, y por ende, es la que ha sido más estudiada por la doctrina y la jurisprudencia.

Estamos frente a una discriminación directa cuando una persona es tratada de manera menos favorable que otra en situación equivalente, por motivo de características personales propias de un colectivo históricamente discriminado, sin existir otro motivo que justifique tal diferencia de trato.

El CEDH y las Directivas de la UE sobre discriminación⁷⁰ tratan de forma similar la discriminación directa⁷¹. En lo que respecta a la discriminación directa en el empleo y la ocupación, la Directiva 2000/78/CE señala expresamente en su artículo 2.2 a) que *“existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1(...)”*.

⁷⁰ Tal como es el caso de la Directiva sobre igualdad en el empleo, artículo 2.2.a); Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres artículo 2.1.a); Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios, artículo 2. a) y Directiva sobre igualdad racial artículo 2.2.

⁷¹ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011, pág. 22.

Del contenido de la Directiva podemos concluir que para encontrarnos frente a una discriminación directa, debe existir un trato menos favorable a una persona en comparación a otra persona en similar situación, y que dicho trato se deba a una característica que sea propia de alguno de los colectivos históricamente discriminados que se señalan en el artículo 1 de la Directiva, como es el caso de las personas con discapacidad, las mujeres, etc.

En la esfera de la discapacidad, habrá discriminación directa cuando la diferencia de trato tenga por único criterio diferenciador, precisamente, la discapacidad. En la discriminación directa por razón de discapacidad, podemos distinguir los siguientes elementos:

3.1.2.1. TRATO MENOS FAVORABLE

El primer elemento de la discriminación directa, esto es, el trato menos favorable, se deduce de la apreciación de criterios objetivos, determinables por factores empíricos apreciables objetivamente.

De lo anterior se sigue que el trato menos favorable constituye un elemento de relativa simpleza para su identificación, y podemos señalar como ejemplos de este trato menos favorable la denegación de entrada a una tienda, percepción de menores remuneraciones o violencia en general⁷².

Este trato menos favorable tiene, a su turno, dos variantes distintas; la *abierta* y la *oculta* o *encubierta*. La discriminación directa abierta es aquella en que no cabe duda que el motivo protegido es el factor que determina el trato menos favorable, siendo la situación de discriminación perceptible superficialmente, constituyéndose así como la hipótesis más ostensible de discriminación. La discriminación directa oculta o encubierta es aquella en que el factor que origina el distinto tratamiento es el motivo

⁷² AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: *Op. cit.*, pág. 23.

protegido, aunque no se muestra de una forma abierta, sino solapada, valiéndose de un resquicio o, incluso, de una apariencia legal⁷³.

3.1.2.2. REFERENCIA COMPARATIVA

El segundo elemento, consistente en el análisis comparativo de las condiciones desfavorables, es de suma importancia, toda vez que la interrogante acerca de la igualdad o desigualdad de trato sólo puede ser analizada respecto de concretos derechos o deberes que operan como término de comparación, y es lo que la jurisprudencia constitucional española ha denominado *tertium comparationis*⁷⁴.

La referencia comparativa debe demostrar que el único factor que origina la diferencia de trato entre las personas que se encuentran en situaciones iguales sea un “motivo protegido”⁷⁵, esto es, características propias del colectivo históricamente discriminado. Sólo entonces estaremos frente a un caso de discriminación directa.

La necesidad de realizar la comparación antes descrita implica la dificultad de que es preciso contar con dos hipótesis comparables, y ello no siempre es posible, estableciendo, en principio, una barrera probatoria sustancial en la determinación de una discriminación directa.

La Directiva otorga una solución a la situación antes mencionada, disponiendo que la comparación puede realizarse de forma hipotética. Señala así que podemos estar frente a una discriminación directa cuando “una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra”, lo cual otorga mayor flexibilidad a la hora de la aportación de prueba por parte de la persona discriminada, tutelando de mejor forma su derecho.

⁷³ NOGUEIRA GUSTAVINO, M.: «La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 73, 2008, págs. 176 y 177.

⁷⁴ DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *Op. cit.*, pág. 185.

⁷⁵ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: *Op. cit.*, pág. 23.

En el caso de la discapacidad, la Directiva permite que esta comparación no sólo se realice entre una persona con discapacidad y otra persona sin discapacidad, sino también la comparación entre dos personas con distintos niveles de discapacidad⁷⁶, ampliando las hipótesis de discriminación directa.

Finalmente, es preciso señalar que el mencionado análisis comparativo debe realizarse tomando en consideración los ajustes razonables que hubiesen sido necesarios en el caso concreto que se analiza⁷⁷, tema que será desarrollado con mayor detención más adelante.

3.1.2.3. MOTIVOS PROTEGIDOS

Existe un tercer elemento de la discriminación directa, consistente en que la desigualdad de trato se produzca en virtud de los motivos protegidos, o dicho de otro modo, se origine por los factores propios de un colectivo históricamente desfavorecido. De ello se deduce la necesidad de que exista un nexo causal entre el trato menos favorable y el motivo protegido⁷⁸ para entender que se ha verificado una hipótesis de discriminación directa.

En el ámbito del empleo y la ocupación, la propia Directiva 2000/78/CE enumera en su artículo 1 distintos motivos protegidos: la religión o convicciones, la edad, la orientación sexual o la discapacidad.

En materia laboral, se prohíbe que el empleador otorgue a una persona con discapacidad un tratamiento desfavorable sin considerar si afecta o no su capacidad de trabajo y que, como tal, tenga su origen fundamentalmente en su condición de discapacitado⁷⁹. La medida adoptada que provoca el trato menos favorable no debe necesariamente hacer referencia explícita al motivo de discriminación, sino que basta

⁷⁶ WHITTLE, R.: «The Framework Directive for equal treatment in employment and occupation: an analysis from a disability rights perspective», en *European law review*, vol. 27, issue 3, 2002, pág. 306.

⁷⁷ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 69.

⁷⁸ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: *Op. cit.*, pág. 26.

⁷⁹ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 69.

con que se relacione con un elemento indisociable del motivo protegido⁸⁰, quedando en evidencia la tendencia extensiva de la interpretación en análisis.

La evolución en la jurisprudencia europea⁸¹ ha permitido determinar la existencia de discriminación directa incluso cuando la persona destinataria de la medida discriminatoria no forma parte directa del colectivo desfavorecido, sino que de un modo indirecto. Es el caso de la *discriminación por asociación*, una novedad normativa que será analizada en su respectivo epígrafe y que determina que la Directiva 2000/78/CE no se aplica a una categoría determinada de personas sino en función de los motivos contemplados en el artículo 1 de la misma Directiva, lo cual daría lugar a esta nueva clase de discriminación, ampliando la esfera de aplicación y protección de la Directiva.

3.1.2.4. EXCEPCIONES

Si bien la discriminación directa no admite justificaciones -a diferencia de la discriminación indirecta- la Directiva 2000/78/CE establece una excepción a la regla general sobre prohibición de discriminación.

En efecto, en relación a los requisitos profesionales, señala en su artículo 4.1 que *los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.*

Dicho de otro modo, se pueden realizar diferencias de trato cuando la característica específica de la persona -que generalmente constituye un factor de discriminación- sea un requisito profesional esencial y determinante. Lo que se prohíbe es que el

⁸⁰ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: *Op. cit.*, pág. 26.

⁸¹ En específico el Caso Coleman, sentencia del TJUE de fecha 17 de julio de 2008, asunto C-303/2006.

empleador adopte medidas basadas en el motivo de discriminación, cuando éste es irrelevante para el ejercicio de la labor determinada. Así, no se puede obligar a los empleadores a mantener personas que no estén capacitadas para realizar un determinado trabajo, otorgando de esta forma mayor flexibilidad al momento de analizar la legitimidad de la medida adoptada y su consecuente diferencia de trato⁸².

Lo anterior guarda relación con la lógica de la Directiva, en virtud de la cual, se diseña un sistema basado en la meritocracia, donde la persona más calificada y adecuada para el puesto de trabajo lo consigue, sin perjuicio de que la Directiva asegure las bases de la igualdad de oportunidades en el empleo y la ocupación⁸³.

Esta excepción cobra especial importancia en el caso de la discapacidad, porque existe un mayor número de casos en que las deficiencias funcionales que tiene una persona y su interacción con el medio imposibilitan el desarrollo de determinadas funciones o labores. Por ello, resulta fundamental la determinación de las funciones esenciales del empleo u ocupación en cuestión y establecer si la persona cuenta o no con las aptitudes adecuadas para el desarrollo del mismo. Este es el caso típico de las Fuerzas Armadas, en las cuales las condiciones físicas sí son esenciales y determinantes para el cumplimiento de las funciones.

De todas formas, y tal como lo ha venido sosteniendo el TJUE respecto de supuestos de discriminación por razón de sexo, esta excepción debe interpretarse de forma restrictiva, no dando lugar al establecimiento de exclusiones totales y genéricas, sino para situaciones y actividades concretas y específicas⁸⁴.

Otra excepción aplicable a la discriminación por discapacidad y a los restantes motivos protegidos establecidos en el artículo 1 de la Directiva, es la indicada en el artículo 2.5 de la misma, en relación a eventuales limitaciones que pueden darse en una sociedad democrática, necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos.

⁸² CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 72.

⁸³ WHITTLE, R.: *Op. cit.*, pág. 305.

⁸⁴ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 71.

Finalmente, se permite a los Estados, según lo dispone el artículo 3.4 de la Directiva, la no aplicación de la misma a las Fuerzas Armadas por lo que respecta a la discriminación basada en la discapacidad y en la edad, y que será analizado con mayor detención en el epígrafe referente al análisis comparativo entre la discriminación por razón de discapacidad y por edad respectivamente.

3.1.3. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

La discriminación indirecta, entendida como aquellos criterios, disposiciones o procedimientos aparentemente neutros que tienen como consecuencia la lesión de derechos fundamentales de un grupo “protegido”, constituye un concepto desarrollado en la década de los ‘70 en Estados Unidos.

Esta noción de discriminación responde a la necesidad de incluir en la prohibición de discriminación el resultado discriminatorio⁸⁵, independiente de la intencionalidad presente en la adopción de la medida. Así, serán discriminatorias aquellas medidas que se adopten en cuanto tengan efectos discriminatorios, independiente de si de hecho existe o no una razón o motivación discriminatoria⁸⁶.

La particularidad del desarrollo del concepto de la discriminación indirecta es que ha sido principalmente jurisprudencial, de forma tal que la construcción de normativas que la consagran no ha sido más que la respuesta obligada a la doctrina ya establecida por los tribunales.

Si bien es cierto que la idea de discriminación indirecta fue desarrollada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, no es menos cierto que dicha doctrina ha sido adoptada posteriormente por Europa y desarrollada de un modo más profundo.

En materia específicamente referida a la discapacidad, la discriminación indirecta tiene especial importancia, toda vez que en muchas ocasiones las barreras de acceso al ámbito laboral no se encuentran en las facultades de una persona con discapacidad,

⁸⁵ RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: *Op. cit.*, pág. 482.

⁸⁶ RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: *Op. cit.*, pág. 482.

sino en las condiciones o características de los lugares trabajo que no se adecúan a sus necesidades, y que si bien puede no existir una intencionalidad discriminatoria, los resultados sí lo son⁸⁷. Así, vemos que la discriminación indirecta puede cumplir una importante función en materia de discapacidad, cuestión que será desarrollada en los epígrafes siguientes.

3.1.3.1. EVOLUCIÓN CONCEPTUAL

El origen del concepto de discriminación indirecta se encuentra en la doctrina del *disparate impact* o impacto adverso⁸⁸, adoptada por primera vez por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en específico, en el caso Griggs vs. Duke Power Co. 401 US Supreme Court Reports 424 (1971)⁸⁹. El caso trataba sobre la demanda interpuesta por un ciudadano afroamericano contra una empresa de carbones que le exigía el grado de bachillerato para ejercer el cargo de carbonero, situación que el demandante consideraba discriminatoria, ya que tal exigencia no guardaba relación con la actividad a realizar.

La Corte Suprema estadounidense acogió la demanda, resolviendo que la discriminación en dicho caso se reflejaba en que al exigir el bachillerato se afectaba a los miembros de una clase históricamente discriminada -las personas de raza afroamericana- quienes en términos estadísticos tenían un menor número de individuos con dicho grado académico. En consecuencia, con tal sentencia, se inicia la construcción del concepto de discriminación indirecta, al existir una medida aparentemente neutral, pero que sus consecuencias aparecen discriminatorias para un grupo determinado.

Evidentemente, el concepto de la discriminación indirecta no se encontraba restringido a factores como la raza, sino que también podía ser aplicable a otros factores de discriminación, como por ejemplo, el sexo o la discapacidad.

⁸⁷ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 73.

⁸⁸ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 74.

⁸⁹ CAAMAÑO ROJO, E.: «La discriminación laboral indirecta», en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 12, núm. 2, 2001, pág. 67.

Este concepto creado en Estados Unidos a inicios de los años ´70 y propio de las políticas antidiscriminatorias norteamericanas, fue recién adoptado en Europa a inicios de los años ´80.

La primera sentencia del TJUE que considera la discriminación indirecta es la sentencia J.P. Jenkins de fecha 31 de marzo de 1981, Asunto C-96/80⁹⁰. El caso trataba sobre una solicitud de decisión prejudicial de interpretación del artículo 119 del TCCE y del artículo 1 de la Directiva 75/117/CEE del Consejo.

El TJUE estableció que los criterios de diferenciación salarial, aunque no se relacionen directamente con el sexo de los trabajadores, o sea, resulten formalmente neutros, pueden igualmente constituir un caso de discriminación. Así, la circunstancia de pagar a trabajadores a tiempo parcial una remuneración inferior a la propia de los trabajadores a tiempo completo supone una discriminación, toda vez que era un medio indirecto de disminuir el nivel de remuneración de las trabajadoras mujeres, al ser este colectivo el de mayor representación dentro de los trabajadores a tiempo parcial. Agrega el TJUE que si la empresa no puede justificar la diferenciación por razones que excluyan la discriminación por razón de sexo, se entenderá que estamos frente a una discriminación indirecta.

Con la adopción de dicho concepto por parte del TJUE, se amplía el ámbito de aplicación de la tutela antidiscriminatoria, que se veía limitado por la intencionalidad positiva propia de la discriminación directa, y se proyecta en aras a una igualdad real y efectiva de derechos de los trabajadores⁹¹.

Es preciso señalar que, en un inicio, el TJUE intentó reconducir los supuestos de discriminación indirecta a discriminaciones directas encubiertas, en las cuales se requería la concurrencia de un elemento subjetivo, el del conocimiento, pero esto fue luego modificado, tal como sucedió con la sentencia Bilka, de fecha 13 de mayo de 1986, en asunto C-170/84.

⁹⁰ Los fundamentos de hecho versaban sobre la circunstancia de que una mujer que trabajaba a tiempo parcial para un empleador británico, recibía un 10% menos que lo que recibían los trabajadores a tiempo completo de la misma empresa, situación que vulneraba las normas sobre igualdad de remuneración, ya que prácticamente la totalidad de las trabajadoras a tiempo parcial eran mujeres.

⁹¹ RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: *Op. cit.*, pág. 483.

Luego del desarrollo jurisprudencial realizado por el TJUE -principalmente relativa a la discriminación por razón de sexo- junto con el desarrollo en las doctrinas de algunos Tribunales Constitucionales de países miembros, la UE por medio de su normativa adoptó y reguló el concepto de la discriminación indirecta.

La primera normativa europea que hace referencia a la discriminación indirecta fue la Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, al señalar en su artículo 2.2 que existirá discriminación indirecta *cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo*. De la mencionada definición, pueden extraerse los elementos básicos de la discriminación indirecta⁹²: a) la existencia de una disposición, criterio o práctica formalmente neutros; b) la dimensión colectiva de la discriminación indirecta respecto a los colectivos protegidos y su identificación estadística⁹³; c) la importancia del resultado frente a la irrelevancia del elemento subjetivo; y d) la posibilidad de admitir una justificación objetiva y razonable, a diferencia de lo que sucede con la discriminación directa.

En el desarrollo normativo de la discriminación indirecta, la Directiva 2000/78/CE ha cumplido una importante función, aclarando aspectos de la misma y salvando ciertas dificultades planteadas en sentencias del TJUE. Indica en su artículo 2.2 b) que *existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas*. Como es posible apreciar, la definición presenta diferencias con aquella contenida en la Directiva 97/80/CE, ya aludida.

⁹² CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 76.

⁹³ BALLESTER PASTOR, M.A.: «El principio comunitario de igualdad de trato por razón de origen racial o étnico», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006, pág. 46.

En primer lugar, se deja de lado el requisito de que afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros, optando por la posibilidad de ocasionar una desventaja particular. Con el mencionado cambio se pretendía superar la dificultad que presentaba disponer de datos estadísticos para la determinación del requisito de la *proporción sustancialmente mayor*⁹⁴ ampliando el ámbito de aplicación de la discriminación indirecta, sin perjuicio de que dicho medio de prueba se mantenga como un importante mecanismo de acreditación de la misma.

Resulta necesario entonces estudiar con mayor detención los presupuestos de la discriminación indirecta.

3.1.3.2. DISPOSICIÓN, CRITERIO O PRÁCTICA APARENTEMENTE NEUTRA

Como es posible observar de las distintas definiciones de discriminación indirecta señaladas con anterioridad, el primer presupuesto es la existencia de una disposición, criterio o práctica formal o aparentemente neutra, que deja en evidencia dos aspectos de esta clase de discriminación: el sujeto activo de la misma, y la naturaleza de la medida adoptada.

Al referirse a disposición, criterio o práctica, es posible deducir que el sujeto activo de la discriminación indirecta puede ser el legislador -por medio de normas, reglas o medidas- el empleador o las partes de un contrato colectivo.

El segundo aspecto de este elemento es la apariencia de neutralidad de la disposición, criterio o práctica. Este elemento resulta esencial, toda vez que es un aspecto que permite separar esta forma de discriminación con la discriminación directa⁹⁵. La neutralidad supone que los destinatarios de la misma pueden ser, en teoría, miembros o no del colectivo históricamente desfavorecido, pero que al momento del cumplimiento de la misma, afecte de forma exclusiva o mayoritaria al colectivo mencionado⁹⁶.

⁹⁴ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 77.

⁹⁵ CAAMAÑO ROJO, E.: *Op. cit.*, pág. 76.

⁹⁶ CAAMAÑO ROJO, E.: *Op. cit.*, pág. 76.

3.1.3.3. EFECTOS SUSTANCIALMENTE MÁS PERJUDICIALES O DESVENTAJA PARTICULAR RESPECTO DE OTRAS PERSONAS

De acuerdo con este presupuesto, la aplicación de la disposición, criterio o práctica aparentemente neutra a la cual se hacía alusión en el epígrafe anterior, debe producir efectos desfavorables mayoritariamente a un colectivo desprotegido -como pueden ser las mujeres o los discapacitados- o afectar particularmente a una persona que pertenece a dicho colectivo.

Resulta claro que en este presupuesto la diferencia entre la discriminación directa e indirecta radica en el desplazamiento de la diferencia de trato a la diferencia en los efectos de la medida⁹⁷.

Este presupuesto presenta la dificultad de tener que probar el efecto perjudicial en el colectivo o en la desventaja particular, ya que si bien los datos estadísticos pueden ser un mecanismo acertado, no siempre es posible contar con ellos, principalmente en el caso de las personas con discapacidad⁹⁸, y más aún en el ámbito empresarial⁹⁹. Por lo anterior, el TJUE y el TEDH no han establecido requisitos mínimos estrictos a fin de probar un caso de discriminación indirecta, aunque sí podemos hacer presente que se ha establecido la necesidad de reflejar una cifra sustancial¹⁰⁰.

Es importante hacer presente que existe jurisprudencia sobre discriminación indirecta en los que no se ha presentado prueba estadística y se ha determinado igualmente la existencia de esta clase de discriminación¹⁰¹, quedando en evidencia que todo depende del caso concreto. Es el caso de la sentencia del TEDH de fecha 9 de junio de 2009, asunto Opuz con Turquía, número 33401/89, en la cual se condena a Turquía por discriminación por razón de sexo, por no proteger adecuadamente a las víctimas

⁹⁷ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: *Op. cit.*. Pág. 30.

⁹⁸ WHITTLE, R.: *Op. cit.*, pág. 309.

⁹⁹ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 78.

¹⁰⁰ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: *Op. cit.*. Pág. 136.

¹⁰¹ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: *Op. cit.*. Pág. 138.

de violencia doméstica, estimando probado que éstas eran en su mayoría mujeres sin existir estadísticas fiables a su respecto.

Junto a lo anterior, resulta relevante destacar que la Directiva 2000/78/CE hace referencia explícitamente a la desventaja particular de personas con una discapacidad determinada respecto de otras, lo cual permite analizar el impacto de la medida sobre un subgrupo de personas con discapacidad¹⁰².

3.1.3.4. IRRELEVANCIA DEL ELEMENTO SUBJETIVO

Este presupuesto consiste en que lo relevante de este tipo de discriminación son los efectos diferenciadores, independiente de la intencionalidad e incluso el conocimiento del efecto discriminatorio por parte del sujeto activo.

Como se señaló en el epígrafe referente a la evolución conceptual de la discriminación indirecta, la determinación de la irrelevancia del elemento subjetivo ha sido producto del desarrollo jurisprudencial del TJUE.

3.1.3.5. JUSTIFICACIONES Y EXCEPCIONES

Es interesante mencionar que la Directiva 2000/78/CE establece justificaciones o excepciones relacionadas específicamente con la discriminación indirecta.

Una de ellas es la posibilidad de que la medida adoptada pueda *justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios*. Esta justificación es general y aplicable a todos los motivos protegidos por la Directiva indicados en su artículo 1, y es también aplicable a los casos de discriminación indirecta por razón de sexo según lo dispone la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio

¹⁰² CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 79.

de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Al respecto, la jurisprudencia del TJUE ha delimitado el alcance de las justificaciones objetivas con finalidades legítimas a las cuales se hacía alusión. En efecto, la sentencia *Bilka* -ya mencionada en el epígrafe referente a la evolución conceptual de la discriminación indirecta- ha señalado que cuando la disposición, criterio o medida cuestionada responde a una exigencia efectiva de la empresa, es idónea para alcanzar el objetivo de que se trata y es necesaria para tal fin, las desigualdades producidas por la medida no se considerarán discriminatorias. A mayor abundamiento, la sentencia *Enderby*, de fecha 27 de octubre de 1993, en asunto C-127/92 señaló, en relación a la discriminación indirecta por razón de sexo, que ciertos criterios neutros de evaluación -tales como la adecuación de las jornadas o lugares de trabajo, la capacitación o la experiencia laboral del trabajador- pueden llegar a considerarse justificaciones objetivas.

La Directiva 2000/78/CE, junto a la excepción general a la discriminación indirecta antes mencionada, señala también una excepción específica para el caso de la discapacidad en su artículo 2.2 b) ii). Según ésta, no habría discriminación indirecta si el empresario o cualquier persona a la cual se aplique la Directiva, se encuentra obligado a adoptar medidas para eliminar las desventajas que dispone la norma, criterio o práctica propia de la discriminación indirecta. Se deriva de ello que los ajustes razonables juegan un papel relevante como justificantes del empresario o de la organización en materia de discriminación indirecta¹⁰³. Así, la efectividad de la prohibición de discriminación indirecta dependerá de la correcta implementación de la obligación de realizar ajustes razonables¹⁰⁴. Este tema será desarrollado con mayor detención en el epígrafe referente a los ajustes razonables.

¹⁰³ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 79.

¹⁰⁴ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 82.

3.1.4. ANÁLISIS COMPARATIVO CON DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

Con el objeto de entender con mayor profundidad el tratamiento de la discriminación directa e indirecta por razón de discapacidad, creemos oportuno realizar un análisis comparativo de dicho tratamiento normativo con el tratamiento de la discriminación directa por razón de sexo y la discriminación directa por razón de edad. Lo anterior se debe a que *la no discriminación cuenta con una protección distinta dependiendo del factor que motiva la discriminación.*

La discriminación por razón de sexo constituye el arquetipo de discriminación que más ha sido desarrollado tanto por la normativa internacional, como por la doctrina y la jurisprudencia, fomentando la igualdad de derechos de hombres y mujeres.

Dada su relevancia, la normativa referida a la igualdad prevista para hombres y mujeres ha trazado un importante camino en términos normativos que ha cimentado las bases de la regulación referente a la igualdad en otros ámbitos, como es el caso de la discapacidad. En este sentido, Europa no se ha mantenido al margen de dicha tendencia, de forma tal que la regulación europea sobre discriminación por discapacidad ha seguido la senda trazada por la normativa sobre igualdad por razón de sexo.

Este principio antidiscriminatorio clásico se encuentra consagrado en el artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) y ha sido desarrollado en la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación¹⁰⁵. Dicha Directiva, en conjunto con la Directiva 2000/78/CE han establecido un principio general de igualdad de trato, inspirando un conjunto de políticas sociolaborales de integración.

¹⁰⁵ Que refundió la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002 y su antecesora, la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, ambas relativas al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales, y las condiciones de trabajo.

La Directiva 2006/54/CE conceptualiza la discriminación directa como aquella *situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable*. Esta definición, como es posible apreciar, es similar a la definición establecida en la Directiva 2000/78/CE aplicable al caso de las personas con discapacidad.

En relación a la discriminación indirecta, la Directiva 2006/54/CE la define como *la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios*. Si bien el mencionado concepto es similar al de la Directiva 2000/78/CE, no son iguales.

La Directiva 2006/54/CE continúa el criterio de la Directiva 2000/78/CE en el sentido de no exigir que la medida afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un determinado colectivo y, que de este modo, el efecto puede producirse en una desventaja particular. Dicha situación amplía también el ámbito de aplicación de la discriminación indirecta por razón de sexo.

La diferencia entre ambos tratamientos normativos sobre discriminaciones se encuentra en las excepciones que permite la propia normativa, más restringidas para las hipótesis de discriminaciones por razón de sexo que aquellas derivadas de la discapacidad. En efecto, dada la especial sensibilidad que provoca la discriminación por razón de sexo, la tutela normativa es la de mayor intensidad frente a otros factores de discriminación, incluida la discapacidad o la edad.

En el caso de la discriminación por razón de sexo, la Directiva 2006/54/CE en su artículo 14.1 señala explícitamente que no se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en una serie de aspectos del ámbito del empleo y la ocupación, como es el caso del acceso, promoción, condiciones o despidos¹⁰⁶.

¹⁰⁶ La Directiva especifica los siguientes aspectos: *a) las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de*

Sin perjuicio de ello, la Directiva 2006/54/CE establece en su artículo 14.2 una excepción, pero sólo referida al acceso al empleo (incluida la formación pertinente). En virtud de tal excepción, los Estados pueden disponer que no constituya discriminación una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

Se entiende entonces que existen dos tipos de supuestos exceptuados de la norma general en materia de género: cuando el sexo se constituye como un requisito profesional esencial y determinante de la función a realizar (como es el caso de las nodrizas), o cuando la hipótesis contiene la *excepción de la buena fe ocupacional*¹⁰⁷.

Es menester señalar que el ámbito de aplicación de la excepción relacionada con el factor sexo como requisito profesional esencial y determinante de la función a realizar es muy reducido, toda vez que es poco usual que existan labores que bajo ningún concepto puedan ser desempeñadas por el sexo contrario. A mayor abundamiento, el TJUE ha ido acotando el alcance de la excepción señalada, indicando supuestos en los que el sexo ha podido ser una condición determinante para ciertos trabajos, realizando una interpretación claramente restrictiva sobre la legitimidad del objeto y la proporcionalidad del requisito exigido¹⁰⁸.

contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción; b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje profesional, incluida la experiencia laboral práctica; c) las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido, así como las de retribución de conformidad con lo establecido en el artículo 141 del Tratado; d) la afiliación y la participación en una organización de trabajadores o empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

¹⁰⁷ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Ley de Igualdad y contrato de trabajo», en AA.VV, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2007, pág. 36, citado en CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra 3 igualdad, 2007, pág. 88.

¹⁰⁸ A modo de ejemplo, sentencia Kreil de 11 de enero de 2000 en asunto C-285/98 y sentencia Sirdar de 26 octubre 1999 en asunto C-273/97.

En conclusión, en el ámbito comunitario, no existirá discriminación por razón de sexo cuando la naturaleza de las funciones del empleo exija que sean cumplidas por un género determinado, pero sólo cuando la mencionada exigencia persiga un objetivo legítimo y proporcionado¹⁰⁹.

De esta forma, en los restantes ámbitos del empleo -como la retribución o los despidos- las excepciones se encuentran absolutamente vedadas, evidenciando la alta intensidad de protección de la Directiva frente a la discriminación por razón de sexo.

A diferencia de lo anterior, la discapacidad como factor de discriminación sí cuenta con excepciones de mayor amplitud que en el caso de la discriminación por razón de sexo.

Es importante hacer presente, en primer término, que la Directiva 2000/78/CE establece en su artículo 3 como ámbito de aplicación de la misma aspectos o fases del empleo en términos bastante similares a lo señalado en la Directiva 2006/54/CE, incluyendo el acceso al empleo, formación y promoción profesional, condiciones del empleo y participación en organizaciones derivadas del mismo.

Ahora bien, en relación a las excepciones a la aplicación de la Directiva 2000/78/CE sobre igualdad, el artículo 4.1 de la misma permite a los Estados miembros disponer que una diferencia de trato basada en la discapacidad no tenga el carácter discriminatoria cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.

La diferencia entre la excepción aplicable a ambos casos queda en evidencia a simple vista. En efecto, la Directiva 2000/78/CE establece la posibilidad -por parte de los Estados miembros- de disponer que una diferencia de trato basada en la discapacidad no se limite a la esfera del acceso al empleo y la formación, sino que se extienda a los otros ámbitos de aplicación descritos en el artículo 4.1, incluyendo la promoción

¹⁰⁹ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Civitas, 26ª edición, Madrid, 2009. pág. 195.

profesional, las condiciones del empleo y participación en organizaciones derivadas del mismo.

La normativa mencionada deja a las personas con discapacidad en una situación de menor protección en relación a las diferencias de trato por razón de sexo, ya que permite a los Estados -en este último caso-considerar no discriminatorias aspectos tan sensibles en la esfera del empleo como lo son las remuneraciones o los despidos.

3.1.5. ANÁLISIS COMPARATIVO CON DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD

La discriminación por razón de edad y la discriminación por discapacidad son conceptos relativamente novedosos, denominados incluso de *nueva generación*¹¹⁰, que no cuentan con el amplio desarrollo doctrinal, normativo y jurisprudencial con que cuenta, a modo de ejemplo, la discriminación por razón de sexo.

Ambos casos presentan varias similitudes. Al regularse en la misma Directiva 2000/78/CE, tienen el mismo ámbito de aplicación y cuentan con elementos conceptuales iguales, como es el caso de lo que se entiende por discriminación directa o indirecta.

En el ámbito de las excepciones a la prohibición de discriminación también cuentan con similitudes. En concreto, la excepción aplicable al caso de la discriminación por discapacidad -referente a permitir a los Estados disponer que una diferencia de trato basada en la discapacidad no tenga el carácter discriminatoria cuando por su naturaleza o contexto dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado- es también aplicable a las diferencias de trato basadas en la edad.

Asimismo, le es aplicable a ambas hipótesis la excepción señalada en el artículo 2.5 de la Directiva, en relación a eventuales limitaciones que pueden darse en una

¹¹⁰ BALLESTER PASTOR, M.A.: «La lucha contra la discriminación en la Unión Europea», en *Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración*, núm. 92, 2011, pág. 207.

sociedad democrática, y que son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Finalmente, otra similitud -según lo dispuesto el artículo 3.4 de la Directiva- es que se permite a los Estados la no aplicación de la misma a las Fuerzas Armadas por lo que respecta a la discriminación basada en la discapacidad y en la edad, constituyéndose como elemento común referente a las excepciones a la prohibición de discriminación¹¹¹.

El establecimiento de esta excepción presenta importantes dudas, ya que una medida de esa naturaleza sólo podría justificarse en la medida en que la totalidad de las funciones realizadas en el seno de las Fuerzas Armadas fuesen estereotipadas y requiriesen una importante fortaleza física, que todos los tipos de discapacidades fuesen iguales o que la edad determinara con certeza la fuerza de las personas, pero ello no es así¹¹². Por ello, llama la atención que la Directiva no incluya esta excepción específica dentro de la excepción general del artículo 4.1, como requisito profesional esencial y determinante de acuerdo a las funciones concretas que se realicen.

Ahora bien, en relación a las diferencias en el ámbito de la discriminación directa e indirecta¹¹³ entre los factores de edad y discapacidad, es preciso señalar que estas también radican en las excepciones del principio de igualdad de trato que le son aplicables a ambos casos.

¹¹¹ En este punto resulta interesante hacer referencia a la sentencia Kreil del TJUE de 11 de enero de 2000 en asunto C-285/98, en la cual queda de manifiesto la diferencia entre el tratamiento de la prohibición de discriminación en la esfera de las Fuerzas Armadas entre los motivos por razón de sexo y aquellos derivados de la discapacidad y la edad. Indica la sentencia que las excepciones a la prohibición de discriminación por razón de sexo cuando éstas constituyen una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio –incluidos empleos militares, como era el caso concreto - deben interpretarse restrictivamente, y sólo puede referirse a actividades específicas. A diferencia de ello, la Directiva 2000/78/CE permite a los Estados hacer una excepción general a la prohibición por edad y discriminación en las Fuerzas Armadas, sin necesidad de hacer un juicio de proporcionalidad concreto en cada caso, como sí sucede con la discriminación por razón de sexo.

¹¹² BALLESTER PASTOR, M.A.: «La lucha contra la discriminación en la Unión Europea», *cit.*, pág. 235.

¹¹³ El análisis comparativo relacionado con otros aspectos, como los ajustes razonables, el acoso o las acciones positivas, será realizado en sus epígrafes correspondientes.

La Directiva hace una distinción entre ambas hipótesis, estableciendo en su artículo 6 limitaciones a la prohibición de discriminación por razón de edad, señalando ciertas justificaciones específicas para el caso de diferencias de trato por razón de edad.

Según el artículo 6.1 de la Directiva, tales diferencias de trato deben estar justificadas objetiva y razonablemente por una legítima finalidad -dentro de la cual se encuentran objetivos de políticas de empleo, mercado de trabajo y formación profesional- y deben ser adecuadas y necesarias.

La Directiva ejemplifica casos de diferencias de trato que podrían incluirse dentro de la excepción del artículo 6.1. A su respecto, señala tres ejemplos: el primero de ellos es el establecimiento de condiciones especiales, tanto de acceso al empleo y formación profesional, como también de las condiciones de empleo, despido y remuneración a fin de favorecer la inserción profesional de trabajadores jóvenes, de mayor edad o aquellos que tienen personas a su cargo. La segunda hipótesis que señala es el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a ciertas ventajas vinculadas a este. Y finalmente, el establecimiento de una edad máxima para la contratación, basada en requisitos de formación del empleo o la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación.

Del mismo modo, el artículo 6.2 permite a los Estados disponer que no constituirán discriminación por razón de edad, la determinación de edades específicas para beneficiarse de prestaciones derivadas de la seguridad social.

El contenido del artículo 6 de la Directiva tiene dos efectos distintos: por una parte, aumenta las posibilidades para que los Estados puedan configurar situaciones exceptuadas de la aplicación del principio antidiscriminatorio; y, por otra, limita las competencias del TJUE para introducir principios interpretativos más extensos, debilitando en parte la aplicación de la Directiva¹¹⁴, situación aplicable exclusivamente a la edad y a la discapacidad.

¹¹⁴ BALLESTER PASTOR, M.A.: «La lucha contra la discriminación en la Unión Europea», *cit.*, pág. 211.

No obstante lo anterior, en relación al alcance de las causas de justificación de diferencias de trato basadas en la edad, el TJUE, por medio de su jurisprudencia, ha realizado importantes aportes.

En primer término, es preciso hacer presente que el TJUE ha afirmado que la Directiva 2000/78/CE solamente concreta, sin establecerlo, el principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación, entendiendo que el derecho a no ser discriminado por razón de la edad es un principio general del Derecho de la Unión consagrado en el art. 21 de la CDFUE, y que es dicho instrumento el cual determina el alcance de su eficacia¹¹⁵. En este sentido, entiende que las limitaciones propias de la Directiva 2000/78/CE son aplicables al empleo y la ocupación, y que gracias al contenido de la CDFUE el derecho a no ser discriminado por razón de edad puede ampliarse a otros ámbitos que no sean regulados por la mencionada Directiva, incluyendo la eficacia horizontal del mismo.

Sin perjuicio de lo anterior, ya en el análisis de casos concretos de discriminación por razón de edad en el ámbito del empleo, el TJUE ha reforzado el amplio margen de discrecionalidad de los Estados en la aplicación de las excepciones contenidas en el artículo 6 de la Directiva. A su respecto, la sentencia *Palacios de la Villa*¹¹⁶ de 16 de octubre de 2007, en asunto C-411/05 referente a la jubilación forzosa resulta ilustrativa, ya que establece que en la determinación de diferencias de trato basada en la edad, los Estados miembros y, en su caso, los agentes sociales a nivel nacional disponen de una amplia facultad de apreciación, no sólo al momento de hacer prevalecer un objetivo por sobre otro en materia social y laboral, sino también al definir las medidas que les permitan lograrlo, teniendo como limitación que dicha medida sea adecuada y necesaria. En concreto, estima que en atención al objetivo de la medida -reducir el desempleo- ésta no puede cuestionarse a la luz de la Directiva.

¹¹⁵ Así lo establece el TJUE en la sentencia *Küçükdeveci* de 10 de enero de 2010 en asunto C-555/07.

¹¹⁶ El caso trataba sobre un trabajador que al haber alcanzado la edad de jubilación forzosa le fue notificada la extinción de su contrato, situación que el trabajador consideró un despido, demandando a la empresa frente al órgano judicial competente. El Tribunal planteó dos cuestiones prejudiciales sobre interpretación de la Directiva 2000/78/CE relativas a si las cláusulas de jubilación son discriminatorias por motivo de edad.

Queda en evidencia, dada la amplitud en el ámbito de las excepciones, que la Directiva tolera con mayor facilidad diferencias de trato basadas en la edad, en la medida en que estas se deriven de las características específicas de un determinado puesto de trabajo, otorgando mayor protección al derecho a no ser discriminado por discapacidad que a aquél por razón de edad.

3.1.6. ACOSO

El acoso, figura adoptada del Derecho estadounidense, es un tipo de discriminación que se deriva de la circunstancia de pertenecer el acosado a un colectivo históricamente discriminado, y que no constituye un tipo de discriminación directa ni indirecta¹¹⁷. Es, por ende, una forma de discriminación *sui generis* consistente en un acoso moral provocado por la vulnerabilidad de la víctima al pertenecer a uno de los colectivos mencionados. Si bien es cierto que en un comienzo se consideraba como una hipótesis de discriminación directa, hoy presenta un tratamiento propio que responde a las particularidades y dañinas consecuencias de este tipo de discriminación¹¹⁸.

En el Derecho comunitario su desarrollo es relativamente reciente¹¹⁹. El reconocimiento expreso de esta forma de discriminación se produce en las Directivas 2000/43/CE sobre igualdad de trato de las personas independiente de su origen racial o étnico y 2000/78/CE sobre igualdad en el empleo.

Según lo dispuesto en distintas Directivas europeas¹²⁰, para la concurrencia del acoso, se requiere que se produzca un comportamiento no deseado relacionado con un motivo protegido (según indica cada Directiva), que dicho comportamiento tenga

¹¹⁷ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 85.

¹¹⁸ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: *Op. cit.*, pág. 32.

¹¹⁹ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: *Op. cit.*, pág. 32.

¹²⁰ Así lo indica la Directiva 2000/43/CE sobre igualdad de trato de las personas independiente de su origen racial o étnico, en su artículo 2.3; Directiva 2000/78/CE sobre igualdad en el empleo, en su artículo 2.3; o la Directiva 2006/54/CE sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, en su artículo 2.1(c).

como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y/o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

La definición del acoso en las referidas Directivas se realiza en términos generales, toda vez que se faculta a los Estados miembros a definir el concepto de acoso de conformidad con sus propias normativas y prácticas nacionales¹²¹, sin perjuicio de que evidentemente dicha facultad no puede traspasar los límites establecidos en las Directivas pertinentes, salvo que el tratamiento en la normativa interna sea más protectora de los colectivos protegidos.

En materia discapacidad, la CDPD establece en su artículo 27.1 letra b) respecto del trabajo y empleo que los Estados partes deben salvaguardar y promover el trabajo de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás, asegurando entornos seguros y saludables, incluyendo la protección contra el acoso y la reparación por los agravios sufridos.

En el ámbito comunitario, la Directiva 2000/78/CE es la primera normativa que establece el acoso como forma de discriminación por razón de discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación, constituyendo un gran avance, toda vez que en dicha hipótesis la discriminación es especialmente grave y atentatoria contra la dignidad humana del acosado. La Directiva considera el acoso como un peligro en el ámbito del empleo y la ocupación que perturba un ambiente de trabajo, afectando la integridad del trabajador y su dignidad.

¹²¹ A modo de ejemplo, en el ámbito de la discapacidad, la normativa española, en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, define el acoso en su artículo 2 letra f), definición reproducida prácticamente de modo literal de la Directiva 2000/78/CE. Señala así que se entiende por acoso *“toda conducta no deseada relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”*.

Por su parte, en Reino Unido, la Disability Discrimination Act 1995 (modificada el año 2003), relativa a la discriminación por motivo de discapacidad -que tiene como finalidad esencial prohibir toda discriminación contra las personas con discapacidad, especialmente en materia de empleo- define el acoso en su artículo 3 (b) como *“1) (...) Se considerará que se somete a acoso a una persona discapacitada cuando, por algún motivo relacionado con la discapacidad que ésta padece, se adopta una conducta no deseada que tenga como objetivo o consecuencia: a) atentar contra la dignidad de la persona con discapacidad, o b) crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. 2) Se entenderá que una conducta tiene la consecuencia que se menciona en el apartado 1, letras a) o b), cuando razonablemente haya de considerarse que tiene tal consecuencia habida cuenta de todas las circunstancias y, en particular, de lo que siente la persona con discapacidad”*.

De la naturaleza amplia de la definición de acoso contenida en la Directiva 2000/78/CE, es posible deducir dos aspectos importantes aplicables al caso de la discapacidad. El primero de ellos es que el concepto de acoso pone énfasis en el resultado de la conducta más que en la intencionalidad de la misma. De esta forma, en el acoso, lo relevante no es la intencionalidad, sino el resultado, esto es, la creación del ambiente hostil y denigratorio contra la persona que forma parte del colectivo discriminado -en este caso la discapacidad- y que ha rechazado tal comportamiento acosador. El segundo aspecto que es posible colegir del tenor literal de la definición de acoso de la Directiva 2000/78/CE es que la prohibición de acoso no pretende estar limitada en su aplicación a un tipo particular de acosador (como podría ser el caso del empleador), sino que se podría presumir que dicha prohibición es extensiva a todos los potenciales acosadores que se encuentren dentro del ámbito de aplicación objetivo de la Directiva¹²².

La implementación de la prohibición del acoso corresponde -como lo indica la Directiva 2000/78/CE- a los Estados miembros, y serán éstos quienes determinen si es necesario hacer un juicio objetivo o subjetivo previo para establecer si esta forma de discriminación ha tenido lugar¹²³. En consecuencia, podrán los Estados miembros establecer si la hipótesis de acoso es determinada por criterios subjetivos -como es la percepción de la víctima- o por criterios objetivos, de modo que se distingan los efectos del acoso cuando éste se presente con independencia de la percepción personal de la víctima¹²⁴. Del mismo modo, serán los Estados los que determinen si procede o no la imposición de algún tipo de responsabilidad de terceros (tales como empleadores o sindicatos) a fin de prevenir que el acoso tenga lugar o se presente en los ambientes de trabajo¹²⁵.

La determinación de la existencia de un supuesto de acoso, a diferencia de lo que sucede con los casos de discriminación directa, no requiere de un término de comparación, toda vez que lo importante es la creación del ambiente hostil, y que

¹²² WHITTLE, R.: *Op. cit.*, pág. 316.

¹²³ WHITTLE, R.: *Op. cit.*, pág. 316.

¹²⁴ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: *Op. cit.*, pág. 33.

¹²⁵ WHITTLE, R.: *Op. cit.*, pág. 316.

dicho ambiente esté motivado por pertenecer la víctima al colectivo que se pretende proteger¹²⁶.

La jurisprudencia europea sobre acoso por razón de discapacidad en el empleo es bastante reducida. Sin perjuicio de ello, podemos hacer alusión a la sentencia del TJUE, de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06 denominado “caso Coleman”. Este caso -que será analizado con mayor detención en el apartado referido a la discriminación por asociación- abordó el tema de la extensión de la protección del acoso laboral relacionado con la discapacidad. El caso trató sobre una secretaria (la Sra. Coleman) que se desempeñaba como tal en un despacho de abogados y quien tenía un hijo con discapacidad. La trabajadora alegaba acoso y discriminación por parte de su empleador, quien se había negado a reintegrarla luego de su permiso por maternidad sin otorgar facilidades ni flexibilidad horaria por la condición y necesidades de su hijo. En consecuencia, la cuestión prejudicial que se planteó referente al acoso era si la protección respecto de este tipo de discriminación debe interpretarse en el sentido en que solamente prohíbe el acoso cuando el trabajador sea la persona con discapacidad o si la prohibición de acoso se aplica también cuando el propio trabajador no es una persona con discapacidad, pero sí víctima de acoso relacionado con la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador dedica la mayor parte de los cuidados que su condición necesita. En lo que aquí interesa, el TJUE señaló que la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que la prohibición del acoso no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que tengan una discapacidad. Con ello se amplía la protección para aquellos casos en que se demuestre que la víctima del comportamiento no deseado constitutivo del acoso sea un trabajador que tenga a su cargo el cuidado de un hijo con discapacidad, y que dicho comportamiento no deseado esté motivado por tal circunstancia, resultando tal conducta contraria a la prohibición del acoso de la Directiva.

Finalmente, es preciso señalar que existe un tipo específico de acoso, el *acoso sexual*¹²⁷, que, según señala la Directiva 2006/54/CE, es la “*situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en*

¹²⁶ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 85.

¹²⁷ Categoría jurídica distinta a la discriminación por razón de sexo.

particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo". Esta clase de acoso toma especial importancia en el caso de las personas con discapacidad en el empleo y la ocupación, particularmente en el caso de la discriminación múltiple.

3.1.7. DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN

La discriminación por asociación o discriminación por transferencia es una nueva clase de discriminación, cuyo reconocimiento no es completamente unánime en la doctrina y en la jurisprudencia (salvo en el caso de la discapacidad), encontrándose actualmente en etapa de desarrollo.

Esta novedosa categoría jurídica de discriminación está constituida por aquellos casos en los cuales la discriminación no se produce por formar la víctima parte del colectivo protegido, sino que se origina por la conexión o relación que la víctima mantiene con una persona que sí pertenece al colectivo determinado.

Los orígenes de esta hipótesis de discriminación se remontan al Derecho anglosajón¹²⁸ y ha sido un concepto desarrollado principalmente por la jurisprudencia, al igual que la discriminación indirecta. Esta forma de discriminación se deriva de la doctrina de la *discriminación transferida*, la cual, a su turno, proviene de una sutil diferencia en el lenguaje usado en la definición de la discriminación directa en la norma del Reino Unido que regula la discriminación por razón de raza (*The Race Relations Act*, del año 1976) respecto de las normas que regulaban la discriminación por otros motivos protegidos¹²⁹.

La mencionada diferencia permitía alegar la discriminación directa cuando una persona había sido discriminada por la raza de una tercera persona, señalando que la discriminación racial podía producirse *por motivos raciales* ("*on racial grounds*"),

¹²⁸ En particular, ha sido un concepto desarrollado principalmente en el Reino Unido, Estados Unidos, Australia o Irlanda.

¹²⁹ MUÑOZ RUIZ, A.B.: «El Caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la unión europea y su extensión a los cuidadores», en *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 101, 2009, págs. 331 y 332.

extendiendo el alcance de la protección a las personas que sin poseer las características del colectivo protegido, se encuentran vinculados a éste¹³⁰. Con posterioridad, esta interpretación y su reconocimiento normativo en el Reino Unido se ha extendido a otros motivos protegidos, como la orientación sexual o la religión, cambiando la expresión “*por motivos de su orientación sexual o su religión*” a “*por motivos de orientación sexual o religión*”¹³¹, situación que no se produjo en materia de discapacidad¹³². La circunstancia de no haber hecho extensivo ese cambio a la hipótesis de discriminación por discapacidad fue lo que generó el “caso Coleman”, al que ya hemos aludido precedentemente y que determinó la procedencia de la discriminación por asociación en materia de discapacidad, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante.

En el ámbito comunitario, la falta de definición sobre el concepto de discapacidad y la especificación acerca de quiénes son los beneficiarios de las medidas contenidas en la Directiva 2000/78/CE ha permitido que sean los Estados miembros y el TJUE los que determinen la procedencia o improcedencia de esta categoría jurídica en la legislación comunitaria anti discriminatoria referente a la discapacidad en el empleo y en la ocupación¹³³.

Así, se ha logrado entender que este tipo de discriminación sí se encuentra proscrito por la Directiva 2000/78/CE, de modo tal que la prohibición de discriminación por discapacidad no se establece sólo a favor de aquellas personas que sean discapacitadas, sino también para proteger a quienes sean discriminados *por motivos de discapacidad*.

Este razonamiento interpretativo es relativamente reciente, y tiene su origen en la jurisprudencia del TJUE, en específico, en los criterios establecidos en la sentencia de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06 denominado “caso Coleman”, al cual también se hizo referencia en el apartado referido al acoso.

¹³⁰ MUÑOZ RUIZ, A.B.: *Op. cit.*, pág. 332.

¹³¹ MUÑOZ RUIZ, A.B.: *Op. cit.*, pág. 332.

¹³² CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 93.

¹³³ MUÑOZ RUIZ, A.B.: *Op. cit.*, pág. 328.

La sentencia del TJUE contiene un trabajo hermenéutico muy interesante sobre los alcances de la normativa antidiscriminatoria establecida en la Directiva 2000/78/CE, ya que realiza una interpretación extensiva de la misma al momento de especificar al sujeto protegido por la Directiva¹³⁴.

Como se indicó en el epígrafe referente al acoso, el caso trató sobre la Sra. Coleman, quien se desempeñaba como secretaria en un despacho de abogados del Reino Unido y quien tenía un hijo con discapacidad. Como se adelantó, la trabajadora indicó que se vio obligada a dejar su trabajo producto de la discriminación y el acoso sufrido por parte de su empleador, al negarse este último a reintegrarla luego de su permiso por maternidad sin otorgar facilidades ni flexibilidad horaria que le permitieran compatibilizar su trabajo con la condición y necesidades de su hijo. El Tribunal de Justicia británico que conoció de la demanda de la Sra. Coleman planteó una cuestión prejudicial al TJUE para pedirle que dilucidara si la Directiva 2000/78/CE debía interpretarse en el sentido de que únicamente prohibía la discriminación directa por motivo de discapacidad y el acoso cuando el propio trabajador es quien presenta la discapacidad, o bien, si también procedía cuando existía una relación o vínculo entre el trabajador presuntamente discriminado y la persona que tenía algún grado de discapacidad cuando la discriminación o acoso era motivado por dicho vínculo.

Según determinó el TJUE, estaríamos frente a una discriminación por discapacidad cuando el trato peyorativo se otorgaba a una trabajadora por el hecho de procurar ejercer derechos ligados al cuidado de su hijo discapacitado, haciendo una interpretación extensiva y creativa de la citada Directiva¹³⁵, lo cual sería coherente con el marco general de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación contenida en la misma. En consecuencia, la Directiva no sólo protege a las personas discapacitadas, sino también a quienes se relacionan con éstas y puedan ser discriminados o acosados en razón de dicha relación. Tan cierto es lo anterior, que si la interpretación se realizara de forma restrictiva, se vulnerarían los objetivos y principios fundantes de la Directiva 2000/78/CE.

¹³⁴ BALLESTER PASTOR, M.A.: «La lucha contra la discriminación en la Unión Europea», *cit.*, pág. 211 y 212.

¹³⁵ BALLESTER PASTOR, M.A.: «La lucha contra la discriminación en la Unión Europea», *cit.*, págs. 211 y 212.

La interpretación que veníamos comentando constituye un gran avance hacia el establecimiento del modelo social de discapacidad, ya que extiende su protección a las personas responsables de quienes presentan algún grado de discapacidad, o sea, a quienes cumplen un rol en el ámbito asistencial de éstos. Precisamente uno de los aspectos más atractivos de la sentencia mencionada es que incorpora el cuidado familiar al ámbito de la protección comunitaria¹³⁶.

Ahora bien, queda la duda acerca de si la mencionada interpretación es o no extensiva a la discriminación indirecta. No hay duda sobre la aplicación en los casos de discriminación directa y acoso, al contenerse de forma expresa en las cuestiones prejudiciales promovidas, pero no sucede lo mismo con la discriminación indirecta.

En principio, teniendo en cuenta sólo el tenor literal del artículo 2.2 (b), no sería posible hacer una interpretación extensiva, ya que no se utiliza la expresión “*por motivos de*” (como sí sucede en el caso de la discriminación directa y el acoso), sino que señala expresamente “*personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas*”¹³⁷. Será necesario entonces un nuevo pronunciamiento del TJUE a fin de aclarar dicha situación, toda vez que no existe certeza sobre la aplicación de esta novedosa calificación normativa.

Es importante hacer presente que, si bien se establece esta protección, el empleador no está obligado a realizar ajustes razonables ni el Estado obligado a impulsar acciones positivas en base a la asociación o vínculo de una determinada persona con otra con discapacidad. En otras palabras, la interpretación extensiva realizada por el TJUE no obstaría a que tanto las acciones positivas como los ajustes razonables resulten aplicables de forma exclusiva a las personas con discapacidad, y no a quienes tienen vínculos con éstos¹³⁸.

El establecimiento explícito de la discriminación por asociación como una forma de discriminación constituye un importante adelanto y un inequívoco avance del modelo

¹³⁶ BALLESTER PASTOR, M.A.: «La lucha contra la discriminación en la Unión Europea», *cit.*, pág. 236.

¹³⁷ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 96.

¹³⁸ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 95.

social de la discapacidad en el ámbito comunitario, otorgando una protección más amplia a las personas con discapacidad y a su entorno. Ahora bien, todavía está por verse si tal interpretación es aplicable a la discriminación indirecta. Del mismo modo, queda pendiente la posible relación de la discriminación por asociación con los ajustes razonables y acciones positivas que beneficien principalmente a los cuidadores de personas con discapacidad.

3.1.8. DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE

La discriminación múltiple se presenta cuando una misma persona forma parte de dos o más colectivos históricamente desfavorecidos. En el ámbito de la discapacidad, la discriminación múltiple guarda especial importancia para el colectivo femenino y los niños, como subgrupos del colectivo de la discapacidad.

Entre los primeros cuerpos normativos que regulan esta categoría de discriminación, se encuentra el Convenio número 159 de la OIT, del año 1983, sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas. Este Convenio establece la igualdad de oportunidades y trato entre las trabajadoras inválidas y los trabajadores inválidos, impidiendo diferencias por razón de sexo dentro del colectivo de personas con discapacidad.

En este punto resulta también relevante la CDPD, en cuanto se dedica de forma explícita a la protección de las mujeres y niños con discapacidad. En efecto, la CDPD enfoca la protección de la discriminación múltiple para las mujeres y niños con discapacidad, señalando en su artículo 6.1 que los Estados Parte reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad se encuentran sujetas a múltiples formas de discriminación y, en atención a ello, los Estados Parte deberán adoptar medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales¹³⁹. Es preciso señalar que el primer reconocimiento del hecho de que las mujeres y niñas con discapacidad fueran

¹³⁹ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C.: Op. cit., pág. 488.

víctimas de discriminación múltiple se produjo gracias a la propuesta de la UE en el proceso de redacción de la norma¹⁴⁰.

Del mismo modo, la CDPD destina su artículo 7 a los niños y niñas, indicando en similares términos la obligación de los Estados Parte de adoptar las medidas necesarias para que los niños y niñas puedan gozar de los derechos de manera plena y en igualdad de condiciones con otros niños. Queda en evidencia que la CDPD enfoca la discriminación múltiple de forma explícita haciendo expresa referencia a los subgrupos de la discapacidad relacionados con el sexo y la edad.

A nivel comunitario, la Directiva 2000/78/CE establece en su considerando tercero que en la aplicación del principio de igualdad de trato, la UE¹⁴¹ debe proponer la eliminación de las desigualdades, como también el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres, tomando en consideración que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples. Sin perjuicio de lo indicado en su preámbulo, la Directiva no establece un tratamiento expreso sobre la discriminación múltiple. Lo que sí exige la Directiva es que se incluyan en el informe sobre su aplicación (informe que debe realizar la Comisión Europea y dirigir al Parlamento Europeo y al Consejo), consideraciones sobre el principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, así como la incidencia de las medidas adoptadas sobre ambos sexos, informe que debe ser realizado con la información que otorgan los Estados miembros cada cinco años.

Ahora bien, surge la duda acerca de cómo deberían enfrentarse las hipótesis de la discriminación múltiple cuando uno de los factores es la discapacidad. Ello se debe a que la protección comunitaria para la igualdad de trato por razón de discapacidad establecida en la Directiva 2000/78/CE se encuentra circunscrita a la esfera del empleo y la ocupación, mientras que la protección de otros factores como la raza y el sexo cuentan con una esfera de aplicación mucho más amplia¹⁴², que abarca ámbitos

¹⁴⁰ PELÁEZ NARVÁEZ, A.: «La no discriminación de las mujeres y niñas con discapacidad en la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad», en PÉREZ BUENO, L.C. (dir.) y ÁLVAREZ RAMÍREZ, G.E. (coord.): *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, Ed. Cinca, Madrid, 2012, pág. 235.

¹⁴¹ La Directiva utiliza la nomenclatura “Comunidad”.

¹⁴² CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 103.

que superan el ámbito del empleo y la ocupación. Al no existir una respuesta certera a la interrogante antes mencionada, y siguiendo el marco delimitado por la propia Directiva 2000/78/CE, la discriminación múltiple sólo podría ser aplicable al ámbito del empleo y la ocupación cuando uno de los factores es la discapacidad, toda vez que la protección normativa de la igualdad de trato por razón de discapacidad se encuentra circunscrita al mencionado ámbito.

En el ámbito del empleo y la ocupación la discriminación múltiple puede jugar un papel importante en casos de acoso sexual, cuando una mujer discapacitada es víctima de conductas de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo, tema especialmente sensible por afectar la dignidad de la mujer.

3.1.9. AJUSTES RAZONABLES

Los ajustes razonables son mecanismos que tienen por objeto la eliminación de las barreras del entorno de personas que forman parte de colectivos históricamente discriminados y que les impiden el pleno goce de sus derechos fundamentales. Así, los ajustes razonables forman parte medular de los programas y estrategias internacionales de igualdad de trato y no discriminación.

Los orígenes de este instrumento se remontan a la legislación norteamericana, la cual estableció, en un principio, la necesidad de emplear *ajustes razonables* con ocasión de la discriminación por razón de religión, técnica que luego se extendió al ámbito de aplicación a la discapacidad como factor de discriminación¹⁴³.

3.1.9.1. AJUSTES RAZONABLES, DISCAPACIDAD Y EMPLEO

Como se indicó en el epígrafe referente a la *Discapacidad y discriminación*, la discriminación por discapacidad cuenta con dos aspectos, uno de ellos es una *vertiente negativa*, consistente en la prohibición de discriminación por motivos de la

¹⁴³ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 133.

discapacidad en aras de la igualdad de trato, y la segunda, una *vertiente positiva*, por la cual se impone la obligación de adoptar los *ajustes razonables*¹⁴⁴.

La concepción de los ajustes razonables tiene como premisa que el entorno de las personas (sea en el ámbito familiar, comercial, educacional o laboral, entre otros) está concebido y diseñado de acuerdo a las características y necesidades de personas “normales”, lo cual genera importantes obstáculos para quienes no cumplen con tales estándares¹⁴⁵. La discriminación, entonces, se deriva de la falta de adaptación o acondicionamiento de las condiciones de un ámbito determinado, para el goce pleno de los derechos de un colectivo históricamente desfavorecido. En consecuencia, para conseguir el pleno goce de los derechos, es necesario eliminar las barreras existentes en el entorno, tal como dispone el modelo social de la discapacidad.

Los ajustes razonables forman parte de los tres dispositivos base para la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad de acuerdo al nuevo enfoque político y normativo del modelo social de la discapacidad, junto con la accesibilidad universal, y el diseño para todas las personas¹⁴⁶. En efecto, el pleno goce de los derechos de las personas con discapacidad dependerá de la *accesibilidad universal*, toda vez que si el entorno no cuenta con condiciones de acceso¹⁴⁷ para el ejercicio de un derecho de una persona con discapacidad, ésta persona queda en una posición de desigualdad que es vulneratoria de sus derechos y específicamente discriminatoria contra el colectivo de la discapacidad¹⁴⁸. Por su parte, el *diseño para todas las personas* significa que el entorno debe ser planteado desde sus inicios de forma que permita una accesibilidad universal¹⁴⁹. Teniendo claros los conceptos de accesibilidad universal y diseño para todas las personas, surge el instrumento de los *ajustes razonables*, el cual opera subsidiariamente a fin de llenar los espacios en los cuales los dos primeros conceptos resulten insuficientes.

¹⁴⁴ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 62.

¹⁴⁵ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 133.

¹⁴⁶ PÉREZ BUENO, L.C.: «La configuración jurídica de los ajustes razonables», en PÉREZ BUENO, L.C. (dir.) y ÁLVAREZ RAMÍREZ, G.E. (coord.): *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, Ed. Cinca, Madrid, 2012, pág. 159.

¹⁴⁷ Al hablar de “acceso”, nos referimos al sentido amplio de la palabra, que puede incluir acceso físico, acceso al empleo, acceso a bienes y servicios, acceso a la información, etc.

¹⁴⁸ PÉREZ BUENO, L.C.: *Op. cit.*, pág. 160.

¹⁴⁹ PÉREZ BUENO, L.C.: *Op. cit.*, pág. 161.

Así, el establecimiento de los ajustes razonables se erige como una garantía de la igualdad de oportunidades, toda vez que su no realización importa una discriminación y, asimismo, es el reconocimiento de que la inclusión de las personas con discapacidad es una tarea pendiente en nuestra sociedad¹⁵⁰.

Los ajustes razonables constituyen un elemento esencial en el desarrollo y promoción de los derechos de las personas con discapacidad, en específico, la igualdad de trato, promoviendo así, el modelo social de la discapacidad. Este mecanismo propio de una política antidiscriminatoria reconoce que para ciertas personas dentro del colectivo de la discapacidad la igualdad de trato puede significar una discriminación. Por ello, la igualdad efectiva sólo puede materializarse si se realizan estos ajustes razonables, acondicionamientos que tienen por finalidad superar las barreras que afectan a las personas con discapacidad¹⁵¹. Estos acondicionamientos pueden consistir en adaptaciones del lugar de trabajo, acuerdos laborales, políticas o prácticas de la empresa para satisfacer las necesidades de una persona con discapacidad¹⁵².

Un aspecto fundamental de esta institución es la *razonabilidad* de los ajustes. Ello quiere decir que los ajustes no son obligatorios en términos absolutos, sino que conllevan en sí mismos una limitación que está dada, precisamente, por la razonabilidad. Los criterios para decretar la razonabilidad de una medida pueden ser múltiples y son determinados de acuerdo a la legislación y jurisprudencia de cada país.

Como se indicó anteriormente, los ajustes contienen una limitación en sí mismos, toda vez que pueden no ser exigibles si ellos resultan excesivos o desproporcionados. En el ámbito del empleo y la ocupación en relación a la discapacidad, la proporción y razonabilidad es analizada desde la perspectiva del empresario, y tiene como consecuencia que el empleador no se encontrará jurídicamente obligado a realizar los

¹⁵⁰ PÉREZ BUENO, L.C.: *Op. cit.*, págs. 162 y 163.

¹⁵¹ CABRA DE LUNA, M.A.: *Op. cit.*, pág. 25.

¹⁵² WHITTLE, R.: *Op. cit.*, pág. 311.

ajustes que requiera una persona con discapacidad para acceder a un puesto de trabajo en la medida que el ajuste no sea proporcionado¹⁵³.

Los criterios para determinar la proporcionalidad de la medida pueden ser múltiples, pero uno de los principales criterios es el económico, y éste deberá tomar en consideración el tamaño de la empresa, los beneficios que el trabajador con discapacidad aporta a la empresa, entre otros¹⁵⁴.

Llevado lo anterior al ámbito laboral, los ajustes razonables serían la adaptación o el acondicionamiento de las condiciones del empleo y la ocupación en favor de un colectivo protegido para el pleno goce de sus derechos y en aras a una igualdad efectiva, lo cual no sólo se traduce en las condiciones de acceso, sino también en otros aspectos de la esfera laboral, como la promoción o condiciones de trabajo.

3.1.9.2. REGULACIÓN NORMATIVA INTERNACIONAL Y COMUNITARIA DE LOS AJUSTES RAZONABLES EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

Resulta oportuno revisar la normativa e instrumentos internacionales que han promovido y regulado los ajustes razonables en materia de discapacidad. Ello nos dará luces acerca de la evolución de este mecanismo utilizado para enfrentar las dificultades de las personas con discapacidad en el empleo y la ocupación.

La Recomendación número 168 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas del año 1983, aunque no utiliza la nomenclatura de ajustes razonables, promueve el establecimiento de incentivos económicos a los empresarios que adopten, dentro de límites razonables, medidas para adaptar tanto los lugares de trabajo como las funciones de ciertas áreas de su empresa a fin de disminuir las barreras de entrada y de mantención de las personas con discapacidad en el ámbito laboral, facilitando la formación y el empleo.

¹⁵³ GAZTELU SAN PÍO, C.: «Acción positiva, acceso y ajustes razonables para personas con discapacidad en el entorno laboral», en PÉREZ BUENO, L.C. (dir.) y ÁLVAREZ RAMÍREZ, G.E. (coord.): *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, Ed. Cinca, Madrid, 2012, pág. 316.

¹⁵⁴ GAZTELU SAN PÍO, C.: *Op. cit.*, pág. 316.

La CDPD ha sido el principal instrumento a escala mundial en el cual se ha plasmado el nuevo modelo social de la discapacidad, y en el que los ajustes razonables han sido enfocados en dicho sentido. Del texto de la norma es preciso destacar que la CDPD alude no sólo a la igualdad formal, sino a la igualdad material y efectiva, constituyéndose como un gran avance en las políticas anti discriminatorias en pos del pleno goce de los derechos de las personas con discapacidad.

El artículo 2 de la CDPD incluye, dentro de las formas de discriminación, la denegación de ajustes razonables, y los define como aquellas “*modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*”. En esta definición, es posible apreciar que en los ajustes razonables, a diferencia de lo que sucede con la discriminación indirecta, el énfasis se encuentra en la casuística individual, o sea, de acuerdo a las características y necesidades del caso particular, y no en su dimensión grupal o colectiva¹⁵⁵. Por otra parte, queda en evidencia también que la obligación de realizar ajustes razonables se encuentra condicionada a criterios de proporcionalidad y razonabilidad y, en ese sentido, es preciso aclarar que la proporcionalidad debe ser valorada según el esfuerzo económico que es necesario para ser llevada a cabo, la estructura del negocio y la posibilidad de perjudicar derechos de los restantes trabajadores¹⁵⁶.

En relación a la igualdad y no discriminación, la CDPD, en su artículo 5.3, establece que a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables, entendiéndolo como un mecanismo de lucha a favor de la igualdad. El tratamiento de los ajustes razonables en la CDPD es abordada en relación a las personas privadas de libertad, a la educación y al trabajo y empleo. Respecto de este último grupo, la

¹⁵⁵ LAWSON, A.: Op. cit., pág. 598.

¹⁵⁶ SASTRE CAMPO, A.: «La no discriminación de las personas con discapacidad en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», en PÉREZ BUENO, L.C. (dir.) y ÁLVAREZ RAMÍREZ, G.E. (coord.): *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, Ed. Cinca, Madrid, 2012, pág. 88.

CDPD establece expresamente en su artículo 27 que los Estados Parte deben velar por que se realicen los ajustes razonables en el lugar de trabajo para las personas con discapacidad.

En el ámbito comunitario, los ajustes razonables para el colectivo de la discapacidad sólo operan en relación a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹⁵⁷, de conformidad con la Directiva 2000/78/CE, siendo su implementación en Europa bastante diversa¹⁵⁸. Esta Directiva es el primer instrumento a nivel de la UE que regula los ajustes razonables, situación que si bien fue novedosa para la mayor parte de los Estados miembros, no lo era para otros como Suecia, Irlanda o el Reino Unido¹⁵⁹. Se sigue así la política antidiscriminatoria ya desarrollada, desde hace muchos años, por Estados Unidos.

El artículo 5 de la referida Directiva señala *“A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que*

¹⁵⁷ PÉREZ BUENO, L.C.: *Op. cit.*, pág. 168.

¹⁵⁸ La legislación española no ha estado ajena al establecimiento de los ajustes razonables. En efecto, la Ley 13/1982, de 7 de abril, participaba ya de la idea de establecer un amparo especial y la adopción de medidas de equiparación y apoyos complementarios a fin de garantizar los derechos de las personas con discapacidad. La mencionada norma estableció un sistema de prestaciones económicas y servicios, medidas de integración laboral, de accesibilidad y subsidios económicos tendientes al desarrollo y plenitud de las personas con discapacidad.

Asimismo, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en su carácter de norma compilatoria, también adopta la institución de los ajustes razonables. En su artículo 2 letra m) referente a las definiciones señala que los ajustes razonables son *“las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos”*. Sobre los ajustes a realizar, la norma recién mencionada indica que éstos dependerán del caso concreto, esto es, de las características de la empresa determinada y de los servicios que ofrece. Sin perjuicio de lo anterior, y entendiendo que estos ajustes sólo debe realizarse por el empresario en el ámbito laboral, es posible clasificar cuatro categorías distintas de ajustes: En primer lugar, la realización de cambios estructurales en las instalaciones de la empresa, tanto de los lugares de trabajo como de los sitios de descanso y alimentación. Otra categoría es la proporción de mecanismos o personal de apoyo, como sería, por ejemplo, la implementación de intérpretes. Se establece también como categoría la reestructuración del trabajo y modificación de horarios. Como última categoría, podemos hacer mención a la asignación de un puesto vacante.

¹⁵⁹ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 136.

esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario". El mismo artículo agrega: "*La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades*".

Queda en evidencia que los únicos sujetos obligados por la referida norma son los empleadores, quedando fuera del ámbito de aplicación otros sujetos que pueden jugar un papel en la relación laboral, como las organizaciones de trabajadores o empleadores, los proveedores de formación u organismos profesionales, entre otros¹⁶⁰. Por otra parte, queda claro que el examen sobre la procedencia o improcedencia de los ajustes razonables es realizado según el caso concreto, o sea, de acuerdo a las características y necesidades individuales en un lugar y momento determinados, al igual que en el sistema de la CDPD.

Como hemos señalado anteriormente, el análisis de la institución de los ajustes razonables debe realizarse desde la perspectiva de los ajustes a perpetrar y la razonabilidad de los mismos. La doctrina y la jurisprudencia han entendido que la razonabilidad a la cual hace referencia la Directiva 2000/78/CE puede entenderse de tres maneras distintas¹⁶¹: desde la perspectiva de coste económico de las medidas y su carga para el empresario; desde la perspectiva de la efectividad de la medida; y desde la perspectiva de la efectividad de la medida en relación con la carga económica para el empresario.

Es importante hacer notar que la Directiva antes mencionada establece una excepción, indicando que los ajustes razonables deben realizarse por parte del empresario "*salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario*". El análisis sobre el exceso de carga para el empresario debe ser abordado casuísticamente, esto es, dependiendo de las características de cada empleador, determinando si la medida en ese caso concreto es o no excesiva¹⁶².

¹⁶⁰ WHITTLE, R.: *Op. cit.*, pág. 315.

¹⁶¹ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 139.

¹⁶² WHITTLE, R.: *Op. cit.*, pág. 312.

Evidentemente, la expresión “excesiva” es bastante vaga, y es precisamente por ello que la misma norma otorga criterios a fin de entender a qué se refiere la normativa con dicha expresión. En ese sentido, indica que la carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente por medio de medidas existentes en la política sobre discapacidades del Estado miembro. La falta de detalles guarda relación con la naturaleza jurídica de la Directiva, ya que constituye una exigencia mínima para los Estados miembros, pero que en el proceso de transposición de la misma, las garantías pueden ser ampliadas y mejoradas¹⁶³.

Según se desprende de la referida Directiva, los ajustes razonables deben realizarse tanto desde la perspectiva de la discriminación directa, como de la indirecta, y de no realizarse, se entenderá que estamos frente a un caso de discriminación por razón de discapacidad. Esto tiene por objeto asegurar un amplio alcance de aplicación de la Directiva -y su implementación legislativa- en los Estados miembros a fin de eliminar las barreras de acceso de las personas con discapacidad y lograr su plena inclusión en el ámbito del empleo y la ocupación.

En los casos de discriminación directa, la importancia radicarán en el conocimiento que tenga el empresario sobre la necesidad de efectuar los ajustes razonables y que aun así, estos no sean realizados. Es preciso hacer presente que la obligación sólo será procedente cuando la persona con discapacidad esté realmente capacitada para cumplir la función determinada, de lo contrario, no podrá reclamar este tipo de discriminación¹⁶⁴.

Ahora bien, respecto a la discriminación indirecta, los ajustes razonables se constituyen como una de las defensas que puede oponer un empresario frente a una hipótesis de discriminación indirecta, dicho en contrario, si existe la obligación y ésta no es realizada por el empresario, se entenderá que estamos frente a una discriminación indirecta, sin ser necesario el requisito del conocimiento o conciencia de la situación discriminatoria, como sí sucede en el caso de la discriminación directa¹⁶⁵.

¹⁶³ PÉREZ BUENO, L.C.: *Op. cit.*, pág. 167.

¹⁶⁴ WHITTLE, R.: *Op. cit.*, pág. 314.

¹⁶⁵ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 154.

3.1.9.3. TIPOS DE AJUSTES RAZONABLES

Si bien se habla en forma genérica sobre los ajustes razonables y éstos dependerán de las necesidades del caso concreto, es menester proceder al estudio de los tipos más comunes de medidas que puedan ser consideradas como tales.

Los ajustes razonables exigibles en el ámbito del empleo y la ocupación son posibles de clasificarse desde dos perspectivas distintas: por una parte aquellos relacionados con la adaptación de puestos de trabajo que ya existen en la empresa; y por otra, la asignación de un puesto vacante.

Respecto a los ajustes razonables referidos a la adaptación de puestos de trabajo que ya existen en la empresa, podemos hacer alusión a algunos ejemplos propios de la legislación norteamericana, como lo son los ajustes en las instalaciones, la alteración de los horarios de trabajo¹⁶⁶, las facilidades para asistir a rehabilitación, adquirir o modificar el equipamiento, modificar los procedimientos de evaluación, proveer apoyo especial, entre otros¹⁶⁷.

Por su parte, en relación a los ajustes que comportan la asignación de un puesto vacante, consisten, como su propio nombre lo dice, en la reserva de puestos de trabajo para discapacitados. Como se aprecia, este ajuste razonable no conlleva las modificaciones señaladas anteriormente, sino que exige la producción de un resultado concreto. Por lo mismo, la asignación de un puesto vacante es uno de los tipos de ajustes razonables más controvertidos, ya que se encuentra en el límite entre la figura de los ajustes razonables y la figura de las acciones positivas¹⁶⁸. Ello se debe a que la creación y asignación de un puesto vacante para una persona con discapacidad puede

¹⁶⁶ De forma ilustrativa, es preciso señalar que el TJUE en su sentencia de fecha 11 de abril de 2013, en asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11 caratulados HK Denmark (en representación de Ring y Skouboe) y Dinamarca, otorga ciertas luces acerca de casos concretos de ajustes razonables. En efecto, dicha sentencia señaló que el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse “*en el sentido de que la reducción del tiempo de trabajo puede constituir una de las medidas de ajuste a que se refiere dicho artículo. Corresponde al juez nacional apreciar si, en las circunstancias de los asuntos principales, la reducción del tiempo de trabajo como medida de ajuste supone una carga excesiva para el empleador*”.

¹⁶⁷ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 138.

¹⁶⁸ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 139.

constituirse como una medida desproporcionada que atenta contra los derechos de los restantes trabajadores¹⁶⁹.

3.2. IGUALDAD Y ACCIONES POSITIVAS

Con el objeto de comprender correctamente las *acciones positivas*, debemos recordar, como primer elemento, las dos vertientes del principio de la igualdad, a las cuales se hizo alusión en su epígrafe respectivo: la *igualdad formal*, y la *igualdad sustancial o material*¹⁷⁰.

Como se indicó oportunamente, la igualdad material, como objetivo a alcanzar, impone la exigencia a los poderes públicos de remover los obstáculos que la dificultan y promoverla activamente a través de la igualdad de oportunidades¹⁷¹. Lo anterior presenta dos manifestaciones distintas: el *derecho a no ser discriminado*, y la llamada a los poderes públicos para la implementación de *medidas de integración social y económica* (como es el caso de las *acciones positivas*). Estas manifestaciones distintas se deben a que ambas, por separado, no son suficientes para lograr una igualdad material o real. Así, dado que la prohibición de discriminación, por sí misma, no consigue una igualdad real, surge la necesidad de que los Estados promuevan políticas públicas de integración para lograrlo, denominado también *derecho desigual igualatorio*.

Lo anterior tiene sentido bajo el predicamento de que no resulta suficiente, en un Estado social y democrático de Derecho, exigir a los poderes públicos el reconocimiento y respeto de la paridad de trato, sino que se requiere que se adopten medidas para que la igualdad de oportunidades sea real y efectiva. Precisamente, esta nueva concepción de Estado intervencionista y protector -propio del *Welfare State*

¹⁶⁹ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 139.

¹⁷⁰ PEREZ DEL RÍO, T.: *Discriminación indirecta, acción positiva y transversalidad de género*. 2006. [online], pág. 4.

¹⁷¹ DE ASIS ROIG, R., CAMPOY CERVERA, I. y BENGOCHEA GIL, M.A.: *Op. cit.*, pág. 124.

presente en Europa desde la segunda mitad del siglo XX- tiene como fundamento principal el principio de igualdad material, condicionando así su funcionamiento¹⁷².

Se requiere entonces que las personas que forman parte de colectivos históricamente marginados sean impulsadas por medio de políticas públicas de promoción e integración a fin de lograr una real igualdad de oportunidades. La actuación estatal que se realiza en aras de la igualdad de oportunidades, pretende intervenir en la realidad social, buscando un equilibrio en los bienes y condiciones económicas y sociales, implicando, en ocasiones, una redistribución de los mismos en favor de quienes no están en condiciones de satisfacer sus propias necesidades¹⁷³.

Estas políticas de promoción e integración a las que se hace referencia pueden traducirse en tratamientos diferenciadores, que serán ajustados a Derecho en la medida en que cumplan con estándares de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad que los legitimen¹⁷⁴.

Podemos denominar genéricamente a dichos tratamientos diferenciadores como *tratos desiguales orientados hacia la igualdad material*, los cuales, a su turno, pueden clasificarse en *medidas de igualación positiva y acciones positivas*¹⁷⁵.

Las *medidas de igualación positiva* son tratos formalmente desiguales cuya finalidad es la igualdad entre ciudadanos considerados individualmente, basando la diferencia de trato en la situación de inferioridad derivada de rasgos determinados objetiva e individualmente¹⁷⁶. El estudio pormenorizado y exhaustivo de las medidas de igualación positiva excede las limitaciones propias de una investigación como la presente. Sin embargo, podemos señalar que de la mencionada definición es posible deducir las principales características de estas medidas: en primer lugar, que la

¹⁷² GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 47.

¹⁷³ DE ASIS ROIG, R., CAMPOY CERVERA, I. y BENGOCHEA GIL, M.A.: *Op. cit.*, pág. 124.

¹⁷⁴ DE ASIS ROIG, R., CAMPOY CERVERA, I. y BENGOCHEA GIL, M.A.: *Op. cit.*, págs. 132 y 133.

¹⁷⁵ GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa, cit.*, págs. 57 y 58.

¹⁷⁶ GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa, cit.*, pág. 58.

medida tiene como fundamento un rasgo individual que ocasiona la desigualdad material que se pretende compensar con la medida, y por otra parte, que el rasgo que determina la diferenciación es de carácter objetivo, indubitado e intemporal de inferioridad social¹⁷⁷. Podemos señalar como ejemplos las becas o la progresividad en los impuestos¹⁷⁸.

A diferencia de las medidas de igualación positiva, las *acciones positivas* pretenden invertir una situación de desigualdad de un colectivo determinado¹⁷⁹. En el caso de las acciones positivas, la inferioridad individual como rasgo diferenciador no tiene importancia, lo relevante es la pertenencia a un colectivo socialmente discriminado. En otras palabras, lo que se busca con las acciones positivas es lograr la igualdad material entre colectivos, favoreciendo a un colectivo socialmente marginado¹⁸⁰.

Siguiendo a GIMÉNEZ GLUCK, podemos conceptualizar las *acciones positivas* como *tratos formalmente desiguales que favorecen a determinados colectivos por poseer un rasgo diferenciador en común caracterizado por ser transparente e inmodificable y constituir cláusulas específicas de no discriminación*¹⁸¹. Por medio de esta institución que corrige desigualdades estructurales, no sólo se propone conseguir la igualdad de oportunidades, sino la igualdad de resultados, una igualdad real, por medio de un trato desigual compensador a favor de los colectivos históricamente desfavorecidos.

La institución de las acciones positivas es un tema bastante polémico, toda vez que, dependiendo de la intensidad de la medida, puede conllevar consecuencias dañosas para quienes no pertenecen al colectivo históricamente marginado, ocasionando un efecto adverso al que se pretendía en un inicio, infringiendo en definitiva la igualdad material.

¹⁷⁷ GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., pág. 58.

¹⁷⁸ GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., pág. 58.

¹⁷⁹ GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., pág. 58.

¹⁸⁰ GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., pág. 58.

¹⁸¹ GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., pág. 64.

Es importante analizar la regulación, tanto internacional como comunitaria de las acciones positivas (tanto general como específica del colectivo discapacitado), como también, los distintos tipos de acciones positivas y criterios de clasificación de las mismas a fin de obtener una panorámica general de la institución en cuestión.

3.2.1. REGULACIÓN NORMATIVA INTERNACIONAL Y COMUNITARIA DE LAS ACCIONES POSITIVAS

Si bien podemos encontrar los primeros antecedentes de las acciones positivas en la Constitución de la República India de 1950 en su política de reservas¹⁸², su desarrollo se produce a mediados del siglo pasado en Estados Unidos. El mencionado desarrollo consistió, como señalamos previamente, en la adopción de medidas especiales, de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad entre un colectivo históricamente discriminado y otro que no lo ha sido¹⁸³.

En el ámbito comunitario, la primera alusión a las acciones positivas fue en relación a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en específico, la Directiva 76/207/CE, de 9 de febrero de 1976, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales, y las condiciones de trabajo, previo a su modificación a través de la Directiva 2002/73/CE. La Directiva del año 1976 establecía explícitamente en su artículo 2.4 que las medidas encaminadas a corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres -a fin de promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres- se encontraban permitidas¹⁸⁴.

Dentro del derecho originario de la UE, la primera normativa que regula las acciones positivas también se encuentra relacionada con la igualdad de oportunidades entre

¹⁸² GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., págs. 15 y 16.

¹⁸³ PEREZ DEL RÍO, T.: *Op. cit.*, pág. 4.

¹⁸⁴ Medidas que hacen referencia al acceso al empleo, a la promoción, a la formación profesional y a las condiciones de trabajo.

hombres y mujeres. En efecto, el artículo 141.4 del TCCE¹⁸⁵, con el objeto de garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, estableció que los Estados miembros podrían adoptar y mantener medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado en una determinada actividad profesional, evitar o compensar dicha desventaja, situación que no vulneraría el principio de igualdad.

3.2.2. TIPOS DE ACCIONES POSITIVAS

Como primer paso para el estudio de las distintas clases de acciones positivas es necesario distinguir, como se señaló anteriormente, entre las *medidas de igualdad positiva* y las *acciones positivas*. La necesidad de realizar la mencionada diferenciación se debe a que es preciso determinar si una medida de trato desigual orientada a una igualdad material a favor de una persona con discapacidad se origina por la desventaja individual y objetiva que presenta esa persona determinada, o si la medida proviene de la circunstancia que la persona discapacitada pertenezca a dicho colectivo.

En el primer caso -que corresponde a una medida de igualdad positiva- al ser la condición inferior objetivamente demostrable, la adopción de la medida no presenta mayores dificultades, pudiendo adoptarse sin límites temporales¹⁸⁶. Ahora bien, en el segundo caso -o sea, en la hipótesis de las acciones positivas- su adopción por parte del Estado es más dificultosa, ya que se ve determinada sólo por la pertenencia a un colectivo marginado, siendo más discutible su procedencia.

Teniendo claridad sobre lo anterior, es preciso proceder al estudio de los distintos criterios de clasificación de las acciones positivas. A su respecto, es necesario advertir que existe una gran confusión conceptual sobre los distintos tipos de acciones positivas, sus denominaciones y sus criterios de diferenciación, no existiendo unanimidad doctrinal a su respecto. Sin perjuicio de ello, este trabajo pretende aludir

¹⁸⁵ Norma que ha sido secundada por el artículo 157.4 del TFUE.

¹⁸⁶ GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., págs. 71 y 72.

a los criterios de diferenciación y conceptualizaciones doctrinales que nos parecen más correctos y acertados.

Como primer criterio de clasificación de las acciones positivas, podemos señalar aquél que atiende a la intensidad de las consecuencias de su adopción frente a terceros, y podemos distinguir las siguientes categorías: las *acciones positivas moderadas* y las *medidas de discriminación inversa*¹⁸⁷.

Las *acciones positivas moderadas* son aquellas que benefician a los miembros de un colectivo históricamente desfavorecido que no influyen de forma directa en un proceso selectivo para favorecer a los miembros de dicho colectivo, sino que busca remover los obstáculos que impiden a los miembros del colectivo determinado llegar al proceso selectivo en igualdad de condiciones¹⁸⁸. En este caso, las medidas no son radicales, pretenden ubicar a las personas en un similar punto de partida, sin provocar mayores consecuencias a terceros que no pertenecen al colectivo históricamente discriminado.

Por su lado, las *medidas de discriminación inversa* son acciones positivas que consisten en cuotas reservadas a determinados grupos desfavorecidos en los procesos selectivos para acceder a bienes escasos de la sociedad (como es el caso de los puestos de trabajo o plazas universitarias)¹⁸⁹. Esta clase de acciones positivas provoca un directo menoscabo en las personas que no pertenecen al grupo protegido, ya que incide directamente en el proceso selectivo para el acceso al bien determinado¹⁹⁰. El caso más claro de medidas de discriminación inversa es el establecimiento de cuotas, que será analizado más adelante.

¹⁸⁷ GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., pág. 76.

¹⁸⁸ GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., págs. 76 y 77.

¹⁸⁹ GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., pág. 77.

¹⁹⁰ GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., pág. 78.

El sistema de cuotas, como medida de discriminación inversa, puede clasificarse en *cuotas rígidas* (denominada también *discriminación inversa en estado puro*) o *cuotas flexibles* (denominadas también como *discriminación inversa racionalizada*)¹⁹¹.

En las *cuotas rígidas*, sólo es relevante el establecimiento de una cuota determinada a favor de un colectivo desprotegido, sin importar otros factores (como la capacidad de la persona, la temporalidad de la medida o las consecuencias especialmente gravosas que produce a terceros)¹⁹². En estos casos, la justificación de la medida es bastante dudosa, y suele considerarse que no son apropiadas por carecer de la proporcionalidad necesaria.

En el caso de las *cuotas flexibles*, la pertenencia a un grupo históricamente discriminado es uno más de los factores a considerar, en otras palabras, es una modalidad menos estricta, pero precisamente por ello genera más debate sobre su procedencia, ya que sus límites son bastante difusos¹⁹³. En consecuencia, es el elemento de la rigidez el que determina la proporcionalidad de la medida, y consecuentemente su constitucionalidad¹⁹⁴.

Otro criterio de clasificación es aquel determinado por la finalidad de la medida adoptada. Así, es posible clasificar las acciones positivas en las *acciones positivas de objetivos* y *acciones positivas de resultados*¹⁹⁵. Las primeras tienen carácter promocional y apuntan al origen de la diferencia, esto es, a las condiciones de acceso a los derechos y al ejercicio de estos, con el objeto de lograr la igualdad de

¹⁹¹ GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., pág. 83.

¹⁹² GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., pág. 83.

¹⁹³ Un ejemplo de la falta de claridad que existe sobre la validez de las cuotas flexibles es la sentencia del TJUE de fecha 17 de octubre de 1995, en asunto Kalanke, C-450/93 (la cual será desarrollada más adelante). Si bien el caso trataba sobre cuotas flexibles (ya que se consideraba también la cualificación profesional para la promoción a un puesto de trabajo y no sólo el sexo), de existir igualdad en los restantes criterios de selección primaba la pertenencia al colectivo desprotegido, garantizándose la preferencia absoluta e incondicional a las mujeres. El TJUE consideró entonces que esa clase de cuotas flexibles excedía los límites de una medida de fomento de la igualdad de trato, constituyéndose como un mecanismo para instaurar un resultado determinado

¹⁹⁴ GIMÉNEZ GLUCK, D.: «Las medidas a favor de las personas con discapacidad y de las personas adultas mayores en España: ¿acciones positivas o medidas de igualdad positiva?», en SANTIAGO JUÁREZ, M. (coord.): *Acciones afirmativas*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 1ª edición, México, D.F., 2011, pág. 157.

¹⁹⁵ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 112.

oportunidades. Podemos señalar como ejemplo de acciones positivas de objetivos el caso de las subvenciones o bonificaciones para la contratación de personas con discapacidad¹⁹⁶. Las acciones positivas de resultados no sólo facilitan el acceso, sino que pretenden garantizar un determinado resultado, como es el caso de las cuotas o reservas de puestos de trabajo¹⁹⁷.

Es también posible clasificar estos instrumentos de integración entre *instrumentos de integración ordinaria* e *instrumentos de integración especial*¹⁹⁸. Los mecanismos de integración ordinaria son aquellos que han sido ideados para fomentar e incentivar la contratación de un colectivo históricamente discriminado, sin estar diseñados para un colectivo específico¹⁹⁹. Estos mecanismos funcionan influyendo en la oferta y demanda de empleo, combatiendo los prejuicios iniciales que tiene el mercado laboral respecto de colectivo determinado²⁰⁰.

En el caso de la discapacidad, la implementación de estas políticas públicas materializadas en acciones positivas persigue la normalización del colectivo de la discapacidad en mercado ordinario, facilitando su acceso al empleo. Dentro de esta clasificación podemos señalar como ejemplos: la colocación específica en el mercado laboral, las cuotas de reservas de empleo, incentivos económicos en la contratación, singularidades en la contratación, contratos específicos, reducción en las cotizaciones de la seguridad social, deducciones fiscales por la contratación de personas con discapacidad, entre otras²⁰¹.

Por otra parte, los mecanismos de integración especial son aquellos que están dirigidos específicamente a las personas con discapacidad, adaptando el mercado laboral a las características de este colectivo. Tienen por objeto superar las grandes barreras que el mercado laboral establece en relación a la igualdad de oportunidades, especialmente en el caso de las discapacidades más graves²⁰². Este tipo de acciones positivas son subsidiarias a los mecanismos de integración ordinarios, cumpliendo

¹⁹⁶ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 112.

¹⁹⁷ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, págs. 112 y 113.

¹⁹⁸ LAHERA FORTEZA, J.: *Op. cit.*, pág. 95.

¹⁹⁹ LAHERA FORTEZA, J.: *Op. cit.*, pág. 95.

²⁰⁰ LAHERA FORTEZA, J.: *Op. cit.*, pág. 95.

²⁰¹ LAHERA FORTEZA, J.: *Op. cit.*, págs. 95 y 96.

²⁰² LAHERA FORTEZA, J.: *Op. cit.*, pág. 97.

funciones cuando el mercado laboral ordinario no ha permitido el acceso a un puesto de trabajo²⁰³. Podemos señalar como ejemplo, el empleo protegido en Centros Especiales de Empleo²⁰⁴, incentivos económicos a dichos centros, deducciones fiscales para dichos centros, fórmulas atractivas de contratación mercantil con los mencionados centros, la colaboración específica, los contratos específicos, singularidades en la relación laboral, conexión entre el trabajo y procesos de rehabilitación de las personas con discapacidad, entre otros²⁰⁵.

3.2.3. ACCIONES POSITIVAS Y DISCAPACIDAD

Las acciones a favor de las personas con discapacidad -tanto las medidas de igualación positiva como las acciones positivas- cumplen una función especialmente relevante para la consecución de una igualdad material²⁰⁶. Ambas medidas son complementarias, y en el caso de las personas con discapacidad, es difícil determinar si los obstáculos en el acceso a los bienes (entendidos en el sentido amplio de la palabra) provienen de las características objetivas e individuales de una persona específica o se derivan de su pertenencia al colectivo de discapacitados²⁰⁷.

Concretamente -y con mayor razón en un modelo social de discapacidad- las acciones positivas se erigen como un mecanismo para facilitar el acceso de las personas con discapacidad al goce de sus derechos²⁰⁸, por ello, su implementación global, en principio, no es demasiado polémica.

El empleo y la ocupación son ámbitos esenciales para la integración de las personas con discapacidad en la sociedad, tanto en aspectos sociales, como económicos, ya que les permiten desarrollar una actividad profesional, tanto por cuenta propia, como

²⁰³ LAHERA FORTEZA, J.: *Op. cit.*, pág. 97.

²⁰⁴ GAZTELU SAN PÍO, C.: *Op. cit.*, pág. 307.

²⁰⁵ LAHERA FORTEZA, J.: *Op. cit.*, págs. 97 y 98.

²⁰⁶ GIMÉNEZ GLUCK, D.: «Las medidas a favor de las personas con discapacidad y de las personas adultas mayores en España: ¿acciones positivas o medidas de igualación positiva?», *cit.*, pág. 161.

²⁰⁷ GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, *cit.*, pág. 73.

²⁰⁸ GAZTELU SAN PÍO, C.: *Op. cit.*, pág. 304.

ajena, en aras a su plena integración social²⁰⁹. En virtud de ello, resulta fundamental que los Estados establezcan políticas públicas dirigidas a evitar la discriminación en el entorno laboral y favorecer la integración social, con el objeto de disminuir la exclusión de las personas con discapacidad²¹⁰.

Tal como en el epígrafe correspondiente se hizo alusión a la regulación internacional y comunitaria sobre las acciones positivas en términos generales, es ahora necesario proceder al estudio de la normativa internacional y comunitaria referente a las acciones positivas en el ámbito específico de la discapacidad.

La ONU, por medio del Programa de Acción Mundial para las personas con discapacidad del año 1982, enfoca la discapacidad desde la perspectiva de los derechos humanos, y propone a los Estados miembros adoptar políticas de integración de las personas con discapacidad al mercado laboral por medio diversas medidas de acción positiva, tales como planes de cuotas con incentivos, empleos reservados o designados, exenciones impositivas, empleo protegido, entre otras.

En el mismo sentido, el Convenio 159 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas del año 1983 señala, en su artículo 4, que las medidas positivas dirigidas a lograr una igualdad efectiva de oportunidades de las trabajadoras y trabajadores con discapacidad y el resto de los trabajadores no deben considerarse discriminatorias respecto de estos últimos.

Con posterioridad, las Normas uniformes de la ONU sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad del año 1993 -consistentes en 22 normas que resumen el Programa de Acción Mundial para las personas con discapacidad del año 1982 al cual se hizo referencia previamente- establecen el empleo como un aspecto previsto y necesario para la consecución de la igualdad de oportunidades. El artículo 7 de las referidas Normas señala que los Estados deben apoyar activamente la integración de las personas con discapacidad al mercado laboral, enumerando, a título meramente ejemplar, una serie de medidas de acción positiva que podrían lograr dicho objetivo, como es el caso de las cuotas basadas en

²⁰⁹ CABRA DE LUNA, M.A.: *Op. cit.*, pág. 31.

²¹⁰ GAZTELU SAN PÍO, C.: *Op. cit.*, pág. 305.

incentivos, el empleo reservado, las exenciones fiscales, por nombrar sólo algunas, y que se encontraban orientadas a la adaptación de los lugares de trabajo y desarrollo de nuevas tecnologías para facilitar el acceso y políticas de formación y colocación.

Por su parte, el tratamiento normativo de las acciones positivas en la CDPD es bastante singular, ya que no las regula de forma explícita para todos los ámbitos, como sí lo hace, por ejemplo, con los ajustes razonables. La CDPD señala en su artículo 5.4 que *“no se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”*. El tenor de la norma anteriormente citada permite asegurar que las acciones positivas no sean prohibidas por ser medidas desigualitarias. La singularidad que presenta la forma en que se plantea el artículo, es que éste no señala que las medidas específicas deban tener carácter temporal -como sí sucede de forma explícita en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer²¹¹ en su artículo 4.1 dedicado a este tema- lo cual deja abierta la puerta a que las acciones positivas puedan tener carácter permanente²¹².

Referente al ámbito del trabajo y el empleo, la CDPD señala en su artículo 27.1 letra h) que los Estados Parte deben promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado, por medio de la adopción de políticas y medidas que sean necesarias, dentro de las cuales señala expresamente la posibilidad de motivar programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas de tal naturaleza. Como queda en evidencia, la CDPD alude a las acciones positivas, pero otorga plena libertad a los Estados parte para la creación y diseño de las mismas según las necesidades y realidad de cada Estado.

En el ámbito comunitario, las políticas de integración laboral de los discapacitados han sido un objetivo social de especial relevancia, aunque han sido desarrollados con

²¹¹ Adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

²¹² CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 115; LAWSON, A.: *Op. cit.*, pág. 599.

mayor detención en la esfera estatal²¹³. Estas políticas de integración no son tan recientes como los mecanismos de tutela antidiscriminatoria a las cuales se ha hecho alusión previamente en el presente trabajo, sino que datan de la década de los '70 del siglo XX.

En efecto, las políticas de integración laboral de las personas con discapacidad se remontan al primer programa de acción comunitaria para la readaptación profesional de los minusválidos del año 1974²¹⁴. Ahora bien, como primer antecedente de la institución de las acciones positivas en el ámbito comunitario, podemos referir a la Recomendación del Consejo, de fecha 24 de julio de 1986, sobre el empleo de los minusválidos²¹⁵ en la Comunidad. Por medio del instrumento referido, se recomienda a los Estados miembros la intensificación de las políticas en favor de los minusválidos, tanto desde la perspectiva de las políticas antidiscriminatorias como por medio del establecimiento de acciones positivas en favor de éstos.

La Recomendación del Consejo antes mencionada hace referencia específica a dos clases de acciones positivas. Por una parte, la fijación de objetivos cuantificados realistas de empleo de personas minusválidas -o sea el establecimiento de cuotas²¹⁶- tanto en empresas públicas como privadas, cuando éstas tengan un mínimo de trabajadores, que, a modo ejemplar, lo sitúa entre 15 y 50 trabajadores. Por otra, el establecimiento de una guía o código de buen proceder aplicable a la contratación de minusválidos, la cual no sólo contenga las medidas que adopte cada Estado miembro, sino también el espíritu de la Recomendación.

La Directiva 2000/78/CE establece expresamente en su artículo 7 la institución de las acciones positivas, señalando en su apartado 1: *“Con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1”*. El apartado 2 del mismo artículo señala: *“Por lo que respecta a las*

²¹³ LAHERA FORTEZA, J.: «Acceso al Mercado Laboral y contratación de los discapacitados», en VALDÉS DAL-RÉ, F. (dir.) y LAHERA FORTEZA, J. (coord.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pág. 93.

²¹⁴ LAHERA FORTEZA, J.: *Op. cit.*, pág. 92.

²¹⁵ Expresión utilizada en toda la Recomendación y que alude a las personas con discapacidad.

²¹⁶ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 116.

personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral”.

No obstante ser un gran avance en favor de la promoción de la igualdad de oportunidades para el colectivo discapacitado en el ámbito laboral, la Directiva no obliga a los Estados a establecerlas, sino que sólo señala que su adopción no será contraria al principio de igualdad de trato.

Finalmente, podemos hacer alusión a la Estrategia Europea en Materia de Discapacidad 2010-2020, la cual, como se indicó en el epígrafe respectivo, tiene como finalidad facilitar el desarrollo de los derechos de las personas con discapacidad en la UE, buscando su plena inclusión social, suprimiendo las barreras que se presentan en su entorno por medio de la elaboración de políticas en distintos ámbitos de actuación, a saber, accesibilidad, participación, igualdad, empleo, educación y formación, protección social, sanidad y acción exterior.

En lo que aquí respecta, la mencionada Estrategia, se encuentra orientada a cumplir el compromiso adquirido con la CDPD suscrito tanto por la UE, como por sus miembros, y pretende aumentar el número de trabajadores con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo. A fin de alcanzar dicho objetivo, la actuación de la UE se compromete a apoyar y complementar los esfuerzos de los Estados miembro destinados a diversos objetivos. En primer término, la Estrategia busca analizar la situación de las personas con discapacidad en el mercado laboral, para luego luchar para evitar que las personas con discapacidad entren en la cultura de las prestaciones por discapacidad que les disuaden de entrar en el mercado laboral. Asimismo, la actuación de la UE pretende contribuir a la integración de las personas con discapacidad en el mercado laboral a través del Fondo Social Europeo, desarrollando políticas activas en el mercado del trabajo, mejorando la accesibilidad de los lugares de trabajo, el desarrollo de servicios de colocación profesional, estructuras de apoyo y la formación en el lugar de trabajo.

El aumento del número de trabajadores con discapacidad en el mercado de trabajo -al menos en la actualidad y en un futuro cercano- no es posible lograrlo sin la implementación activa de las acciones positivas, mecanismo imprescindible para una integración social y económica.

La trasposición de la Directiva 2000/78/CE junto con la implementación de las políticas de fomento del empleo de las personas con discapacidad derivadas de la Estrategia Europea en Materia de Discapacidad 2010-2020 ha sido bastante diversa²¹⁷, y, por lo mismo, resulta fundamental el estudio de la jurisprudencia del TJUE a fin de obtener criterios uniformes a su respecto aplicables a la UE en la actualidad y cómo deberían orientarse el establecimiento de tales criterios en el futuro.

La interpretación y el establecimiento de los alcances del tratamiento de las acciones positivas por razón de discapacidad en la UE por parte del TJUE es escasa, a diferencia de lo que sucede con la jurisprudencia del mismo tribunal sobre acciones positivas relativas al género, que es algo más desarrollada.

Respecto de la jurisprudencia del TJUE sobre acciones positivas relativas al género -y de acuerdo a los criterios de clasificación previamente señalados- es necesario analizar, en particular, el razonamiento del TJUE relacionado con las acciones positivas más intensas y por ende más discutidas, a saber, la implementación de un *sistema de cuotas de acceso*. El sistema de cuotas, al ser una medida de discriminación inversa que afecta directamente a terceros y que asegura un resultado determinado presenta mayores dificultades para su justificación, y por ello resulta

²¹⁷ El Derecho español no ha estado ajeno al establecimiento de las acciones positivas. El fundamento de las mismas se encuentra dado por el mandato constitucional del artículo 9.2 de la Constitución del Estado, en el sentido de que los poderes públicos deben promover la igualdad real de las personas, y precisamente ello es el objetivo de las acciones positivas. A su respecto, el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social define las medidas de acción positiva como “*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 esta materia, y como ejemplo de acciones positivas, surge el establecimiento de cuotas para los trabajadores con discapacidad, en otras palabras, se obliga a mantener una cuota determinada de trabajadores con discapacidad, lo cual ha sido plenamente acogido por el Tribunal Constitucional Español.

interesante revisar los criterios jurisprudenciales sobre su legitimidad existentes a nivel comunitario.

Previo al análisis de la jurisprudencia del TJUE, es preciso indicar que existe discrepancia acerca de si es o no posible hacer extensiva íntegramente al colectivo de la discapacidad la interpretación del mencionado tribunal en relación a las acciones positivas relativas al género. En principio, podríamos decir que ello no es posible, ya que del propio tenor de la Directiva 2000/78/CE queda en evidencia que el tratamiento de las acciones positivas en este último caso es distinto y específico²¹⁸ y debe atender a los factores especiales y propios del colectivo de la discapacidad²¹⁹. De todos modos, resulta ilustrativa la revisión de dicha jurisprudencia a fin de obtener ciertas luces acerca de los criterios del TJUE sobre la institución de las acciones positivas.

En primer término podemos hacer referencia a la sentencia del TJUE de fecha 17 de octubre de 1995, en asunto Kalanke, C-450/93. El caso trataba sobre dos personas (Sr. Kalanke y una mujer) que fueron seleccionados para la promoción a un puesto de gestión en el Departamento de parques de la ciudad de Bremen. Ambos trabajadores contaban con la misma cualificación profesional, pero se dio preferencia a la mujer, ya que la normativa aplicable²²⁰ señalaba que debía darse prioridad a la mujer en el acceso al empleo y en su promoción, en la medida que el colectivo femenino estuviese infrarepresentado²²¹ y los candidatos tuviesen la misma capacitación. El Sr. Kalanke recurrió ante los tribunales alemanes por dicha decisión, y luego, el órgano jurisdiccional alemán suspendió el procedimiento y planteó cuestiones prejudiciales ante el TJUE. Nos encontramos así en un régimen de cuotas flexible que depende de la aptitud de los candidatos, existiendo preferencia sólo en la medida en que los candidatos tengan la misma capacitación. El TJUE señaló en su sentencia que la normativa alemana se oponía a la Directiva 76/207/CE. Indicó que una normativa que garantiza la preferencia absoluta e incondicional a las mujeres excede los límites de

²¹⁸ WHITTLE, R.: *Op. cit.*, pág. 319.

²¹⁹ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 120.

²²⁰ Ley de Land de Bremen relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Función Pública.

²²¹ Se considera que existe infrarepresentación cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos en los distintos grados de la categoría de personal de que se trata y sucede lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama respectivo.

una medida de fomento de la igualdad de trato, constituyéndose como un mecanismo para instaurar un resultado determinado²²².

Podemos también hacer referencia a la sentencia del TJUE de fecha 11 de noviembre de 1997, en asunto Marschall C-409/95. El caso trataba sobre el profesor de una escuela integral (Sr. Marschall) que postuló a una promoción en su trabajo. Frente a ello, la autoridad del Distrito le indicó que tenían la intención de nombrar a una mujer, toda vez que había una candidata con iguales cualificaciones, y que las mujeres se encontraban menos representadas que los hombres en el puesto al que postulaba. Frente a lo anterior, el Sr. Marschall recurrió a los tribunales alemanes, los cuales plantearon cuestiones prejudiciales ante el TJUE, el que, en términos generales, mantuvo la doctrina del asunto Kalanke. No obstante ello, el caso concreto presentaba ciertas diferencias con el caso Kalanke, ya que la preferencia del colectivo femenino no era absoluta, sino que permitía un análisis más acucioso y completo que diera lugar a que fuese el hombre quien lograra la promoción, o sea, posibilitaba que la balanza se inclinara a su favor²²³. Es precisamente por ello que el TJUE consideró que la normativa aplicable no se oponía al contenido de la Directiva 76/207/CE.

Es posible entender que la interpretación del TJUE dirigida a filtrar el alcance de las medidas de acción positiva de resultado²²⁴ -como es el establecimiento de cuotas de contratación o promoción- proviene de la idea de que tales medidas producen más perjuicios que beneficios a los colectivos históricamente discriminados²²⁵. Lo anterior no significa que todas las acciones positivas sean contrarias al Derecho comunitario, sino que sólo lo serán aquellas que por su intensidad pasen a ser medidas de discriminación inversa²²⁶, en especial las cuotas rígidas y algunos casos de cuotas flexibles que generen conflicto entre la igualdad formal y la igualdad material²²⁷.

²²² CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 117.

²²³ BALLESTER PASTOR, M.A.: «La lucha contra la discriminación en la Unión Europea», *cit.*, pág. 223.

²²⁴ Situación que no se produce con las acciones positivas de objetivos, que se encuentran permitidas en términos generales.

²²⁵ BALLESTER PASTOR, M.A.: «La lucha contra la discriminación en la Unión Europea», *cit.*, pág. 222.

²²⁶ BALLESTER PASTOR, M.A.: «La lucha contra la discriminación en la Unión Europea», *cit.*, pág. 222.

²²⁷ GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, *cit.*, pág. 130.

De las referidas sentencias es posible deducir que un sistema de cuotas flexible en favor del colectivo femenino -tanto en relación al acceso como a la promoción en el trabajo- no sería contrario al Derecho comunitario en la medida en que no tenga el carácter de absoluto e incondicional, permitiendo que en ciertas hipótesis la decisión sea favorable al género masculino (o al colectivo que esté excluido de la preferencia), respetando la vertiente individual del caso concreto²²⁸.

En el ámbito del empleo privado, la implementación de acciones positivas de resultado -al limitar excesivamente la libertad de empresa en una economía de mercado como la actual- podrían transformarse en medidas contrarias a la igualdad material, incumpliendo su objetivo de mejorar las condiciones de acceso y promoción en el empleo²²⁹.

Ahora bien, las consecuencias que genera el establecimiento de este tipo de medidas no obsta a que sea necesario tener presente la dimensión social del fenómeno, y no centrarse exclusivamente en las consecuencias desfavorables para quienes no pertenecen al colectivo históricamente marginado y para la libertad empresarial²³⁰. Es precisamente dicha dimensión social la que influye en la determinación de la legitimidad de la adopción de las acciones positivas en aras de la igualdad material, por sobre todo en el ámbito del empleo, que repercute en otras facetas de la vida de las personas discapacitadas.

Surge entonces la necesidad de establecer parámetros más concretos que otorguen luces sobre la constitucionalidad y consecuente legitimidad de las acciones positivas, que no sean tan generales y abstractas como la doctrina del TJUE y que busquen un justo equilibrio entre la dimensión social del fenómeno de la discapacidad en el empleo, la libertad empresarial y las consecuencias dañosas provocadas a las personas que no pertenecen al colectivo discapacitado, en aras de la integración laboral de las personas con discapacidad.

²²⁸ BALLESTER PASTOR, M.A.: «La lucha contra la discriminación en la Unión Europea», *cit.*, pág. 223.

²²⁹ SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Empleo privado e igualdad por razón de sexo tras la Ley Orgánica de igualdad efectiva de mujeres y hombres», en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, núm. 9, 2009. Pág. 43.

²³⁰ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 130.

En nuestra opinión, y siguiendo las expresiones de GIMÉNEZ GLUCK y CORDERO GORDILLO, para que un sistema de cuotas no sea contrario a Derecho (o sea, supere el juicio de los criterios de finalidad, proporcionalidad y consecuencias jurídicas de la diferencia de trato)²³¹ se requiere la presencia de las siguientes características²³².

En primer lugar, no debe haber una excesiva diferencia entre la cualificación de los miembros del colectivo históricamente discriminado que acceden a un bien determinado y aquellos que no pertenecen a dicho grupo que no logran el acceso al bien en virtud de la reserva de la cuota²³³. Este elemento es fundamental, y es aplicable tanto en el ámbito del empleo público como en el privado²³⁴. La cualificación profesional permite aminorar los efectos nocivos de la medida tanto en relación con la libertad empresarial como respecto de los terceros no pertenecientes al grupo, evitando que la medida sea contraria a la igualdad material y que genere consecuencias más perjudiciales para el colectivo discapacitado.

En segundo lugar, es preciso demostrar que los miembros del grupo beneficiario de la cuota permanecen sometidos a una probada discriminación en el sector en que se aplica la cuota²³⁵, justificando la medida²³⁶. Este elemento guarda relación con la proporcionalidad de la medida, toda vez que si en los hechos no existe una discriminación contra el colectivo discapacitado en un área determinada del empleo, la medida es desproporcionada, contrariando la igualdad material.

En tercer lugar se requiere el establecimiento de objetivos flexibles ajustados a expectativas reales de no discriminación del colectivo beneficiado en el sector

²³¹ GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., pág. 213.

²³² GIMÉNEZ GLUCK, D.: «Las medidas a favor de las personas con discapacidad y de las personas adultas mayores en España: ¿acciones positivas o medidas de igualación positiva?», cit., pág. 157.

²³³ GIMÉNEZ GLUCK, D.: «Las medidas a favor de las personas con discapacidad y de las personas adultas mayores en España: ¿acciones positivas o medidas de igualación positiva?», cit., pág. 157.

²³⁴ CORDERO GORDILLO, V.: *Op. cit.*, pág. 132.

²³⁵ Este requisito es relevante en materia de empleo. La determinación de la discriminación del colectivo debe realizarse tanto en atención al mercado de trabajo en general como respecto del sector específico en que se reserva la cuota.

²³⁶ GIMÉNEZ GLUCK, D.: «Las medidas a favor de las personas con discapacidad y de las personas adultas mayores en España: ¿acciones positivas o medidas de igualación positiva?», cit., pág. 158.

concreto en que se aplican las cuotas²³⁷. Este elemento guarda relación con la laxitud en la implementación de las medidas y la determinación de sus objetivos, los cuales deben ser alcanzables. Esta flexibilidad se relaciona con la temporalidad de la medida, cuya determinación dependerá de las características específicas de la empresa o entidad en que se implementa el sistema de cuotas. Este criterio determinará también la proporcionalidad de la medida adoptada, y por ende, su legitimación, ya que no es posible aceptar la legitimidad de un sistema de cuotas con una temporalidad indefinida, por ser una discriminación no amparada por el Derecho.

Finalmente, y como corolario de los elementos anteriores, se requiere que el daño a terceros no sea especialmente gravoso²³⁸ (como es el caso de despidos)²³⁹, que guarda íntima relación con las tres características antes señaladas, ya que la falta de cualquiera de ellas conlleva precisamente un resultado especialmente gravoso para quienes no forman parte del colectivo discriminado. De ser así, la medida se torna discriminatoria y vulneratoria del Derecho, incumpliendo su objetivo de lograr la igualdad material.

²³⁷ GIMÉNEZ GLUCK, D.: «Las medidas a favor de las personas con discapacidad y de las personas adultas mayores en España: ¿acciones positivas o medidas de igualación positiva?», *cit.*, pág. 158.

²³⁸ GIMÉNEZ GLUCK, D.: «Las medidas a favor de las personas con discapacidad y de las personas adultas mayores en España: ¿acciones positivas o medidas de igualación positiva?», *cit.*, pág. 158.

²³⁹ GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, *cit.*, pág. 83.

CONCLUSIONES

El colectivo de la discapacidad ha sido históricamente relegado del ámbito laboral, pero -a no dudarlo- la discapacidad en el ámbito del empleo y de la ocupación es un fenómeno que debe ser abordado. Ello no es una tarea sencilla porque supone enfrentar una serie de prejuicios y estereotipos presentes en la sociedad que impiden una plena integración del referido colectivo en el mercado laboral.

Debido a lo anterior, la promoción del desarrollo de las personas con discapacidad por medio de políticas legislativas específicas en el ámbito laboral es fundamental, y una pieza clave para su autonomía e integración a la sociedad. Lo anterior no otorga beneficios sólo a las personas con discapacidad, sino también al empleador y a la sociedad en su conjunto.

La forma de afrontar esta exclusión en el ámbito laboral depende, en gran medida, del modelo teórico de discapacidad aplicable en un lugar y momento determinado, toda vez que la adopción de cada modelo determinará una específica orientación de las políticas públicas y normativas que tratan la discapacidad.

El modelo social -vigente en la actualidad junto con algunos aspectos del modelo médico- entiende la discapacidad desde una perspectiva inclusiva e integradora y, como tal, promueve y garantiza los derechos de las personas con discapacidad. Los fundamentos del modelo social de la discapacidad deben tenerse presente al momento

de estudiar las políticas públicas y la normativa que regula el fenómeno de la discapacidad: es el prisma por el que deben ser creadas e interpretadas. Este nuevo paradigma debe estar presente de forma transversal en la adopción de nueva normativa y programas de promoción de las personas con discapacidad, como asimismo en la revisión de la normativa vigente.

El desarrollo del modelo social de la discapacidad ha generado importantes consecuencias normativas, doctrinales y jurisprudenciales. La normativa internacional, europea y comunitaria a la cual se ha hecho referencia en la presente investigación, contiene objetivos precisos, estableciendo medidas que, en principio, parecen ser necesarias y adecuadas para la consecución de los objetivos, adaptando progresivamente, las normativas estatales al modelo social de la discapacidad.

Desde la perspectiva de un modelo social de discapacidad -y tal como ha sido adoptado en la normativa aplicable- los mecanismos que se han creado para combatir la baja empleabilidad de las personas con discapacidad son básicamente dos: las políticas antidiscriminatorias y las políticas de integración. Ambos mecanismos se relacionan estrechamente con la búsqueda de la igualdad material, categoría centrada en el resultado igualitario.

En relación a la implementación de medidas antidiscriminatorias, la importancia de su establecimiento en el ámbito de la discapacidad en el empleo y la ocupación, radica en que éstas deben ser la base normativa de todo ordenamiento jurídico, el cual debe contener mecanismos eficaces para su cumplimiento, tanto en términos de contenido claro y concreto de normativas, como asimismo en términos de recursos eficaces de tutela jurisdiccional. Precisamente, la base legal de dichas medidas es la prohibición de discriminación por razón de discapacidad como derecho individual, elemento esencial de la igualdad real, y que ha sido objeto del presente trabajo de investigación.

Es preciso destacar -como ha quedado en evidencia a lo largo del desarrollo del presente trabajo- que la prohibición de discriminación como derecho individual proviene del desarrollo realizado desde los años '70 del siglo XX por la doctrina y jurisprudencia anglosajona. Gracias al extenso avance antes mencionado, ha sido

posible la construcción de distintas categorías jurídicas propias del derecho a no ser discriminado que han permitido extender el ámbito de protección de las políticas.

Sin perjuicio del extenso desarrollo del derecho a no ser discriminado del Derecho anglosajón, la adopción de las mismas en el Derecho comunitario es bastante reciente. En efecto, en materia de discapacidad, la plasmación normativa del mencionado derecho sólo surge con la entrada en vigencia de la Directiva 2000/78/CE, esto es, a inicios del siglo XXI. El retraso en el tratamiento normativo de la igualdad de trato en la esfera de la discapacidad en la UE ha traído como consecuencia que las construcciones jurisprudenciales por parte del TJUE estén también en una etapa todavía muy primitiva. Es menester destacar que junto con ser escasa la jurisprudencia, ésta ha limitado el alcance de la Directiva 2000/78/CE en materia de discapacidad, excluyendo del “concepto de discapacidad” -para los efectos de la protección de la Directiva- las hipótesis de enfermedad o la incapacidad de gestar un hijo.

La implementación de la Directiva 2000/78/CE y la CDPD -entendiéndolos como instrumentos normativos que han permitido sentar las bases de una tutela antidiscriminatoria en miras a una igualdad de oportunidades efectiva, en especial en el ámbito del empleo y la ocupación- es un gran avance hacia el desarrollo del modelo social de la discapacidad en el ámbito comunitario, siendo fundamental para la autonomía y el pleno goce de los derechos de las personas con discapacidad. Ahora bien, en el caso de la CDPD, los mecanismos para garantizar la adaptación de las legislaciones internas a su contenido resultan insuficientes, ya que el compromiso mínimo que asumen los Estados al ratificar la CDPD es la presentación de informes de forma periódica, siendo necesario -a más de 7 años de su aprobación- la adopción de medidas de mayor intensidad.

Como ha quedado claro en el presente trabajo de investigación, la protección del colectivo discapacitado en el ámbito del empleo y la ocupación tiene características propias, que la diferencian de las necesidades de otros colectivos históricamente desfavorecidos, como es el caso del género o la edad. En efecto, la protección en la UE de igualdad de trato es bastante más intensa en el caso de las discriminaciones por razón de sexo. De este modo, se reducen al mínimo las excepciones permitidas a

conductas aparentemente discriminatorias, circunscribiéndolas de forma exclusiva al acceso al empleo, proscribiendo cualquier discriminación por razón de sexo en los restantes ámbitos de la relación laboral (como es el caso de las remuneraciones o despidos). Ello se une a la circunstancia de que la discriminación por razón de sexo ha sido desarrollada con bastante más profundidad en la jurisprudencia comunitaria, complementándose así la normativa y determinado su alcance. Por su parte, la prohibición de las diferencias de trato por razón de edad cuenta con una protección de menor intensidad que el caso del colectivo de la discapacidad, permitiendo mayores hipótesis de excepción.

En el ámbito conceptual del derecho a no ser discriminado, la adopción por parte de la UE de la discriminación indirecta ha sido uno de los grandes avances en el desarrollo del mencionado derecho y es de las pocas medidas que tiene más desarrollo jurisprudencial y normativo en la mencionada esfera. Esta clase de discriminación ha permitido eliminar barreras de acceso al ámbito laboral propias del lugar de trabajo o características de la función determinada, ampliando la protección a supuestos en los que la intencionalidad del sujeto activo deja de ser relevante, y empieza así a adquirir importancia el resultado discriminatorio.

Lo anterior es importante porque hoy son cada vez menos comunes las discriminaciones directas en términos ostensibles, de forma tal que es necesario establecer mecanismos de protección a casos más solapados de discriminación, y por ende más difíciles de detectar, como es el caso de la discriminación directa encubierta o la discriminación indirecta.

Otro claro ejemplo de las novedosas categorías jurídicas del derecho a no ser discriminado que ha empezado a desarrollarse en Europa es la discriminación por asociación, derivada de la sentencia del TJUE en el “caso Coleman”. La mencionada sentencia es de especial relevancia, porque intenta proteger la esfera más íntima en términos de relaciones de personas y cuidados de las personas con discapacidad en casos de acoso o discriminación directa, incorporando el cuidado familiar al ámbito de la protección comunitaria, pero dejando dudas acerca de su aplicación en materia de discriminación indirecta.

Si bien el pronunciamiento del TJUE en el “caso Coleman” ha sido un progreso importante en la materia, la jurisprudencia sobre discriminación por discapacidad en general es bastante escasa, y se mantienen múltiples interrogantes sobre su alcance, tanto respecto de la discriminación indirecta como en la adopción de ajustes razonables y acciones positivas.

Un importante mecanismo antidiscriminatorio originado en el sistema anglosajón son los ajustes razonables, los cuales forman parte medular del modelo social de la discapacidad, permitiendo el pleno goce de los derechos de las personas con discapacidad, la participación plena de éstos en la sociedad y su integración en el ámbito laboral.

Ahora bien, y como es la tónica del derecho a la no discriminación y sus distintas categorías que han sido analizadas en la presente investigación, su establecimiento en Europa es tan reciente que su desarrollo normativo y jurisprudencial es extremadamente escaso. Ello tiene como consecuencia que elementos tan esenciales como lo es, por ejemplo, la razonabilidad de la medida, no haya sido, a la fecha, desarrollado con suficiente contundencia a nivel europeo como para establecer un marco más definido sobre los ajustes razonables.

No obstante el gran avance que suponen los instrumentos antes señalados, la experiencia anglosajona (principalmente la norteamericana) demuestra que el establecimiento de la prohibición de discriminar como derecho, por sí mismo, no es suficiente, al menos en el ámbito del empleo. Lo anterior se debe al carácter individualista del modelo antidiscriminatorio que no permite afrontar la situación de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación desde una perspectiva más acogedora y protectora.

En ese contexto, el mecanismo para suplir las deficiencias del modelo norteamericano es la adopción de medidas de integración, a través de medidas de acción positiva que complementen la prohibición de discriminación, eliminando situaciones de desigualdad en el ámbito del empleo y la ocupación en aras de la consecución de una igualdad real.

Ahora bien, la implementación de acciones positivas en favor del colectivo discapacitado no es una tarea sencilla, dada su intromisión en esferas propias de la libertad empresarial e individual, en especial los casos de discriminación inversa y acciones positivas de resultados, que pueden llegar a producir resultados indeseados respecto del colectivo. Los mecanismos de integración laboral más intensos, como es el caso de las cuotas de acceso, no pueden establecerse en términos absolutos. Precisamente, el TJUE ha señalado -en relación al sistema de cuotas en favor del colectivo femenino- que dicho sistema no puede ser establecido en términos absolutos e incondicionales, porque en el evento de serlo, sería contrario al Derecho comunitario.

Por lo anterior es necesario realizar una construcción argumental por parte de la doctrina que limite las acciones positivas, estableciendo criterios para determinar si la medida es o no contraria a Derecho. Tales criterios deben estar relacionados con la finalidad, la proporcionalidad y los efectos jurídicos que la diferencia de trato ocasiona a terceros que no forman parte del colectivo discapacitado, siendo imprescindible su desarrollo por parte del TJUE para aclarar sus límites y alcances, tarea que hoy se encuentra pendiente.

Queda claro que la respuesta a la exclusión del colectivo discapacitado es la combinación entre el derecho a no ser discriminado y la adopción de acciones positivas. El problema radica, en parte, en que la normativa internacional y comunitaria sobre el particular es bastante débil principalmente frente a las acciones positivas (ya que sólo indica que no constituyen una vulneración al principio de igualdad). La sola entrada en vigencia de la normativa pertinente es insuficiente y limitada en relación a las reales necesidades del colectivo discapacitado.

A lo anterior se agrega que el desarrollo de mecanismos de integración ha sido relegado al ámbito estatal, lo cual produce grandes diferencias en su tratamiento entre un Estado y otro. Pero el problema, más que en el diseño normativo, se encuentra en el proceso de aplicación de los requerimientos de los instrumentos internacionales a las legislaciones internas, instancia en la que surgen innumerables barreras que tornan difícil su aplicación práctica en la plenitud que el espíritu de la norma desearía.

Como consecuencia de lo anterior, surge la necesidad de adoptar dichas medidas con mayor profundidad a escala europea, siendo primordial el aumento en el desarrollo y dotación de contenido concreto de la normativa por parte del TJUE.

BIBLIOGRAFÍA

- AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011.
- ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Ed Aranzadi, 3ª edición. Pamplona, 2012.
- ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Civitas, 26ª edición, Madrid, 2009.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: *Programa de acción mundial para las personas con discapacidad* (Documento A/37/51). Aprobado por Resolución 37/52 de 3 de diciembre de 1982.
- BALLESTER PASTOR, M.A.: «El principio comunitario de igualdad de trato por razón de origen racial o étnico», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006, págs. 33-65.
- BALLESTER PASTOR, M.A.: «La lucha contra la discriminación en la Unión Europea», en *Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración*, núm. 92, 2011, págs. 207-255.
- BARNES, C.: «A working social model? Disability, work and disability politics in the 21 st century», en *Critical Social Policy*, núm. 20, 2000, págs. 441-457.
- CAAMAÑO ROJO, E.: «La discriminación laboral indirecta», en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 12, núm. 2, 2001, págs. 67-81.
- CABRA DE LUNA, M.A.: «Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una

- nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 50, 2004, págs. 21-46.
- CÁCERES RODRÍGUEZ, C.: «Sobre el concepto de discapacidad. Una revisión de las propuestas de la OMS», en *Auditio: Revista electrónica de audiolología*, vol. 2, núm. 3, 2004, págs. 74-77.
 - CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra 3 igualdad, 2007, págs. 77-120.
 - CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado del trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
 - DE ASIS ROIG, R., CAMPOY CERVERA, I. y BENGOCHEA GIL, M.A.: «Derecho a la igualdad y a la diferencia: Análisis de los principios de no discriminación, diversidad y acción positiva», en DE LORENZO GARCÍA, R. (dir.) y PÉREZ BUENO, L.C. (dir.): *Tratado sobre discapacidad*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 115-141.
 - DE LORENZO GARCÍA, R. y PALACIOS RIZZO, A.: «Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional», en LAORDEN FERRERA, J. (dir.) y TERREROS CHACÓN, J.L. (coord.): *Los Derechos de las Personas con Discapacidad*, vol. 1, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 3-123.
 - DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *Sistema de Derechos Fundamentales*, Ed. Aranzadi, 4ª edición, Pamplona, 2013.
 - FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C.: «Los Derechos de las Personas con Discapacidad», en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI,

- C. (dir.): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ed. Dilex, 4ª edición, Madrid, 2011, págs. 475-496.
- GARCÍA QUIÑONES, J.C.: «El concepto jurídico laboral de discapacitado», en VALDÉS DAL-RÉ, F. (dir.) y LAHERA FORTEZA, J. (coord.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, págs. 27-87.
 - GAZTELU SAN PÍO, C.: «Acción positiva, acceso y ajustes razonables para personas con discapacidad en el entorno laboral», en PÉREZ BUENO, L.C. (dir.) y ÁLVAREZ RAMÍREZ, G.E. (coord.): *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, Ed. Cinca, Madrid, 2012, págs. 303-323.
 - GIMÉNEZ GLUCK, D.: «Las medidas a favor de las personas con discapacidad y de las personas adultas mayores en España: ¿acciones positivas o medidas de igualación positiva?», en SANTIAGO JUÁREZ, M. (coord.): *Acciones afirmativas*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 1ª edición, México, D.F., 2011, págs. 153-176.
 - GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
 - GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B.: «Derecho a la no discriminación y enfermedad del trabajador: sentencia TC 62/2008, de 26 de mayo de 2008», en GARCÍA MURCIA, J. (dir.) *Derechos del Trabajador y Libertad de Empresa. 20 casos de Jurisprudencia Constitucional*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2013, págs. 215-232.
 - LAWSON, A.: «The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?», en *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 34, núm. 2, 2007, págs. 563-619.

- LAHERA FORTEZA, J.: «Acceso al Mercado Laboral y contratación de los discapacitados», en VALDÉS DAL-REÍ, F. (dir.) y LAHERA FORTEZA, J. (coord.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, págs. 89-140.

- MUÑOZ RUIZ, A.B.: «El Caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la unión europea y su extensión a los cuidadores», en *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 101, 2009, págs. 321-339.

- NOGUEIRA GUSTAVINO, M.: «La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 73, 2008, págs. 171-204.

- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*, Publicaciones OMS, Mayo, 2001.

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

- PALACIOS RIZZO, A. y BARIFFI, F.: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ed. Cinca, Madrid, 2007.

- PÉREZ BUENO, L.C.: «La configuración jurídica de los ajustes razonables», en PÉREZ BUENO, L.C. (dir.) y ÁLVAREZ RAMÍREZ, G.E. (coord.): *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, Ed. Cinca, Madrid, 2012, págs. 159-183.

- PELÁEZ NARVÁEZ, A.: «La no discriminación de las mujeres y niñas con discapacidad en la Convención internacional sobre los derechos de las personas

- con discapacidad», en PÉREZ BUENO, L.C. (dir.) y ÁLVAREZ RAMÍREZ, G.E. (coord.): *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, Ed. Cinca, Madrid, 2012, págs. 227-247.
- PEREZ DEL RÍO, T.: *Discriminación indirecta, acción positiva y transversalidad de género*. 2006. [online]. Disponible en la World Wide Web: < http://www.amit-es.org/assets/files/publi/teresa_%20perez_2006.pdf> [citado 17 Noviembre 2013].
 - 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.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, págs. 205-245.
 - RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: «Igualdad y no discriminación en el empleo», en *Revista Derecho y Conocimiento*, vol. 1, 2001, págs. 463-488.
 - RUIZ CASTILLO, M.: *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Ed. Bomarzo, 1ª edición, Albacete, 2013.
 - SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Empleo privado e igualdad por razón de sexo tras la Ley Orgánica de igualdad efectiva de mujeres y hombres», en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, núm. 9, 2009, págs. 33-60.
 - SASTRE CAMPO, A.: «La no discriminación de las personas con discapacidad en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», en PÉREZ BUENO, L.C. (dir.) y ÁLVAREZ RAMÍREZ, G.E. (coord.): *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, Ed. Cinca, Madrid, 2012, págs. 77-94.
 - VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos», en VALDÉS DAL-RÉ, F. (dir.) y LAHERA FORTEZA, J.

(coord.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, págs. 365-386.

- WHITTLE, R.: «The Framework Directive for equal treatment in employment and occupation: an analysis from a disability rights perspective», en *European Law Review*, vol. 27, núm. 3, 2002, págs. 303-326.

JURISPRUDENCIA CITADA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- STEDH de fecha 9 de junio de 2009, asunto 33401/89, Opuz con Turquía.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de fecha 31 de marzo de 1981, asunto C-96/80, J.P. Jenkins.
- STJUE de fecha 13 de mayo de 1986, asunto C-170/84, Bilka.
- STJUE de fecha 27 de octubre de 1993, asunto C-127/92, Enderby.
- STJUE de fecha 17 de octubre de 1995, asunto C-450/93, Kalanke.
- STJUE de fecha 11 de noviembre de 1997, asunto C-409/95, Marschall.
- STJUE de fecha 26 de octubre de 1999, asunto C-273/97, Sirdar.
- STJUE de fecha 11 de enero de 2000, asunto C-285/98, Kreil.
- STJUE de fecha 11 de julio de 2006, asunto C-12/05, Chacón Navas.
- STJUE de fecha 16 de octubre de 2007, asunto C-411/05, Palacios de la Villa.
- STJUE de fecha 17 de julio de 2008, asunto C-303/06, Coleman.
- STJUE de fecha 10 de enero de 2010, asunto C-555/07, Küçükdeveci.
- STJUE de fecha 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, HK Denmark.
- STJUE de fecha 18 de marzo de 2014, asunto C-363/12, Z.

CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS

- Sentencia de Corte Suprema de Estados Unidos de fecha 8 de marzo de 1971, asunto 401 U.S. 424 (1971), Griggs vs. Duke Power Co.