

# **La discapacidad en un ordenamiento multinivel de los derechos<sup>1</sup>**

## ***Disability in a multi-level order of rights***

**María Dolores CABELLO FERNÁNDEZ**

Universidad de Málaga (España)  
cabello@uma.es

Recepción: Julio 2019  
Aceptación: Octubre 2019

### **RESUMEN**

El presente trabajo analiza la protección de la discapacidad en un ordenamiento multinivel. Partiendo de la actual configuración del ordenamiento jurídico donde confluyen normas que proceden de distintos centros con capacidad normativa, se ha abordado la protección de la discapacidad en el derecho internacional, el derecho de la Unión Europea, y el derecho interno. Igualmente hemos tenido la oportunidad de analizar la jurisprudencia tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como del Tribunal Constitucional, así como la doctrina del Consejo de Estado, concluyendo que la regulación de la discapacidad gira en torno a dos objetivos básicos, igualdad de oportunidades e inclusión. Y, finalmente, recogiendo alternativas de redacción para la reforma del art. 49 de la Constitución.

**Palabras clave:** ordenamiento multinivel, Constitución, igualdad de oportunidades, discapacidad.

**Clasificación JEL:** K49.

## ABSTRACT

The present work analyzes the protection of disability in a multilevel order. Based on the current configuration of the legal system where standards come from different centers with regulatory capacity, the protection of disability in international law, European Union law and domestic law has been addressed. We have also had the opportunity to analyze the jurisprudence of both the Court of Justice of the European Union and the Constitutional Court, as well as the doctrine of the State Council, concluding that the regulation of disability revolves around two basic objectives, equal opportunities and inclusion. And, finally, proposing a possible reform of the Constitution giving a new wording to art. 49 of the Spanish Constitution.

**Keywords:** multilevel ordering, Constitution, equality of opportunities, disability.

**JEL Classification:** K49.



## 1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo analizamos el tratamiento jurídico de la discapacidad<sup>2</sup> desde el punto de vista de un ordenamiento multinivel. Veremos cómo se imbrican los distintos ordenamientos que operan en su ámbito de producción normativa legítima, pero que se interrelacionan ofreciendo una protección que deriva desde el nivel internacional, pasando por la Unión Europea, y aplicándose en el ordenamiento interno. Veremos también, el concepto de discapacidad y su evolución jurídica desde el modelo médico al modelo social, donde se ha producido un importante cambio valorativo al abandonar la concepción de la discapacidad como un defecto, para poner el acento en la necesidad de que la sociedad se adapte a las diversidades funcionales para lograr la igualdad de oportunidades, la no discriminación, y la integración social, económica y política.

## 2. EL CONCEPTO DE PROTECCIÓN MULTINIVEL

Se ha acuñado la expresión constitucionalismo multinivel o protección multinivel para hacer referencia a los distintos ordenamientos jurídicos que inciden en una materia. Si se quiere los distintos “niveles normativos”. Así, se ha diferenciado el ordenamiento supranacional, integrado por los tratados internacionales, sean de ámbito mundial o regional, y las normas de la UE, el ordenamiento interno, integrado por el Derecho estatal, y los ordenamientos autonómicos, todos ellos producidos por órganos con capacidad normativa legitimados desde un punto de vista democrático.

101

En las relaciones entre el derecho de la UE y los ordenamientos estatales se ha constatado como los principios de articulación del ordenamiento estatal (unidad, coherencia, completud) no encuentran el mismo acomodo en el ordenamiento supranacional. Este ordenamiento supranacional es un ordenamiento propio diferenciado de los ordenamientos estatales con capacidad para producir sus propias normas de derecho derivado<sup>3</sup>, pero también con mecanismos propios del derecho internacional, por lo que ha sido calificado de *sistema normativo híbrido*<sup>4</sup>. Podemos hablar también, de pluralismo ordinamental reflejo de un pluralismo social. El concepto de ordenamiento surge en relación al Estado y a la ley como unidad del ordenamiento, que en los Estados constitucionales ocupa la Constitución, y ello pensado en un ordenamiento estatal. El problema actual de la pluralidad de ordenamientos gira en torno a garantizar la seguridad jurídica en la articulación de todos ellos. En esta articulación multinivel es posible que en un futuro los ordenamientos estatales deriven su validez del ordenamiento supranacional, pero actualmente son presupuesto de la validez del ordenamiento internacional y supranacional. Por ello, el ordenamiento constitucional incluiría todas las normas vigentes en el Estado cuando han sido creadas siguiendo las normas sobre producción de normas de la Constitución<sup>5</sup>. Al carecer el ordenamiento supranacional de naturaleza

constitucional no puede erigirse en fundamento del derecho de los Estados miembros, al contrario, son los ordenamientos estatales los que se configuran como fundamento de la validez del derecho supranacional<sup>6</sup>.

La confluencia de este pluralismo ordinamental se articula a través de la Constitución. Tenemos varios centros de producción normativa que tanto en el ordenamiento estatal, como en los ordenamientos autonómicos derivan su validez y unidad de la Constitución. Pero el fenómeno de integración europea supone una novedad, una situación de pluralismo constitucional, es decir, de convivencia de ordenamientos, y no sólo “de varias normas o conjunto de normas bajo la cúspide constitucional común”<sup>7</sup>. Esta imbricación de relaciones entre ordenamientos ha sido analizada también aportando nuevos conceptos a la ciencia del derecho como el de “Estado constitucional cooperativo”, que se configura como un nuevo modelo de Estado constitucional correspondiente al modelo de sociedad abierta. Se ha definido el Estado constitucional cooperativo como “aquel Estado que de forma “activa” se ocupa de los demás Estados, se ocupa también de las demás instituciones nacionales y supranacionales, así como igualmente de los ciudadanos de sus respectivos países, ciudadanos que ya no le son en modo alguno “extraños”, del mismo modo en que su apertura a todo lo relativo al medio ambiente se convierte en una “apertura al mundo”<sup>8</sup>.

102

El sistema jurídico multinivel se ha clasificado en diferentes niveles de producción, ejecución e interpretación normativa:

- Nivel de producción supranacional: Derecho internacional y Derecho de la UE.
- Nivel de producción interna: Constitución, Derecho de los órganos centrales del Estado, Derecho de los órganos territoriales y Derecho de otros entes territoriales<sup>9</sup>.

En la protección multinivel de las personas con discapacidad confluyen diversos ordenamientos que no pueden considerarse compartimentos estancos, sino que actúan imbricados dotando a las personas con discapacidad de una protección jurídica que despliega sus efectos en diversos niveles. Así, la Convención Internacional de las personas con discapacidad ratificada por España forma parte de nuestro derecho interno y, además, por aplicación del 10.2 de la Constitución Española (CE), es criterio de interpretación en materia de derechos fundamentales. Igualmente, toda la normativa de la UE es aplicable en España, tanto la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE como la Estrategia de discapacidad. Todas estas normas han sido tenidas en cuenta para la promulgación del derecho interno donde en 2013 se aprueba 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.

Todos estos niveles normativos de protección de las personas con discapacidad giran a nuestro juicio sobre dos pilares esenciales, la igualdad o la no discriminación por discapacidad, y también la inclusión o, si se quiere, la participación en todos los niveles



de la vida económica, política, laboral, cultural o social. A estos habría que añadir la capacidad jurídica o autonomía. La igualdad de oportunidades opera tanto desde un punto de vista formal como material, pero entendemos que sobre todo material, ya que desde los poderes públicos por mandato del 9.2 CE se deben remover los obstáculos para lograr esa igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad lo que apoya la adopción de medidas de acción positiva. Y desde el punto de vista de la inclusión, entendemos que se debe producir un enfoque transversal ya que inclusión o participación se deben desplegar en todos los aspectos de la vida, y ello nos llevará a reivindicar tanto la supresión de barreras de todo tipo, como las políticas públicas de fomento de esa participación. La autonomía o vida independiente debe favorecerse en la medida en que lo permita la discapacidad, de tal modo que no se identifique discapacidad con incapacidad, sino que hablamos de personas capaces, o con una cierta capacidad en función de su diversidad funcional<sup>10</sup>.

La consideración de las personas con discapacidad es una cuestión de derechos humanos desde la Convención de la ONU de 13 de diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad (Boletín Oficial del Estado nº 96, de 21 de abril de 2008). Este enfoque reciente se produce tras un largo proceso donde las personas con discapacidad han tenido diversas consideraciones, desde un tratamiento de la discapacidad como un castigo divino (modelo de la prescindencia), pasando por un enfoque de la discapacidad como un problema individual ligado al padecimiento de determinadas deficiencias que hay que tratar para conseguir una rehabilitación, considerando a la persona con discapacidad un enfermo que hay que normalizar, y no un ciudadano titular de derechos (modelo médico o rehabilitador), hasta llegar a un enfoque social, donde el centro de atención pasa de considerar que la persona con discapacidad tiene un problema individual a considerarlo un problema de la sociedad, donde no son las limitaciones de los sujetos la clave sino las limitaciones de la sociedad para afrontar esa diversidad. Se pasa así, a un enfoque de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad considerándolas sujetos de derecho (modelo social)<sup>11</sup>.

Otro enfoque del tratamiento jurídico de la protección de las personas con discapacidad apunta a la transversalidad de las medidas de protección a adoptar por el ordenamiento jurídico. Así, existen normas de derecho civil, penal, fiscal o laboral, desarrollando el art. 49 CE y teniendo en cuenta “las diferentes situaciones en que puede encontrarse una persona para no sufrir discriminación alguna como consecuencia de sus circunstancias personales”<sup>12</sup>.

### 3. REGULACIÓN LEGAL

#### 3.1 Nivel de producción supranacional

##### 3.1.1 *Derecho internacional*

En el Derecho internacional destaca la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad aprobada en el seno de la ONU el 13 de diciembre de 2006, y ratificada por

España el 23 de noviembre de 2007, entrando en vigor el 3 de mayo de 2008<sup>13</sup>. Esta Convención no sólo es derecho interno desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado, sino también parámetro de interpretación de los derechos fundamentales por aplicación del art. 10.2 CE.

La Convención opera como fundamento de los derechos de las personas con discapacidad. Sobre el fundamento de los derechos humanos considera BOBBIO (1991, pg. 64) que se sitúa en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 aprobada en el seno de la ONU. Esta Declaración supone la prueba del reconocimiento y fundamento de los derechos humanos que contiene, a saber, “el consenso general acerca de su validez. Los iusnaturalistas habrían hablado de *consensus omnium gentium o humani generis*.”<sup>14</sup> La Declaración de 1948 supone la afirmación de los derechos universal y positiva: universal ya que se reconocen los derechos a todos los hombres de cualquier Estado, y positiva al no sólo reconocer los derechos sino también protegerlos<sup>15</sup>. Estas reflexiones sobre la Declaración de 1948 consideramos que son extrapolables a la Convención. De tal modo que la Convención de las personas con discapacidad de 2006 supone un reconocimiento universal y positivo de derechos a todas las personas con discapacidad. Conseguido el reconocimiento de derechos, el problema se sitúa en su protección, su verdadera protección a través de diversos mecanismos. Aquí apunta BOBBIO (1991, pg. 75-77) como los organismos internacionales desarrollan una vis directiva y no coactiva respecto a los Estados que los componen, aunque para lograr esa efectividad de los derechos reconocidos en sus declaraciones pueden adoptar medidas de promoción, control y garantía<sup>16</sup>.

La Convención abandona el modelo médico que ponía el acento en las deficiencias físicas, psíquicas o sensoriales para apostar por el modelo social “que considera la discapacidad como un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas o agravadas por la sociedad, impidiendo a las personas con deficiencias el ejercicio de sus derechos”<sup>17</sup>. Se considera, igualmente, que la Convención supone un nuevo paradigma en el tratamiento de la discapacidad al afrontarla como una cuestión de derechos humanos. La Convención sería, así, el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI vinculante para los Estados firmantes y dedicado específicamente a las personas con discapacidad<sup>18</sup>. Enriqueciendo, así, el acervo común de los derechos humanos, con un nuevo pacto social, el de la diferencia, diferencia que la sociedad debe integrar reconociendo y garantizando la dignidad y los derechos de todas las personas<sup>19</sup>.

La Convención se ha considerado parámetro de interpretación de los derechos fundamentales por aplicación de la previsión del art. 10.2 CE. Por lo que tendría una doble eficacia, como derecho aplicable, y como parámetro de interpretación. En cuanto al objeto a que se refiere el 10.2 CE se ha planteado si tiene una aplicación limitada a la sección 1ª del Capítulo II del Título I o a todo el Título I. Dependería de si se entiende una aplicación amplia que abarque todo el Título I o se mantiene una interpretación restrictiva. Y hay



que tener en cuenta que el TC se ha pronunciado en el sentido de interpretar conforme a los tratados de derechos humanos no sólo los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución sino, toda la normativa de desarrollo de los mismos (STC 78/1982)<sup>20</sup>. Su principal logro es lograr la “visibilidad” de las personas con discapacidad, sujetos de derechos humanos que pueden acceder al sistema de protección de los mismos. De hecho, la convención proclama como objetivo fundamental en su artículo 1, la promoción y protección en condiciones de igualdad de los derechos humanos de las personas con discapacidad<sup>21</sup>.

Entre los principios que consagra la Convención está el respeto a la dignidad de las personas con discapacidad, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas. Se proclaman, también, como principios la igualdad, la participación y la accesibilidad (art. 3). La dignidad de las personas con discapacidad conecta con el reconocimiento de su capacidad de autogobernarse, de tomar sus propias decisiones y reclama el reconocimiento de la titularidad de derechos en condiciones de igualdad<sup>22</sup>. Igualdad a la que se le dedica un artículo, el 5, donde los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley e igual derecho a protección legal (art. 5.1), se prohíbe expresamente la discriminación por motivos de discapacidad (art. 5.2). Igualdad que debe garantizarse y lograrse a través de lo que la Convención denomina «ajustes razonables» que se definen en el art. 2, como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. Modificaciones y adaptaciones a las que están obligados los Estados para lograr la igualdad y eliminar la discriminación (art. 5.3). Y como medio, también, de alcanzar la igualdad se reconocen las medidas de acción positiva al no considerar 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”, (art. 5.4).

105

Para alcanzar los objetivos y principios que proclama, la Convención reconoce un conjunto de derechos a las personas con discapacidad, en torno al derecho a la igualdad y la participación, algunos de los derechos reconocidos podríamos decir que son derechos genéricos de los que son titulares todas las personas. Aunque éstos se reformulan por la Convención añadiendo especificidades para adaptarlos a las personas con discapacidad<sup>23</sup>. Entre éstos destaca el reconocimiento por parte de los Estados Partes “que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida” (art. 12.2) y, “adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica” (art. 12.3). Considera la doctrina que este reconocimiento de igual capacidad jurídica supone un “giro copernicano” garantizando a

la persona con discapacidad “plena capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas”<sup>24</sup>.

Entre los derechos genéricos de los que son titulares todas las personas, la Convención, en el art. 10, reconoce expresamente el derecho a la vida de “todos los seres humanos”, y establece que los Estados firmantes “adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de este derecho a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”. Este reconocimiento del derecho a la vida se considera por la doctrina como un reconocimiento de mínimos, añadimos nosotros como no podría ser de otro modo, pero deja fuera de la Convención toda la problemática del aborto eugenésico, y por ello, queda en manos de la interpretación que cada Estado haga de su regulación sobre el concepto de persona y la titularidad de derechos del *nasciturus*, que no podría ser discriminado por tener una discapacidad. En este sentido, se ha considerado que las leyes de interrupción voluntaria del embarazo de los Estados firmantes que incluyan el aborto eugenésico podrían ser contrarias a la Convención por ser discriminatorias<sup>25</sup>. Abordar la problemática del aborto excede de las dimensiones de este trabajo, pero sí queremos apuntar someramente que esta cuestión implica tener en cuenta el concepto de persona de cada ordenamiento, y la configuración de la naturaleza jurídica del *nasciturus*, en orden a su posible titularidad de derechos. En nuestro ordenamiento la actual ley del aborto instaura un sistema de plazos donde se amplían los plazos cuando concurren “graves anomalías en el feto” (art. 15 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo). Sobre el aborto eugenésico el TC tuvo ocasión de pronunciarse en la STC 53/1985, donde, como todos sabemos, concluyó en su constitucionalidad basándose en el principio de no exigibilidad de otra conducta a la madre y a la familia (FJ 11 c)).

Otros derechos pueden considerarse específicos de las personas con discapacidad, como el derecho a la accesibilidad que conecta con el principio de participación e inclusión plena en la sociedad proclamado en el art. 3. Esta accesibilidad no sólo se refiere a la eliminación de barreras físicas, arquitectónicas o tecnológicas (acceso a edificios, vías, públicas, transporte, viviendas, instalaciones médicas, o a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y la comunicación, incluida internet, como establece el art. 9 de la Convención), sino también, en un sentido más amplio, al acceso al ejercicio de todos los derechos (derechos políticos, incluido el derecho de sufragio activo y pasivo, los derechos familiares, o el derecho de defensa ante un tribunal)<sup>26</sup>.

También pueden considerarse derechos específicos de las personas con discapacidad, entre otros, el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (art. 19), el derecho a la movilidad personal con la mayor independencia posible (art. 20), el derecho a una educación inclusiva a todos los niveles (art. 24), el derecho a la habilitación y rehabilitación para lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional (art. 26), el derecho a tener la oportunidad de ganarse



la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad (art. 27). Considera la doctrina que el reconocimiento de este amplio catálogo de derechos muestra “la preocupación de la Convención por garantizar a la persona con discapacidad la plena participación activa en la vida política, económica, social y familiar, para decidir y valerse por sí mismo en lo posible”<sup>27</sup>. Y reflejan también, el diseño de una sociedad inclusiva, esa idea de inclusión vertebrada la Convención proclamando la inclusión en la comunidad, la educación inclusiva, y un entorno laboral inclusivo.

Todos estos derechos se reconocen a las personas con discapacidad, y la propia Convención nos da la definición de discapacidad en el art. 1 “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.” Esta definición refleja la apuesta de la Convención del modelo social de discapacidad poniendo el acento en las barreras de la sociedad y no en las deficiencias de la persona, y centrándose en la finalidad de la plena participación e igualdad. Se considera, así, que una persona con discapacidad no es la que padece un impedimento, sino la que por las barreras de la sociedad no puede participar plenamente en condiciones de igualdad. El eje pasa de la persona a la sociedad, y por ello es “la sociedad la que ha de cambiar, no las personas con discapacidad. Deben ejercer sus derechos y no ser protegidos. Esta es la esencia del modelo social basado en los derechos humanos”<sup>28</sup>.

107

Además, la Convención no sólo prohíbe la discriminación de las personas con discapacidad, sino por “motivo de discapacidad”<sup>29</sup>, lo que supone una ampliación de los sujetos protegidos. Personas discriminadas por la percepción errónea de que padece una discriminación, o por haberla padecido en el pasado, o poder padecerla en un futuro, incluso por estar relacionadas con personas con discapacidad sin tenerla ella misma (discriminación por asociación)<sup>30</sup>. Creemos que en este concepto de discriminación por motivos de discapacidad podría incluirse la protección a las personas con discapacidad temporal, ya que la discapacidad no tiene que ser permanente y continuada en el tiempo, basta con que se manifieste en un momento determinado, para entender que esas personas con discapacidad temporal quedan protegidas por la Convención.

Con respecto a las obligaciones generales de los Estados miembros, el art. 4 establece que “Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad”. Previendo, a continuación, toda una serie de medidas a adoptar, pero, el párrafo 2 de este art. 4 introduce una matización para los derechos económicos, sociales y culturales donde se adoptarán las medidas “hasta el máximo de sus recursos disponibles”. Esta regulación supone, para la doctrina, un diferente régimen jurídico en cuanto a la exigibilidad de los derechos que reconoce la Convención, donde tendríamos una aplicabilidad directa de los derechos personales y una

aplicación mediatizada de los derechos económicos, sociales y culturales, en función de los recursos de los Estados<sup>31</sup>.

Para los Estados firmantes del Convenio se establece la obligación de crear un organismo de seguimiento del cumplimiento del Convenio, obligación a la que España ha dado cumplimiento con la designación del Consejo Nacional de la Discapacidad, regulado en un primer momento por el Real Decreto 1865/2004, de 6 de septiembre (BOE de 7 de septiembre de 2004), derogado por el Real Decreto 1855/2009, de 4 de diciembre, (BOE, de 26 de diciembre de 2009). En cuanto a su naturaleza y fines se proclaman en el art. 1 que establece que “1. El Consejo Nacional de la Discapacidad es el órgano colegiado interministerial, de carácter consultivo, adscrito al Ministerio de Sanidad y Política Social, en el que se institucionaliza la colaboración del movimiento asociativo de las personas con discapacidad y sus familias y la Administración General del Estado, para la definición y coordinación de una política coherente de atención integral. 2. En particular, corresponde al Consejo Nacional de la Discapacidad la promoción de la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.” El Consejo Nacional a su vez ha nombrado al CERMI, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, cuya web ofrece información jurídica entre otros recursos<sup>32</sup>. La Convención también previó la creación de un Comité de seguimiento al que deben presentar informes los Estados miembros. España a través del CERMI lo elaboró, el 4 de mayo de 2010<sup>33</sup>.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la Convención estableciendo reglas de interpretación de nuestro derecho interno en materia de incapacitación adaptándolo a la Convención. Así, la STS 282/2009, de 29 de abril, establece la necesidad de leer conjuntamente la CE y la Convención para cumplir con los arts. 10, 14 y 49 CE, ello nos lleva a la obligación del Estado de proteger a determinadas personas por su situación psíquica, estableciendo políticas de integración y protección, ex art. 49 CE. La incapacitación de una persona no sería contraria a la igualdad ni a la Convención, en la medida en que trata de forma desigual a quienes son desiguales con medidas de protección para las personas con falta de entendimiento o voluntad. Del análisis de esta Sentencia extrae la doctrina la conclusión de que la incapacitación no es contraria a la Convención porque, “no altera la titularidad de los derechos fundamentales de la persona sometida a esta medida de protección”<sup>34</sup>.

### **3.1.2 Derecho de la UE**

El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea<sup>35</sup> ya consagraba la lucha contra la discriminación por motivos de discapacidad (art. 13). Se mandaba al Consejo que, “por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.



Específicamente a las personas con discapacidad se dedica el art. 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que establece que “La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”. Prohibiéndose expresamente la discriminación por discapacidad en el art. 21. También el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea consagra la lucha contra la discriminación por discapacidad en los arts. 10 y 19.

En el año 2000, se aprobó la Directiva 2000/78, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, donde expresamente se prohíbe la discriminación por motivo de discapacidad. Específicamente, para las personas con discapacidad se establece en el art. 2 ii) “respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica”. Ese art. 5 lo que regula son los denominados ajustes razonables para las personas con discapacidad, estableciendo que, “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 esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades”.

109

En cuanto a las acciones positivas el art. 7.2 establece que “Por lo que respecta a las 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”. Se prevé en el art. 19 de la Directiva 2000/78 un informe elaborado por la Comisión, para ello “Los Estados miembros comunicarán a la Comisión, a más tardar el 2 de diciembre de 2005 y, posteriormente, cada cinco años, toda la información necesaria para que la Comisión elabore un informe dirigido al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la presente Directiva”.

En cumplimiento de este art. 19 se publicó un informe en 2006 (COM(2006) 643 final, de 30.10.2006) sobre la Directiva 2000/43/CE y la Directiva 2000/78, y el 19 de junio de 2008 (COM 2008/225) otro informe sobre la aplicación de la Directiva que destaca dos aspectos sobre la protección de la discapacidad; el primero, la propia prohibición de

discriminación por razón de discapacidad y, segundo, “y más importante, la obligación positiva de realizar ajustes razonables a favor de los minusválidos como parte integrante del principio de igualdad de trato”<sup>36</sup>.

En 2014, se publica el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Informe conjunto sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico («Directiva de igualdad racial») y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación («Directiva de igualdad en el empleo»), de 17 de enero de 2014<sup>37</sup>. Este Informe destaca como se ha producido la transposición de las Directivas en los Estados miembros, pero constata problemas de aplicación y ejecución que los Estados deben corregir desarrollando la información sobre la titularidad de los derechos y el acceso a la justicia. En cuanto a los aspectos comunes a ambas Directivas tenemos el concepto de discriminación indirecta, la carga de la prueba, las acciones positivas y las discriminaciones múltiples, también la denominada discriminación por motivos de asociación, suposición y percepción, estableciendo en el punto 4.5 que “El TJUE ha decidido en anteriores ocasiones que, en determinadas circunstancias, la discriminación por discapacidad puede incluir la discriminación basada en la asociación del demandante con una persona que padezca una discapacidad, aunque este no la tenga”. Citando la sentencia Coleman del TJUE, sentencia de 17 de julio de 2008 en el asunto C-303/06, Coleman, en la que el Tribunal de Justicia “falló que la Directiva 2000/78/CE protegía a la madre de un niño con discapacidad del acoso y la discriminación en el empleo, puesto que los problemas planteados se debían al hecho de que la madre necesitaba más permisos laborales para cuidar de su hijo”.

En el año 2010 se publica la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: Un compromiso renovado para una Europa sin barreras. Las dos ideas que vertebran esta Estrategia son, la inclusión, la plena participación de las personas con discapacidad en la economía y la sociedad, alcanzando el pleno disfrute de sus derechos. Y, la supresión de barreras con ocho ámbitos primordiales de actuación: accesibilidad, participación, igualdad, empleo, educación y formación, protección social, sanidad y acción exterior.

En cuanto a la accesibilidad se considera condición previa para la participación y se define en la Estrategia como “el acceso de las personas con discapacidad, en las mismas condiciones que el resto de la población, al entorno físico, al transporte, a las tecnologías y los sistemas de la información y las comunicaciones (TIC), y a otras instalaciones y servicios”. Las medidas adoptadas tanto por la UE como por los Estados miembros deben destinarse a garantizar la accesibilidad a los bienes y servicios, en especial los servicios públicos y los dispositivos de apoyo para las personas con discapacidad. Estableciendo



que la Comisión proponga un “Acta de accesibilidad europea” desarrollada en 2012<sup>38</sup>. (punto 2.1.1 de la Estrategia 2010-2020).

### 3.2 Nivel de producción interna: La protección de la discapacidad

La CE reconoce la igualdad ante la ley o igualdad formal en el art. 14 donde establece que “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Entre esas condiciones o circunstancias personales se puede situar la discapacidad, prohibiéndose, por tanto, la discriminación por discapacidad. Aunque no se incluye como ítem la discapacidad específicamente entre las causas expresas de discapacidad por lo que la doctrina ha considerado que en el momento constituyente no hay una redacción de la Constitución con “perspectiva de discapacidad”. Como tampoco la normativa de desarrollo de los derechos fundamentales se refiere a las personas con discapacidad estableciéndose una regulación general<sup>39</sup>.

Las acciones positivas en favor de las personas con discapacidad se enmarcarían en el art. 9.2 CE, lo que ha permitido un desarrollo de las mismas empezando por el reconocimiento de las denominadas “cuotas de minusválidos” en la STC 269/94, donde se argumenta a favor de la constitucionalidad de la reserva de puestos de trabajo en las oposiciones a personas con discapacidad. En su fundamento jurídico 4 el TC tiene ocasión de argumentar la conexión de las medidas de discriminación positiva para personas con discapacidad con los arts. 9.2 CE y 49 CE.

111

Específicamente, el art. 49 CE dentro de los principios rectores de la política social y económica se dedica a las personas con discapacidad al disponer que “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”<sup>40</sup>. Esta referencia expresa a la discapacidad es una novedad en nuestro constitucionalismo y, además, hay que tener en cuenta que su inclusión como principio rector le otorga un nivel de garantía bajo, ya que como sabemos la previsión del 53.3 CE es darle un valor informador de la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, remitiendo al principio de legalidad para su aplicación. No tiene por tanto este precepto aplicación directa y tampoco goza de la garantía jurisdiccional del recurso de amparo. Pero una interpretación sistemática del art. 49 con el art. 9.2 CE, al establecer unas tareas a los poderes públicos con unas determinadas acciones públicas, junto con la normativa internacional permite a la doctrina afirmar que existe un “reconocimiento constitucional de derechos de las personas con discapacidad”, a través de la jurisprudencia constitucional<sup>41</sup>. Se propone una interpretación sistemática del este art. 49 CE en conexión con el 10 y el 9.2 CE y por esa remisión al disfrute de los derechos del Título II CE, tendríamos un reconocimiento de “un derecho de ciudadanía igual para las personas con discapacidad”<sup>42</sup>.

Lógicamente, el art. 14 CE por su ubicación sistemática, si goza de la máxima protección por lo que la no discriminación como principio general que inspira toda la normativa sobre discapacidad si es de aplicación directa y puede protegerse mediante el recurso de amparo como veremos. El art. 14 CE prohibiría la discriminación directa por razón de discapacidad entendida como un trato a una persona, en razón de la discapacidad, menos favorable que a otra en situación comparable. Pero también prohibiría las discriminaciones indirectas o medidas aparentemente neutras que colocan a las personas con discapacidad en desventaja, salvo que la medida pueda justificarse<sup>43</sup>. Se ha considerado que la “discriminación no es una mera vulneración de la igualdad. Mientras ésta última tiene lugar cada vez que una diferencia de trato carece de justificación suficiente, la discriminación encierra un desvalor añadido, consistente en su dimensión colectiva.”<sup>44</sup>

El art. 49 CE contiene dos mandatos que, según la doctrina, pueden enmarcarse en la forma de Estado. Un primer mandato dirigido a los poderes públicos que considera a las personas con discapacidad un colectivo especialmente protegido y que conecta con las exigencias del Estado social y democrático, y un segundo mandato a los poderes públicos para amparar a las personas con discapacidad en el disfrute de los mismos derechos otorgados a todos los ciudadanos, por lo que los considera titulares de los mismos<sup>45</sup>.

En 1982 hay un primer desarrollo normativo a través de la Ley 13/1982, de 7 abril, de integración social de los minusválidos (actualmente derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2013). La ley de 1982, en su artículo 1, declaraba que se fundamentaba en los derechos reconocidos por el art. 49 CE y, en el art. 2, en las declaraciones de Naciones Unidas del deficiente mental de 1971 y de los minusválidos de 1975. Este mismo fundamento se presenta 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 que refunde y deroga la Ley 13/1982, antes citada, y deroga también, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU), y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (Disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 1/2013)<sup>46</sup>.

El Real Decreto Legislativo 1/2013, tiene dos grandes objetos, por un lado, garantizar la igualdad de oportunidades y la plenitud de derechos de las personas con discapacidad, promocionando la autonomía personal, la accesibilidad universal, el acceso al empleo, y la inclusión social y, por otro lado, establecer el sistema de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad (artículo 1).



En el RDL 1/2013 el concepto de discapacidad que se utiliza incorpora la definición de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, y supera la concepción tradicional de deficiencias psíquicas o físicas, para definir la discapacidad como “una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (artículo 2). Esta definición abierta supera las deficiencias, que había puesto de manifiesto la doctrina, en la definición de las personas con discapacidad de la LIONDAU, que exigía un 33 % de discapacidad. Esta exigencia dejaba fuera del ámbito de protección a personas con una discapacidad menor al 33 % que podían verse igualmente discriminadas y a las personas que no sufrían ellas mismas la discapacidad pero que podían verse discriminadas por su relación con personas con discapacidad<sup>47</sup>.

Se formula la definición de discriminación por asociación en el art. 2.e) RDL 1/2013, incorporando, así, la interpretación de la Directiva 2000/78 de la STJUE Caso Coleman. Para nuestra normativa interna la discriminación por asociación “existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad.

113

A partir de las definiciones, el RDL 1/2013 consagra una serie de principios en el art. 3, como el respeto a la dignidad, la vida independiente, la no discriminación, la accesibilidad o la participación, entre otros. Y propone una serie de medidas específicas en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, que deben desarrollarse en diversos ámbitos, como las telecomunicaciones y la sociedad de la información, los espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación, transportes, bienes y servicios, relaciones con las administraciones públicas, administración de justicia y patrimonio cultural (art. 5 RDL 1/2013).

El objetivo de la plena autonomía o vida independiente de las personas con discapacidad, que persigue alcanzar la libertad en la toma de decisiones, es un pilar básico del RDL 1/2013, que conecta con la Convención que incorpora al ordenamiento interno. La Convención proclama en el art. 3.a) la autonomía y la libertad en la toma de decisiones, y nuestro art. 6.1 del RDL 1/2013 consagra como principio y el 6.2 como derecho, el respeto a la autonomía de las personas con discapacidad proclamando la libertad en la toma de decisiones que requiere información adecuada a las circunstancias de cada persona formulada de manera accesible y comprensible para poder prestar el consentimiento.

En cuanto al objetivo de la plena igualdad el RDL 1/2013 dedica el art. 7 al derecho a la igualdad, con un reconocimiento a las personas con discapacidad de los mismos derechos que los demás ciudadanos. Este reconocimiento expreso conecta con el art. 14 CE y todas sus garantías, y además se proclama la obligación de los poderes públicos de proteger especialmente estos derechos, con un hincapié más intenso en los casos de doble

discriminación, como “niñas, niños, mujeres con discapacidad, mujeres con discapacidad víctimas de violencia de género, personas con pluridiscapacidad u otras personas con discapacidad integrantes de minorías” (art. 7 RDL 1/2013). Este deber de los poderes públicos conecta con el mandato contenido en el 9.2 CE. De este modo podemos hablar de una igualdad formal y material reconocida a las personas con discapacidad.

A partir de estos dos grandes principios, igualdad y autonomía, el RDL 1/2013 aborda de manera transversal toda una serie de derechos y medidas, consagrando un sistema de prestaciones sociales y económicas, donde destaca la asistencia sanitaria y la prestación farmacéutica, o el subsidio de transporte (arts. 8 y 9), el derecho a la protección de la salud, donde se establece la obligación de los poderes públicos de prestar asistencia a las necesidades especiales, y coordinar todas las prestaciones regulando los equipos multidisciplinares de atención a la discapacidad (arts. 10-12).

La accesibilidad se consagra en el art. 22 del RDL 1/2013 pero se define en el art. 2. k) como “accesibilidad universal” que es “la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de “diseño universal o diseño para todas las personas”, y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse”. Diseño universal que a su vez se define en el art. 2. l) como diseño universal o diseño para todas las personas que es “la actividad por la que se conciben o proyectan desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, programas, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El “diseño universal o diseño para todas las personas” no excluirá los productos de apoyo para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando lo necesiten”. Se supera, así, la concepción en la que la persona con discapacidad debía adaptarse e integrarse “en una sociedad diseñada para un modelo estándar de ciudadano”, situándonos en el escenario, propio del modelo social, donde “es la sociedad la que debe adaptarse y debe eliminar las barreras que impiden la integración social de las personas con discapacidad<sup>48</sup>. Pero esta accesibilidad universal, considera la doctrina que tiene un límite expreso, a saber, los ajustes razonables por la escasez de recursos y la eficacia de gasto, lo que no debe ser excusa para no abordar “las necesarias transformaciones que la sociedad requiere”<sup>49</sup>.

Desde el análisis normativo, la última reforma legislativa reconociendo derechos a las personas con discapacidad es la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, que modifica la LOREG para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. Según el Preámbulo, esta LO trae causa de la aplicación de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, que consagra en el art. 29 el derecho



al voto en igualdad de condiciones para todas las personas con discapacidad. En aplicación del Convenio, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas sometió a examen a España, recomendándole en sus observaciones finales, en sesión celebrada el 23 de septiembre de 2011, que modifique el art. 3 de la LOREG que en sus puntos 1.b) y c) establecía que carecen de derecho de sufragio a los incapacitados por sentencia judicial firme, si afecta al derecho al voto y a los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial. La modificación de la LOREG por la LO 2/2018 consiste en suprimir los apartados b) y c) del art. 3.1, y añadir la Disposición adicional octava, dejando sin efecto las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio establecidas por resolución judicial fundamentadas jurídicamente en el apartado 3.1.b) y c) de la LOREG. Y, además, reintegrando plenamente en su derecho a todas las personas privadas del derecho de sufragio por razón de discapacidad “por ministerio de la ley” (Disposición adicional octava).

Esta LO 2/2018 ha sido objeto de interpretación en la Instrucción 5/2019, de 11 de marzo, de la Junta Electoral Central, donde considera que la “nueva redacción del apartado 2 del artículo 3, en la que se señala que el derecho de sufragio activo debe ejercerse de forma «consciente, libre y voluntariamente», así como la referencia a las formas de comunicar el ejercicio de este derecho y los medios de apoyo que se requieran, suscita problemas interpretativos que no han quedado resueltos por el legislador”, y ante la inminencia de varias convocatorias electorales, resuelve, entre otras cosas, en el punto segundo que: “Las Mesas Electorales deberán admitir el voto de cualquier persona con aparente discapacidad que se encuentre inscrita en el censo electoral correspondiente a dicha Mesa. Las personas con alguna discapacidad podrán valerse de alguien que les acompañe, o de algún medio material para trasladar los sobres electorales a los miembros de la Mesa Electoral. En el supuesto de que algún miembro de una Mesa Electoral, o alguno de los interventores o apoderados adscritos a esa Mesa considere que el voto de una persona con discapacidad no es ejercido de forma consciente, libre y voluntaria, lo podrá hacer constar en el acta de la sesión, pero no se impedirá que dicho voto sea introducido en la urna. En esa manifestación de constancia, el acta identificará al elector únicamente por el número de su Documento Nacional de Identidad o, en su caso, por el documento identificativo que aporte.” Este control de la capacidad de una persona por la Mesa electoral es una competencia que no se encuentra en la LO 2/2018 y se plantea si es posible que la JEC atribuya esta capacidad de control a las Mesas, pero también a los interventores y apoderados y además, se plantea la posible discriminación hacia la persona que queda así señalada<sup>50</sup>.

115

## 4. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

### 4.1 La doctrina del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional tempranamente tuvo la ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las denominadas “cuotas de minusválidos” en la STC 269/1994, de

3 de octubre. Aquí el TC establece su doctrina sobre la base de la argumentación que gira en torno al art. 9.2 CE y la necesidad de que la igualdad sea real y efectiva en conexión con el carácter social y democrático del Estado (art. 1.1 CE). Considerando que la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, para un colectivo con graves dificultades de acceso al empleo queda justificada constitucionalmente (FJ 4).

Se ha analizado, también, lo que, en palabras del Ministerio Fiscal, sería un *tertium genus*, el padecimiento de una enfermedad no incapacitante para el trabajo lo que deja fuera del reconocimiento de una incapacidad por la Seguridad Social y su correspondiente protección, pero que afecta al desarrollo del trabajo. En la STC 62/2008, de 26 de mayo, se conoce de un recurso de amparo presentado por un trabajador despedido en situación de baja laboral por una enfermedad previa a la contratación en las vértebras cervicales que le impiden trabajar en la construcción. Frente a las decisiones de los órganos jurisdiccionales de instancia, el demandante de amparo solicita la declaración de nulidad del despido por discriminatorio al vulnerar el art. 14 CE. El TC admite con carácter genérico que la enfermedad puede ser un factor de discriminación encuadrable en el art. 14 CE, pero considera que en este caso no se ha producido discriminación ya que la causa del despido es la enfermedad incapacitante, que de haberla conocido previamente no hubiera permitido la contratación. Y concluye que el despido puede ser calificado como procedente o improcedente, pero no “constituye en sí misma una decisión discriminatoria” (FJ 6).

El Ministerio Fiscal planteó la existencia de un grupo social situado entre la genérica enfermedad y la discapacidad –un *tertium genus*- que podría resultar discriminado. Pero el TC rechaza esta vía, y concluye que para este grupo social se articula la protección del Estado social a través del 9.2 CE en relación con el 43.2 CE, 40.2 CE y 41 CE, pero no aprecia discriminación en el despido por lo que deniega el amparo. Sin embargo, esta STC tiene un voto particular que expresa que existe una categoría intermedia, las enfermedades crónicas que no alcanzan el grado de una discapacidad y que se situarían entre ésta y la mera enfermedad, y que pueden generar tratos discriminatorios como el del caso presente que, a su juicio, resulta prohibido por el art. 14 CE.

En el año 2012 el TC, en la STC 214/2012, de 14 de noviembre, resolvió un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra algunos preceptos de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación (LOCE). Se impugna el Capítulo VII de la LOCE ya que “la regulación que acomete es lo suficientemente detallada que no permite el despliegue de la competencia autonómica de desarrollo legislativo” (FJ 5). Con respecto a la regulación de alumnos con necesidades educativas específicas el art. 44 LOCE prevé que los alumnos con discapacidades físicas, psíquicas, sensoriales o por manifestar graves trastornos de la personalidad o de conducta “tendrán una atención especializada, con arreglo a los principios de no discriminación y normalización educativa, y con la finalidad de conseguir su integración. A tal efecto, las



Administraciones educativas dotarán a estos alumnos del apoyo preciso desde el momento de su escolarización o de la detección de su necesidad, en la forma prevista en el art. 44.” (FJ 5). Igualmente, el art. 45 LOCE regula la valoración por el equipo de evaluación al finalizar cada curso de la consecución de los objetivos para proponer adaptaciones. Finalmente, los art. 46 y 47 LOCE “regulan la escolarización de los alumnos con necesidades educativas especiales y la integración social y laboral de los alumnos que no puedan conseguir los objetivos previstos en la enseñanza básica, para los que las Administraciones públicas promoverán ofertas formativas adaptadas a las necesidades específicas de los alumnos” (FJ 5). El TC considera que “la regulación que hacen los preceptos impugnados es de indudable naturaleza básica, en la medida que se relaciona con el necesario grado de homogeneidad e igualdad que ha de ser predicable del sistema educativo en su conjunto”, por lo que desestima la impugnación. (FJ 5).

Sobre la educación inclusiva, el TC ha tenido ocasión de pronunciarse en la importante STC 10/2014, de 27 de enero, donde resume la protección constitucional e internacional de la discapacidad. Se parte del marco que ofrecen el art. 27 CE que consagra el derecho de todos a la educación, en relación con el 14 CE y el 49 CE que, sin contener un derecho fundamental, sí ordena a los poderes públicos una política de integración de las personas con discapacidad. Estos preceptos cobran especial relevancia teniendo en cuenta su interpretación, vía art. 10.2 CE, conforme a los textos internacionales, donde destaca la, ya estudiada, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, que específicamente consagra la educación inclusiva en el art. 24.2 mandando a los Estados Partes que aseguren un sistema de educación inclusivo, adoptando medidas para que las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema educativo, haciendo hincapié en la necesidad de adoptar “los ajustes razonables” y las “medidas de apoyo” necesario e individualizado. En nuestro derecho interno, la entonces vigente Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (LOE), regula la escolarización del alumnado con necesidades educativas especiales bajo los principios de inclusión, normalización y no discriminación. Y, especialmente, que la escolarización de las personas con necesidades educativas especiales en centros educativos especiales sólo procederá cuando no se pueda mediante las medidas de apoyo (art. 74 LOE). De todo ello, concluye el TC que “de la normativa anterior se desprende como principio general que la educación debe ser inclusiva, es decir se debe promover la escolarización de los menores en un centro de educación ordinaria, proporcionándoles los apoyos necesarios para su integración en el sistema educativo si padecen algún tipo de discapacidad” (FJ 4).

117

El TC concluye que la escolarización en un centro de educación especial no es irrazonada o discriminatoria a la luz de las Resoluciones de la Administración como pretenden los recurrentes (FJ 5). Y las sentencias de la jurisdicción ordinaria son motivadas y fundadas en Derecho, además de respetuosas con el derecho a la educación inclusiva de las personas con discapacidad, por lo que deniega el amparo. Sin embargo, esta STC 10/2014, contiene un Voto Particular del Magistrado Ortega Álvarez al que se adhiere el Magistrado Xiol Ríos, donde expresan su discrepancia con la sentencia. Consideran que

la resolución de la Administración de integrar al menor en un centro educativo especial, no se manifiesta sobre la posibilidad, que reclaman los padres, de adoptar los ajustes necesarios para integrarlo en un centro educativo ordinario. Siendo la integración en un centro educativo especial lo excepcional, debiendo la administración escolarizar, en principio, en un centro educativo ordinario con los apoyos necesarios, opción que ha sido ignorada por la Administración. Y consideran los firmantes del Voto Particular que se exige un plus de motivación para justificar las razones que llevan a excluir la opción de escolarizar en un centro ordinario con apoyos.

También en el año 2014, la STC 77/2014, de 22 de mayo, con respecto al acceso a la justicia de una persona con discapacidad permite al TC expresar los fundamentos jurídicos de la protección de la discapacidad remitiéndose a la STC 10/2014, y reiterando el reenvío a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad que realiza el art. 10.2 CE. En esta sentencia se aborda el derecho de acceso a la justicia que el art. 13.1 de la Convención, reconoce para las personas con discapacidad en condiciones de igualdad y exigiendo los ajustes de procedimiento y adecuados a la edad para garantizar su participación en todos los procedimientos. Y, el TC declara que “en los supuestos de posibilidad legal de celebración de un juicio oral por ausencia injustificada del acusado, la existencia de indicios de que dicho acusado pueda sufrir trastornos mentales que limiten su capacidad de comprensión y, por tanto, de la relevancia de las consecuencias legales de su incomparecencia, impone a los órganos judiciales un deber positivo de desarrollar la actividad necesaria para despejar cualquier duda al respecto” (FJ 2).

Este recurso de amparo se funda en la vulneración del art. 24 por deficiente citación a una persona con discapacidad, y así, lo considera el TC que razona que el derecho a la tutela judicial efectiva impone un deber de evitar la indefensión que se pudiera producir al celebrar un juicio oral sin la presencia del recurrente. Y ese deber implicaría desarrollar ciertas diligencias orientadas “(i) a verificar que esa cierta discapacidad no era un obstáculo para que el acusado comprendiera la relevancia de la citación a juicio y de la advertencia de que podría ser juzgado en su ausencia o (ii) a asegurar su presencia en el juicio oral, especialmente tomando en consideración que había sostenido durante la instrucción haber cometido el hecho bajo la amenaza de un tercero y que la discapacidad mental que le afectaba podría tener una eventual influencia sobre su culpabilidad (FJ 3). Por ello, el TC estima el amparo, ya que la mera citación a juicio con advertencia de éste podría celebrarse en su ausencia, cumplía los requisitos legales, pero no las dudas sobre la capacidad de comprensión del recurrente y, por tanto, si su incomparecencia era el resultado de una decisión plenamente voluntaria e informada y no necesitaba el apoyo a que tienen derecho las personas con discapacidad.

Más recientemente, en la STC 3/2018, de 22 de enero, el TC conoce de un recurso de amparo planteado por vulneración del derecho fundamental a la igualdad y a no sufrir



discriminación por edad y discapacidad. En el FJ 5 el TC reitera su doctrina sobre la no discriminación por razón de discapacidad, remitiéndose a las SSTC 269/1994, 10/2014, 77/2014, e incorpora, también, la jurisprudencia del TEDH que considera la discapacidad una circunstancia protegida por el art. 14 CEDH, y como fuente de protección la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, que impone a los Estados partes la obligación de adoptar “los ajustes razonables” que resulten necesarios para evitar la discriminación. Sigue, éste FJ 5, resumiendo el derecho de la Unión Europea, que integraría el art. 21 de la Carta de los derechos fundamentales, que incluye la discapacidad como uno de los factores de protección frente a la discriminación, y el art. 26 que reconoce un derecho a la integración de las personas con discapacidad. Así como, la Decisión 2010/48/CE, que integra la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento de la Unión. Y cita las SSTJUE, de 11 de abril de 2013 (asuntos C-335/11 y C-337/11), de 18 de marzo de 2014 (C-363/12), de 18 de diciembre de 2014 (C-354/13), entre otras. Concluyendo éste FJ 5 con una reflexión sobre la denominada “discriminación múltiple”, definida como la situación donde la discriminación “puede afectar de manera simultánea a más de un derecho humano”.

Sobre el fondo de la cuestión, el TC constata que el recurrente con un grado de discapacidad del 65% había sido excluido del servicio residencial para personas con discapacidad por haber rebasado la edad de 60 años, límite que fijaba la Orden 1363/1997, de 24 de junio, de la Comunidad de Madrid. Razona el TC que la denegación no se basa en que no la necesite en función de su discapacidad, sino en un criterio de la edad. Regla de exclusión por edad, que la Orden 1363/1997, no justifica ni en su Preámbulo, ni en su articulado. Sin embargo, la Ley de dependencia 39/2006, y la Orden 625/ 2010, que regula los procedimientos de reconocimiento de la situación de dependencia (sustituida por la 54/2015, de 21 de mayo), no contiene una regla de exclusión por razón de la edad, siendo normas autonómicas de mayor rango y de fecha posterior a la Orden 1363/1997, que debieron ser aplicadas evitando la privación del derecho a la asistencia sanitaria. Por lo que el TC considera que ha existido una discriminación múltiple por discapacidad y por edad (FJ 6). Por lo que otorga el amparo.

119

#### **4.2 La doctrina del Tribunal de Justicia de la UE**

Ya en el año 2006, el TJUE tuvo ocasión de pronunciarse sobre el alcance de la discapacidad en el asunto Chacón Navas, STJUE de 11 de julio de 2006, ofreciendo una definición de discapacidad como “una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional” (punto 43). Y donde, también, fijó la doctrina en relación con el padecimiento de una enfermedad, concluyendo que la enfermedad no es discapacidad. El despido por causa de enfermedad no se incluye en la protección de la Directiva 2000/78/CE. Declarando, así, que “la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78/CE prohíbe toda discriminación”.

Unos años más tarde, el TJUE matiza la posición adoptada en el asunto Chacón Navas. En la STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto HK Danmark), el TJUE matiza el propio concepto de discapacidad que ahora se identifica con “dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores” (punto 38). Y da un giro a su doctrina anterior al considerar que el origen de la discapacidad no es determinante, por lo que puede ser también una enfermedad, curable o incurable, siempre que acarree una limitación que al actuar con diversas barreras produzca el resultado de impedir la plena participación en condiciones de igualdad con los demás trabajadores, y precisando que si esa limitación es de “larga duración”, esa enfermedad si puede incluirse en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78 (punto 41). También se pronuncia sobre el concepto de “ajustes razonables” que exige el art. 5 de la Directiva 2000/78. Considera el TJUE que una reducción del tiempo de trabajo puede ser suficiente para evitar el abandono del trabajo y precisa que la razonabilidad de los ajustes implica que no sean una carga excesiva para el empleador (puntos 56 y 58). Remitiendo al juez nacional para apreciar si la reducción del tiempo de trabajo es una carga excesiva para el empleador (punto 59). Y concluye (punto 64) que el art. 5 de la Directiva 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”. Otra cuestión importante se aborda en esta sentencia, el despido por acumulación de 120 días de baja por enfermedad, considera el TJUE que los trabajadores con discapacidad están más expuestos a alcanzar los 120 días de baja por enfermedad ligada a la propia discapacidad y ello supone una discriminación indirecta, se puede “desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78” (punto 76).

Por todo ello, el TJUE sobre el propio concepto de discapacidad declara que “El concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración. La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto” (punto 1) del fallo).



Sobre el concepto de ajustes razonables declara igualmente que “El artículo 5 de la Directiva 2000/78 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” (punto 2) del fallo).

Sobre la finalización de un contrato de trabajo de una persona con discapacidad que ha estado de baja, si las bajas son consecuencia de que el empleador no ha adoptado los ajustes razonables. El TJUE interpreta la Directiva en el sentido “de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de que el empleador no adoptó las medidas apropiadas conforme a la obligación de realizar ajustes razonables prevista en el artículo 5 de dicha Directiva” (punto 3) del fallo).

Concluye, por último, en el punto 4) del fallo interpretando la Directiva 2000/78 “en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente”. Ya en 2008, tenemos la importante sentencia del caso Coleman del TJUE donde se reconoce la discriminación directa por motivo de discapacidad a una trabajadora que no padece discapacidad, pero su hijo sí, acuñando el concepto de “discriminación por asociación”<sup>51</sup>.

121

La sentencia Coleman resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Employment Tribunal de London South (Reino Unido) sobre interpretación de la Directiva 2000/78, que pregunta al TJUE, entre otras cuestiones, si “¿protege la Directiva [2000/78] a los trabajadores que, aun sin estar ellos mismos discapacitados, reciben un trato menos favorable o sufren acoso por su vinculación a una persona discapacitada?” La respuesta del TJUE es que la Directiva 2000/78 en sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 2, letra a), “deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de discriminación directa que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere,

tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa enunciada en el citado artículo 2, apartado 2, letra a)” (Sentencia TJUE de 17 de julio de 2008, 56)<sup>52</sup>.

Considera la doctrina que este concepto de discriminación por vinculación “da un paso más, entiende que se menoscaba también la dignidad y la autonomía de esas personas cuando no se actúa directamente contra ellas sino contra otras personas íntimamente vinculadas a ellas, siendo formas de discriminación que afectan a las personas incluidas en las categorías problemáticas, y, en especial, a las personas discapacitadas, cuando una persona vinculada a ellas es víctima de una discriminación, que se refleja y perjudica a la persona discapacitada”<sup>53</sup>.

Se ha considerado, también, que el Caso Coleman es especialmente importante por suponer la implantación del modelo social en los Estados de la Unión, y por introducir una nueva categoría jurídica, la que se ha denominado “discriminación transferida”<sup>54</sup>. La interpretación del Tribunal de Justicia supone un avance en el modelo social de discapacidad, ampliando el ámbito subjetivo de protección de la Directiva 2000/78 a los cuidadores que sufren a su vez discriminación en el empleo por razón de los cuidados que prestan a personas con discapacidad<sup>55</sup>.

122

Sobre el concepto de discapacidad se pronuncia el TJUE en la STJUE de 18 de marzo de 2014, poniendo el acento en las barreras que impiden la plena participación. Así, declara que “el concepto de “discapacidad”, en el sentido de la Directiva 2000/78, supone que la limitación que aqueja a la persona, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores” (punto 80). Se está analizando si la incapacidad para gestar puede considerarse incluida en el concepto de discapacidad y da derecho a disfrutar de un permiso retribuido, a lo que el TJUE responde negativamente, razonando que la incapacidad para gestar por medios convencionales no impide que ejecute su trabajo ni supone una dificultad para el ejercicio de su actividad (punto 81). Por ello, declara que esta afección no constituye una discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78 (punto 82). Fallando que la Directiva 2000/78 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” 2) del fallo.

El TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la obesidad y la discapacidad en la sentencia de 18 de diciembre de 2014, donde analiza todo el derecho de la Unión para concluir no se consagra “un principio general de no discriminación por razón de obesidad en el ámbito del empleo y la ocupación” (punto 40 y 1) del fallo). Sin embargo, cuando la obesidad del trabajador acarrea una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pudiera impedir la plena



participación en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y esta limitación fuera de larga duración, considera el TJUE que la obesidad “podría estar incluida en el concepto de <<discapacidad>> a efectos de la Directiva 2000/78” (punto 59 y 2) del fallo). Estableciendo que corresponde al tribunal nacional comprobar si concurren dichos requisitos (2) del fallo).

En 2016, conoce el TJUE del caso Daouidi, en la sentencia de 1 de diciembre de 2016. El Sr. Daouidi es despedido estando de baja por incapacidad temporal como consecuencia de un accidente laboral. El juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona que conoce de la demanda de despido plantea diversas cuestiones prejudiciales. En primer lugar, si la Carta comprendería la tutela de un trabajador despedido sólo por estar en situación de incapacidad temporal –de duración incierta- por un accidente laboral, cuando está recibiendo asistencia sanitaria y prestaciones de la Seguridad Social. Y, si la respuesta es negativa, entonces se plantea si la protección puede derivarse de la Directiva 2000/78, preguntándose si entraría en el concepto de “discriminación directa por discapacidad”.

Analiza el TJUE en primer lugar la Directiva 2000/78, dando respuesta a la quinta y última cuestión prejudicial, ya que se declara incompetente para conocer de las 4 primeras cuestiones prejudiciales. Considera que una discapacidad derivada de un accidente puede estar incluida en el concepto de discapacidad si acarrea limitaciones, físicas, mentales o psíquicas, que al interactuar con diversas barreras impide la plena participación en condiciones de igualdad con los demás trabajadores y exige que esa limitación sea de larga duración (punto 45). La clave de bóveda es determinar el carácter “duradero” de la limitación, y esta apreciación corresponde al juez nacional. Por ello, falla el TJUE, que la situación de incapacidad temporal, de duración incierta, no significa por sí sólo que pueda ser calificada de “duradera” a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. (1) del fallo). Considera indicios para apreciar que una limitación es “duradera”, que a la fecha del hecho discriminatorio no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo (2) del fallo). Y, por último, declara que la apreciación del carácter “duradero” corresponde al juzgado remitente que “debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales”. (3) del fallo)<sup>56</sup>.

123

En la sentencia de 9 de marzo de 2017 el TJUE analiza 4 cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de la Convención de la ONU y de la Directiva 2000/78, en el sentido de permitir una legislación nacional que proteja frente al despido a las personas con discapacidad por cuenta ajena, pero no a los funcionarios con la misma discapacidad. El TJUE razona que la normativa nacional debe interpretarse a la luz del Derecho de Unión, concretamente el principio de igualdad de trato y la Carta (punto 54), concluyendo que la distinción entre personas con la misma discapacidad, pero unos por cuenta ajena y otros funcionarios “no parece adecuada a la luz de la finalidad de dicha normativa” (punto 61). Fallando que el art. 7.2 de la Directiva 2000/78, coherente con la Convención de la

ONU, sobre los derechos de las personas con discapacidad, atendiendo al principio de igualdad de trato de los arts. 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, “debe interpretarse en el sentido de que permite una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que confiere a los trabajadores por cuenta ajena con determinadas discapacidades una protección especial *ex ante* frente al despido, sin conferir tal protección a los funcionarios con las mismas discapacidades, a menos que (y aquí es donde el TJUE equipara a trabajadores por cuenta ajena y funcionarios) se compruebe una vulneración del principio de igualdad de trato, lo cual debe ser verificado por el órgano judicial remitente” (punto 1) del fallo). Y, más claramente, establece la necesidad de respetar el derecho de la Unión lo que obligará a los Estados miembros a extender “el ámbito de aplicación de las normas nacionales que protegen a los trabajadores por cuenta ajena con una determinada discapacidad, con el fin de que dichas normas de protección cubran igualmente a los funcionarios con la misma discapacidad” (punto 2 del fallo).

## 5. ALTERNATIVAS PARA UNA POSIBLE REFORMA DEL ART. 49 DE LA CONSTITUCIÓN

124

E Con independencia de la posibilidad de reformas de la normativa de rango legal, queremos dejar constancia de una reflexión que surgió desde el primer momento de redacción de este trabajo, y es la necesaria y, creemos, urgente reforma del art. 49 CE. Su actual redacción utiliza la expresión “disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”, que nos parece totalmente inadecuada para referirse a las personas con discapacidad. Ciertamente que esta redacción se inserta en una época determinada, pero también es cierto que en el siglo XXI desde un modelo social de discapacidad se hace necesaria la utilización de un lenguaje adecuado a la realidad de las personas con discapacidad que sea, además, respetuoso con su dignidad. Por ello, consideramos más adecuada la expresión “personas con discapacidad”, aunque la doctrina ha utilizado la expresión “personas con diversidad funcional”, como en la siguiente propuesta de reforma del art. 49 CE de Blanca RODRÍGUEZ RUÍZ y Ana MARRADES PUIG:

Art. 49 CE: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con diversidad funcional física, sensorial y psíquica, a quienes prestarán la atención especializada que requieran y ampararán especialmente en el disfrute de los derechos reconocidos en este Título.”<sup>57</sup>

El Gobierno también ha sido sensible a esta necesidad de reforma del art. 49 CE, elaborando el Anteproyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española, “para acomodarlo a la realidad social y para sentar las bases de una acción pública más vigorosa y eficaz en el futuro”. Constatando que la terminología del art. 49 es inadecuada, necesitando su actualización en lenguaje y contenido, ya que no refleja los valores que



inspiran la protección de este colectivo y es reflejo del modelo médico superado hoy por el modelo social (punto I del Anteproyecto). Proponiendo la siguiente redacción:

“Artículo 49 de la Constitución Española queda redactado como sigue:

1. Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación.
2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad.
3. Se regulará la protección reforzada de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes.
4. Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”

El Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse a petición del Gobierno sobre este Anteproyecto emitiendo el Dictamen de 28 de febrero de 2019, donde a modo de preclusión propone modificar la redacción del precepto proyectado introduciendo los siguientes cambios (punto VI del Dictamen):

“- refundir los incisos 1 y 3 con una redacción como la siguiente: “las personas con discapacidad ejercen los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva. Se regulará la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio”.

Con respecto a este párrafo previamente ha razonado el Consejo de Estado que la referencia a la titularidad de los derechos y deberes es un reconocimiento que parece sugerir, que sin este reconocimiento no tendría lugar esta titularidad cuando considera que es evidente que cualquier persona es titular de los derechos y deberes constitucionalmente reconocidos por el mero hecho de ser persona. Y, un segundo motivo, es que el Capítulo III del Título I no es lugar para hacer una afirmación en este sentido (punto V.2.A del Dictamen). Por ello, propone cambiar titularidad por ejercicio del derecho.

En la segunda de las preclusiones el Consejo de Estado propone “completar la referencia a la participación de las organizaciones profesionales –contenida en el párrafo 2 del artículo 49- con la remisión a lo que disponga una norma con rango de ley”. Razona el Consejo de Estado que la referencia a la ley para la participación de las asociaciones lo configura como una materia de rango legal, e incluirlo como un requisito constitucional supondría elevar su rango, con el consiguiente control por parte del Tribunal Constitucional. Además, la constitucionalización de este requisito de audiencia supondría problemas de constitucionalidad derivados de la falta de cumplimiento del mismo o un

cumplimiento inadecuado, cuando es materia de mera legalidad ordinaria (punto V.2.B del Dictamen). Por ello, propone una redacción donde este requisito de audiencia se produzca “en los términos que la ley establezca”.

Y, la tercera preconclusión, propone “eliminar el apartado 4 del artículo 49 en tanto que, sin la mención a “la protección prevista en los tratados internacionales” – mención que resulta innecesaria-, dicho apartado queda vacío de contenido (punto VI del Dictamen). Argumenta el Consejo de Estado que la combinación de los artículos 96.1 CE y 49 CE garantiza la protección de los Tratados a las personas con discapacidad, por lo que su inclusión expresa es “ociosa, además de perturbadora” (punto V.2.D del Dictamen). Por todo ello propone su supresión.

## **6. CONCLUSIONES**

La primera conclusión a la que hemos llegado en el estudio de esta materia ha sido la de que las personas con discapacidad o, si se quiere, con diversidad funcional son sujetos de derechos, son ciudadanos y ciudadanas titulares de los derechos fundamentales y de todos los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a la ciudadanía. Desde esta perspectiva, el propio ordenamiento debe articularse para que ese disfrute de derechos sea pleno en condiciones de igualdad con el resto de la ciudadanía. De este modo la diversidad funcional no debe limitar a las personas que tienen esa circunstancia y es obligación de los poderes públicos y de toda la sociedad lograr esa igualdad de oportunidades.

Consideramos, igualmente, que la protección jurídica de las personas con discapacidad se articula a través del ordenamiento jurídico, pero en un ordenamiento multinivel hay que tener en cuenta que se produce una imbricación de normas de los distintos niveles de protección. Eso significa que no puede estudiarse de manera aislada la Convención, ni el derecho de la Unión, o el ordenamiento interno. De este modo, podemos concluir que nuestro artículo 49 CE en conexión con el art. 14 CE y el 9.2 CE, deben aplicarse y estudiarse teniendo en cuenta la Directiva 2000/78 y la Convención de Naciones Unidas sobre personas con discapacidad. Ofreciendo todas estas normas unos pilares básicos u objetivos que el ordenamiento debe tender a alcanzar a través su interpretación y aplicación por los órganos jurisdiccionales, a saber, igualdad, autonomía y plena participación.

Se ha producido una evolución en el tratamiento jurídico de la discapacidad. Así, las primeras regulaciones utilizaban la terminología de disminuido físico, psíquico o sensorial considerado como un sujeto a tutelar por el ordenamiento. En la actualidad se ha producido un cambio de paradigma donde el ordenamiento jurídico y la propia sociedad debe adaptarse a esa diversidad para lograr la igualdad y la inclusión, la plena

participación en la vida social, económica, política y cultural de las personas con diversidad funcional.

Son, por tanto, participación e igualdad los pilares que vertebran los derechos de las personas con diversidad funcional. Una participación plena, pero también en condiciones de igualdad. A partir de aquí todo el catálogo de derechos fundamentales deben garantizarse a las personas con diversidad funcional. Este sería un objetivo prioritario de toda la normativa tanto internacional como europea o interna, pero todavía existen numerosas situaciones por resolver. Excede de las dimensiones de esta obra, pero habría que abordar numerosos problemas como la esterilización de personas con discapacidad, sus derechos sexuales, su capacidad para contraer matrimonio, o el acceso y permanencia al mercado laboral, entre otros.

Consideramos urgente abordar la reforma del art. 49 CE, ya que la terminología que utiliza no se coherente con el actual modelo social de discapacidad. Creemos que se debería utilizar la expresión personas con discapacidad. Y reconocer expresamente, tanto la igualdad de oportunidades como la plena participación en la vida social, laboral, económica y cultural.

127

### BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, H. (2017): “La tutela constitucional de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho político*, nº 100, pg. 1029-1055.

BALAGUER CALLEJÓN, F. (1997): “La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal”, en *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Miguel Ángel GARCÍA HERRERA (dir.), Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, pg. 593-612.

- (2017): *Manual de Derecho Constitucional*, vol.I, Tecnos, Madrid.

BOBBIO, N. (1991): *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid.

CABRA DE LUNA, M. A. (2004): “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”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 50, pg. 21-46.

CUENCA GÓMEZ, P. (2012): “Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU”, *Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*, nº. 7, Universidad de Alcalá, Madrid.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (2014): *Constitucionalismo multinivel. Derechos Fundamentales*, Editorial Sanz y Torres, Madrid.

HÄBERLE, P. (2002): *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, Madrid.

MUÑOZ RUIZ, A. B. (2009): “El Caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores”, *Temas Laborales*, nº. 101, pg.- 321-339.

PRESNO LINERA, M. A. “Breves –y aquí urgentes y extraordinarios- apuntes sobre los procesos electorales (3): el ejercicio del voto por personas con alguna discapacidad”, *El derecho y el revés*, blog en, <https://presnoliner.wordpress.com/2019/03/14/breves-y-aqui-urgentes-y-extraordinarios-apuntes-sobre-los-procesos-electorales-3-el-ejercicio-del-voto-por-personas-con-alguna-discapacidad/> Última visita 10.01.2019.

128

ROCA TRÍAS, E. (2017): “Conferencia inaugural: Discapacidad y protección de los derechos fundamentales”, en *Protección jurídica de la persona con discapacidad*, Ignacio SERRANO GARCÍA y Alfonso CANDAU PÉREZ (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, pg. 15- 34.

RODRÍGUEZ, A., (2001): *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (2008): “Novedades sobre la discriminación por discapacidad en la Unión Europea”, *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, nº 2, pg. 83-98.

- (2008): “Un nuevo paso en la protección jurídica de las personas con discapacidad”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, pg. 39-49.

RODRÍGUEZ RUÍZ, B. (2018): “Discapacidad y la interseccionalidad de la discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral”, en *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales. Un recorrido por la jurisprudencia TJUE tras la entrada en vigor de la Carta*, Ana M. CARMONA CONTRERAS (dir.), Aranzadi, Navarra, pg. 151-165.

RODRÍGUEZ RUÍZ, B. y MARRADES PUIG, A., (2018): “Artículo 49”, en *Estudios sobre la reforma de la Constitución de 1978 en su cuarenta aniversario*, Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ (coord.), Aranzadi, Navarra, pg. 138-141.



SANJOSE GIL, A. (2007): “El primer Tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, (REEI) *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 13, pg. 1-26.

## REFERENCIAS

<sup>1</sup> Financiado por: FEDER/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Agencia Estatal de Investigación/ Proyecto Límites a la fragmentación de los derechos fundamentales en la Europa integrada y un contexto globalizado: sujetos, ordenamientos, competencias, estándares y territorios (referencia DER2017-85659-C5-4-R).

<sup>2</sup> Se utilizan también otras expresiones, pero nosotros vamos a optar por mantener la expresión personas con discapacidad, siguiendo las recomendaciones de las principales asociaciones de personas con discapacidad. Cfr. <https://www.discapnet.es/areas-tematicas/nuestros-derechos/tus-derechos-fondo/discapacidad-versus-minusvalia> y <https://www.cermi.es/es/> Última visita 30.03.2018.

Y la propia opción del legislador que utiliza la expresión personas con discapacidad 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.

<sup>3</sup> En este sentido, Francisco BALAGUER CALLEJÓN considera que “en el ámbito supranacional definido por el proceso de integración europea no es posible hablar todavía de la implantación de un principio de unidad basado en el sometimiento de todas las normas y ordenamientos del sistema a las condiciones de validez establecidas en una Constitución o un conjunto normativo de esa naturaleza.” Siendo un punto de ruptura en la articulación del ordenamiento global. Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F. (2017): *Manual de Derecho Constitucional*, vol. I, Tecnos, Madrid, pg. 92.

<sup>4</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F. (1997): “La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal”, en *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, GARCÍA HERRERA, M. A. (dir.), Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, pg. 594.

<sup>5</sup> Cfr. Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *Manual de derecho constitucional*, op. Cit., pg. 93.

<sup>6</sup> Cfr. RODRÍGUEZ, A. (2001): *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, pg. 41. El ordenamiento supranacional “es válido en el territorio del Estado sólo porque el ordenamiento del Estado decide integrarlo en el derecho interno”, *ibidem*, pg. 51.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pg. 30.

<sup>8</sup> En este sentido, HÄBERLE, P. (2002): *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, Madrid, pg. 258-259.

<sup>9</sup> Esta clasificación en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (2014): *Constitucionalismo multinivel. Derechos Fundamentales*, Editorial Sanz y Torres, Madrid, pg. 57. En este libro la autora aborda el concepto de constitucionalismo multinivel sobre los derechos fundamentales.

<sup>10</sup> Este es precisamente el objeto del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Tal como establece su art. 1, esta ley tiene por objeto:

“a) Garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España”.

<sup>11</sup> La doctrina lo ha considerado así. En este sentido CUENCA GÓMEZ, P. (2012): “Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU”, *Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*, núm. 7, Universidad de Alcalá, Madrid, pg. 26-42. También Encarnación ROCA TRÍAS apunta la evolución desde un modelo paternalista basado en la enfermedad hasta un modelo basado en la autonomía personal, de acuerdo con el principio de dignidad humana. ROCA TRÍAS, E. (2017): “Conferencia inaugural: Discapacidad y protección de los derechos fundamentales”, en *Protección jurídica de la persona con discapacidad*, SERRANO GARCÍA, I. y CANDAU PÉREZ, A. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, pg. 21. Un estudio de la evolución histórica desde el modelo eugenésico, el modelo médico y el modelo social hasta llegar al modelo constitucional en ÁLVAREZ GARCÍA, H. (2017): “La tutela constitucional de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho político*, nº 100, septiembre-diciembre, pg. 1029-1040. Ana Belén MUÑOZ RUÍZ ha definido el modelo social como una perspectiva donde “la discapacidad no es un estado intrínseco al individuo sino el resultado de la situación del individuo afectado en su ambiente y en la más amplia estructura de la sociedad, que coloca al individuo en una posición de desventaja. Mientras el modelo rehabilitador considera la discapacidad como un perjuicio funcional, el modelo social comprende la discapacidad como una particular relación entre el perjudicado y la sociedad”. Cfr. MUÑOZ RUÍZ, A. B. (2009): “El Caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores”, *Temas Laborales*, nº. 101, pg. 327.

<sup>12</sup> Cfr. Encarnación ROCA TRÍAS, op. Cit., pg. 20.

<sup>13</sup> Un estudio acerca de la evolución del Derecho Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el marco de las Naciones Unidas hasta llegar a la Convención, ha sido abordado por SANJOSÉ GIL, A. (2007): “El primer Tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, (REEI) *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, pg. 4-8.

<sup>14</sup> Cfr. BOBBIO, N. (1991): *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, pg. 64.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pg. 68.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pg. 75-77.

<sup>17</sup> Héctor ÁLVAREZ GARCÍA, op. Cit., pg. 1043.

<sup>18</sup> En este sentido, Patricia CUENCA GÓMEZ, op. Cit., pg. 25. Héctor ÁLVAREZ GARCÍA, coincide en que la gran aportación de la Convención es el tratamiento de la discapacidad desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Op. Cit., pg. 1043. En el mismo sentido, Amparo SANJOSÉ GIL considera que la Convención da paso a un nuevo paradigma que considera a las personas con discapacidad “sujetos de derechos, con plena participación en la formulación y ejecución de los planes y políticas que los afectan”. Cfr. Amparo SANJOSÉ GIL, op. Cit., pg. 3. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElPrimerTratadoDeDerechosHumanosDelSigloXXI-2327515.pdf Última visita 15.03.2019.

<sup>19</sup> Cfr. Amparo SANJOSÉ GIL, op. Cit., pg. 13.



<sup>20</sup> Cfr. Patricia CUENCA GÓMEZ, op. Cit., pg. 59 y ss.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pg. 43-47.

<sup>22</sup> Héctor ÁLVAREZ GARCÍA, op. Cit., pg. 1041-1042.

<sup>23</sup> Patricia CUENCA GÓMEZ, op. Cit., pg. 158.

<sup>24</sup> Héctor ÁLVAREZ GARCÍA, op. Cit., pg. 1044.

<sup>25</sup> En este sentido, Amparo SANJOSÉ GIL, op. Cit., pg. 14-15.

<sup>26</sup> Cfr. Amparo SANJOSÉ GIL, op. Cit., pg.12.

<sup>27</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (2008): “Un nuevo paso en la protección jurídica de las personas con discapacidad”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, pg.48.

<sup>28</sup> Amparo SANJOSÉ GIL, op. Cit., pg. 10. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElPrimerTratadoDeDerechosHumanosDelSigloXXI-2327515.pdf Última visita 25.05.2019.

<sup>29</sup> En el artículo 2 de la Convención se regulan una serie de definiciones. Entre ellas, la discriminación por motivos de discapacidad estableciendo que: “Por «discriminación por motivos de discapacidad» se entenderá 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”.

131

<sup>30</sup> Patricia CUENCA GÓMEZ, op. Cit., pg. 143.

<sup>31</sup> Cfr. Amparo SANJOSÉ GIL, op. Cit., pg. 24. Un estudio del proceso de redacción de la Convención en éste punto en *ibidem*, pg. 20-24.

<sup>32</sup> <https://www.cermi.es/> Última visita 30.03.2018.

<sup>33</sup> [http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO26025/Informe\\_CERMI\\_derechos\\_humanos\\_discapacidad\\_2010.pdf](http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO26025/Informe_CERMI_derechos_humanos_discapacidad_2010.pdf) Última visita 30.03.2018.

<sup>34</sup> Cfr. Encarnación ROCA TRÍAS, op. Cit., pg. 20.

<sup>35</sup> Versión consolidada, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 24.12.2002. [https://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Trat\\_EC\\_consol.pdf](https://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Trat_EC_consol.pdf) Última visita 15.09.2018.

<sup>36</sup> En este sentido, Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, op. Cit., pg. 84.

<sup>37</sup> [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014\\_2019/documents/com/com\\_com\(2014\)0002\\_/com\\_com\(2014\)0002\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/com/com_com(2014)0002_/com_com(2014)0002_es.pdf) Última visita 20.09.2018.

<sup>38</sup> Los ítems sobre los que se desarrolla el European Accessibility Act son: computers and operating systems, ATMs, ticketing and check-in machines, smartphones, TV equipment related to digital television services, telephony services and related equipment, audiovisual media services such as television broadcast and related consumer equipment, services related to air, bus, rail and waterborne passenger transport, banking services, e-books, e-commerce. <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1202&langId=en> Última visita 13.02.2018

<sup>39</sup> Patricia CUENCA GÓMEZ, op. Cit., pg. 152-153.

<sup>40</sup> Terminológicamente la CE ha utilizado la expresión disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos, habiendo sido superada esta expresión por la discapacidad, y todavía hoy, por la más correcta de personas con diversidad funcional. Sobre este cambio terminológico cfr. Encarnación ROCA TRÍAS, op. Cit., pg. 18. Héctor ÁLVAREZ GARCÍA urge a la reforma de la Constitución eliminando esta expresión, ya que considera que el lenguaje no es ideológicamente neutro y debe usarse una expresión acorde con la dignidad humana y la titularidad de derechos. Cfr. Héctor ÁLVAREZ GARCÍA, op. Cit., pg. 1039.

<sup>41</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (2008): “Un nuevo paso en la protección jurídica de las personas con discapacidad”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, pg. 40.

<sup>42</sup> *Ibidem*, pg.49. Héctor ÁLVAREZ propone la conexión del art. 49 CE con los valores superiores de igualdad y libertad del 1.1 CE, con la cláusula del Estado social, la dignidad humana del 10.1 CE, el derecho a la igualdad del art. 14 CE y el art. 9.2 CE. Cfr. Héctor ÁLVAREZ GARCÍA, op. Cit., pg. 1040.

<sup>43</sup> Los conceptos de discriminación directa e indirecta se recogen en art. 6 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Posteriormente, el 10 de junio de 2011 el BOCG publica el Proyecto de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación cuyo artículo 5 define la discriminación directa e indirecta para, entre otros las personas con discapacidad, en términos similares a la ley de igualdad de género. Pero incorpora dos definiciones de discriminación en el art. 6, la discriminación por asociación, y la discriminación por error. Así, considera que existe discriminación por asociación, “cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo dos de esta Ley, es objeto de un trato discriminatorio”. Y, establece que la discriminación por error “es aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas.” En 2013, será el RDL 1/2013, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, el que formule los conceptos de discriminación directa, indirecta y por asociación en relación con la discapacidad. Así, el art. 2 establece: c) Discriminación directa: es la situación en que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de o por razón de su discapacidad.

d) Discriminación indirecta: existe cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.

e) Discriminación por asociación: existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad”.

<sup>44</sup> Cfr. RODRÍGUEZ RUÍZ, B. (2018): “Discapacidad y la interseccionalidad de la discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral”, en *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales. Un recorrido por la jurisprudencia TJUE tras la entrada en vigor de la Carta*, CARMONA CONTRERAS, A. (dir.), Aranzadi, Navarra, pg. 155. Entiende la autora por discriminación “las diferencias injustificadas de trato que se producen, no a título individual, sino en razón de la pertenencia de una persona a determinado/s colectivo/s social/es.”, *ibidem*, pg. 155.

<sup>45</sup> En este sentido, Patricia CUENCA GÓMEZ, op. Cit., pg. 100-101.



<sup>46</sup> Tenemos, también, toda una legislación de desarrollo que regula aspectos parciales: Ley 15/1995, de 30 de mayo, de límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad. (Boletín Oficial del Estado nº 139, de 31 de mayo de 2015).

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. (Boletín Oficial del Estado nº 277, de 19 de noviembre de 2003).

Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. (Boletín Oficial del Estado nº 255, de 24 de octubre de 2007).

Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad. (Boletín Oficial del Estado nº 94, de 20 de abril de 2005).

Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. (Boletín Oficial del Estado nº 300, de 16 de diciembre de 2006).

Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad. (Boletín Oficial del Estado nº 297, de 13 de diciembre de 2006).

Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado. (Boletín Oficial del Estado nº 72, de 24 de marzo de 2007).

Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones. (Boletín Oficial del Estado nº 113, de 11 de mayo de 2007).

Real Decreto 1494/2007, de 12 noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social. (Boletín Oficial del Estado nº 279, de 21 de noviembre de 2007).

Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad. (Boletín Oficial del Estado nº 290, de 4 de diciembre de 2007).

Real Decreto 1612/2007, de 7 diciembre que regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio. (Boletín Oficial del Estado nº 294, de 8 de diciembre de 2007).

<sup>47</sup> Cfr. Patricia CUENCA GÓMEZ, op. Cit., pg. 145-147.

<sup>48</sup> Cfr. CABRA DE LUNA, M. A. (2004): “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”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 50, pg. 26.

<sup>49</sup> Héctor ÁLVAREZ GARCÍA, op. Cit., pg. 1052.

<sup>50</sup> En este sentido ha tenido ocasión de pronunciarse la doctrina, cfr. PRESNO LINERA, M. A. “Breves – y aquí urgentes y extraordinarios- apuntes sobre los procesos electorales (3): el ejercicio del voto por personas con alguna discapacidad”, *El derecho y el revés*, blog en, <https://presnoliner.wordpress.com/2019/03/14/breves-y-aqui-urgentes-y-extraordinarios-apuntes-sobre-los-procesos-electorales-3-el-ejercicio-del-voto-por-personas-con-alguna-discapacidad/> Última visita 4.04.2019.

<sup>51</sup> Sobre el caso Coleman como una cuestión de discriminación directa por razón de discapacidad cfr. Blanca RODRÍGUEZ RUÍZ, op. Cit., pg. 156-160. Sin embargo, esta autora aborda también la cuestión como una discriminación indirecta por razón de sexo-género, ya que el trato discriminatorio del caso Coleman, aunque en principio es neutro, afecta principalmente a mujeres. Considerando que estamos ante una <<discriminación interseccional>>, que sería la “discriminación que se produce como consecuencia de dinámicas sociales que afectan específicamente a colectivos en que se dan cita más de un motivo sospechoso de discriminación”, *Ibidem*, pg. 160-163.

<sup>52</sup> Un estudio en profundidad de la sentencia Coleman puede consultarse en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “Novedades sobre la discriminación por discapacidad en la Unión Europea”, op. Cit., pg. 90-98.

<sup>53</sup> *Ibidem*, pg. 97.

<sup>54</sup> En este sentido, Ana Belén MUÑOZ RUÍZ, op. Cit., pg. 326. Esta autora define la discriminación transferida como “la situación en la que un sujeto experimenta discriminación no debido a las características que él o ella posee, tales como su propia discapacidad, origen étnico o religión, sino debido a la relación que mantiene con alguien que posee tales características”. *Ibidem*, pg. 331. Sobre el origen de la doctrina de la discriminación transferida en la legislación británica y su desarrollo por los jueces y tribunales, ver *Ibidem*, pg. 331-335.

<sup>55</sup> *Ibidem*, pg. 330.

<sup>56</sup> El Juzgado nº 33 de Barcelona dictó sentencia el 23 de diciembre de 2016, sentencia 472/2016, declarando la nulidad del despido por constituir una discriminación por razón de discapacidad, condenando a la empresa a la readmisión y a adoptar, si fuere necesario, los ajustes razonables en su puesto de trabajo que exija la limitación residual que pudiera padecer.

<sup>57</sup> Esta es la propuesta de RODRÍGUEZ RUÍZ, B. y MARRADES PUIG, A. (2018): “Artículo 49”, en *Estudios sobre la reforma de la Constitución de 1978 en su cuarenta aniversario*, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (coord.), Aranzadi, Navarra, pg. 138-141.

