

CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD A NIVEL INTERNACIONAL Y EUROPEO

ELENA CASTRO SURÍS

Doctoranda de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidade de Vigo (España)

ecassur@gmail.com

RESUMEN

La protección de personas que cuentan con una discapacidad constituye el reflejo del compromiso con los derechos humanos a nivel internacional y con la búsqueda de un desarrollo económico arraigado en el bienestar social. Este estudio busca, a partir de fuentes jurídicas actualizadas, darle respuesta a la delimitación del contenido sustantivo del concepto de discapacidad, con especial referencia a la adaptación, y promover la inclusión y protección efectiva de este colectivo.

Palabras clave: Discapacidad; discriminación por discapacidad; Modelo social; adaptación; ajustes razonables.

ABSTRACT

The most vivid proof of the international community's commitment to the advancement of human rights as well as to an economic development deeply rooted in social welfare is, indeed, the birth of Disability Rights Law. The ultimate purpose of this study is to delve deeper into the conceptualization of disability, with a special focus on adaptation, and to promote the inclusion and effective protection of this group.

Keywords: Disability; disability discrimination; social model; adaptation; reasonable accommodation.

RESUMO

A protección de persoas que contan cunha discapacidade constitúe o reflexo do compromiso cos dereitos humanos a

Recibido: 10/07/2022 — Aceptado: 20/07/2022

nivel internacional e coa procura dun desenvolvemento económico arraigado no benestar social. Este estudio busca, a partir de fontes xurídicas actualizadas, darlle resposta á delimitación do contido substantivo do concepto de discapacidade, con especial referencia á adaptación, e promover a inclusión e protección efectiva deste colectivo.

Palabras clave: Discapacidad; discriminación por discapacidad; modelo social, adaptación; axustes razoables.

SUMARIO

1. Introducción; 2. Especial referencia a la adaptación; 2.1. Unde hardship; 2.2. Promoción pública; 3. Discriminación por asociación; 4. Discriminación múltiple e intersectorial; 5. Acceso a bienes y servicios; 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La protección de personas que cuentan con una discapacidad constituye el reflejo del compromiso con los derechos humanos a nivel internacional y con la búsqueda de un desarrollo económico arraigado en el bienestar social. Este estudio busca, a partir de fuentes jurídicas actualizadas, darle respuesta a la delimitación del contenido sustantivo del concepto de discapacidad, con especial referencia a la adaptación, y promover la inclusión y protección efectiva de este colectivo.

Se va a prescindir aquí de una descripción pormenorizada de la evolución, relativamente reciente, de la normativa internacional, europea e interna sobre la discriminación por discapacidad. Baste decir que, indudablemente, la Convención de Naciones Unidas de 2006 constituyó un hito fundamental, a partir del cual se desarrolla una legislación multinivel que tiene sus orígenes en épocas previas, pero que tiene que adaptarse a aquélla, de la cual debe predicarse que, más allá de ser un mínimo común denominador, supuso un importante revulsivo en todos los niveles jurídicos. Tanto la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, como la ley española, refundida en el Real

Decreto legislativo 1/2013, de 29 noviembre, recibieron un impulso decisivo a partir de la asunción de la Convención. No por casualidad, la doctrina judicial del TJUE, del TEDH y, en cuanto al ordenamiento español, del TC, del TS y de los órganos judiciales inferiores ha alcanzado un nivel de desarrollo muy significativo en los últimos años. Es más, es muy perceptible una evolución de la jurisprudencia multinivel, bastante en sintonía con los principios internacionales, que se han mostrado particularmente fecundos y, desde luego, todavía susceptibles de nuevos criterios interpretativos, que deben profundizar todavía más en la protección contra la discriminación de las personas con diversidades funcionales.

2. ESPECIAL REFERENCIA A LA ADAPTACIÓN

2.1. UNDUE HARSHSHIP

Durante la pasada década, con el nacimiento del modelo social como nuevo prisma para entender el origen de las diferentes discapacidades, los Estados han tenido más presente la necesidad de mejora de la inserción laboral de las personas que cuentan con ellas¹. Esto se debe a que el paradigma social concibe la discapacidad como una *situación* en la que se haya el individuo a causa del entorno. En otras palabras, una persona no cuenta con una discapacidad en términos absolutos sino relativos. El grado de discapacidad dependerá de la mayor o menor *falta de adaptación* del puesto de trabajo en cuestión².

El equivalente jurídico de esta teoría se materializa en la obligación recogida en la legislación internacional y nacional de realizar *ajustes razonables* en el puesto de trabajo. Es decir, en la necesidad de facilitar el acceso al puesto laboral, de llevar a cabo modificaciones sobre el mismo con la finalidad de que no exista desigualdad entre personas con o sin condiciones físico-psíquicas que puedan derivar en una

¹ COLOMINAS GUTIÉRREZ D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual. Una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, 2008, Universidad Autónoma de Barcelona, España, p.19.

² SHAKESPEARE, T., 'The Social Model of Disability', *The disability studies reader*, vol.2 (2006), p.215.

discapacidad *de facto*. Los ajustes razonables, en suma, previenen que las personas afectadas por estas condiciones se enfrenten a una *undue hardship* o dificultad innecesaria o desproporcionada a la hora de acceder al mercado laboral³.

No obstante, el imperativo legal de realizar ajustes razonables no incluye absolutamente cualquier tipo de adaptación. La configuración de la obligación conlleva implícitamente un límite, el de no constituir una *carga excesiva* para el sujeto al que se refiere la normativa. El límite y, en consecuencia, el contenido de los ajustes razonables a efectuar, dependerá del entorno cultural y del sistema legal nacional o -habitualmente- multinivel ante el que se encuentre la persona con una discapacidad⁴.

Primero, a nivel internacional, la aprobación de la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* [CIDPD] y su Protocolo Facultativo en 2006, supuso un paso significativo hacia la efectiva protección de las personas con discapacidad en materia de ajustes razonables. El art. 3 CIDPD señala como principios que inspiran el articulado de la misma: “a) *El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; [...] d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades*”. De aquí se deriva la aceptación del modelo social y la personalidad dinámica de las personas con discapacidades por parte de la comunidad internacional. Esto se confirma, especialmente, teniendo en cuenta el apartado e) de su preámbulo: “*la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”.

³ COOPER, J.O., 'Overcoming barriers to employment: the meaning of reasonable accommodation and under hardship in the Americans with disabilities Act', *University of Pennsylvania Law Review*, vol.139:1991 (1990). p.1423-1427.

⁴ *Supra* 2, p.219.

En base a la asunción de este modelo por los Estados miembros, el art. 27.i) CIDPD recoge la obligación de realizar ajustes razonables para garantizar la igualdad de oportunidades del art. 3.e): "Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye 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 [...] adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas, velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo". Un incumplimiento de los preceptos supondría una conducta discriminatoria, de acuerdo con el art. 2 CIDPD.

La Convención, sin embargo, alberga una serie de carencias a la hora de delimitar la extensión de la necesidad de realizar ajustes razonables⁵. El art. 2 CIDPD define qué se entiende por un ajuste razonable: "se entenderán 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 -incluido el derecho al trabajo- y libertades fundamentales".

Pese a que se ha cristalizado qué se entiende por «ajustes», i.e. modificaciones o adaptaciones ya sea - en sentido estricto- en el ámbito del trabajo o -en sentido amplio- en el que cualquier derecho o libertad se vea comprometido/a, no existe un contenido sustantivo fijo con respecto a cuándo dicho ajuste es «razonable». La falta de precisión de la razonabilidad o no de un ajuste se debe a dos motivos. Primero, intentar promover una flexibilidad para el sujeto

⁵ COLOMINAS GUTIÉRREZ D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual. Una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, 2008, Universidad Autónoma de Barcelona, España, p.92,93.

que debe realizar el ajuste y que no suponga una carga excesiva para el mismo, concepto que tampoco se precisa con suficiencia. Segundo, evitar una enumeración exhaustiva de adaptaciones o modificaciones que pueda llegar a perjudicar a personas que cuenten con condiciones físico-psíquicas que no se hayan previsto a la hora de realizar la enumeración de los ajustes pertinentes⁶.

Conviene pues, hacer referencia a sistemas regionales o nacionales a tenor de la remisión indirecta que realiza el CIDPD. Las principales diferencias concernirán a la caracterización del imperativo legal de realizar ajustes razonables y del concepto de persona con discapacidad, ampliamente influenciada por la tradición cultural y la mayor o menor influencia del modelo social -pese a la aprobación del CIDPD- en el territorio⁷.

A nivel de la Unión Europea, el texto legal por excelencia que versa sobre la protección de personas que cuentan con discapacidades es la Directiva 2000/78 CE de *Igualdad de Trato en el Empleo y en la Ocupación*, previa a la CIDPD. Fuentes legales europeas originarias tales como el *Tratado de Lisboa* y su incorporada *Carta de Derechos Fundamentales* [CDF] ya habían incidido sobre la necesidad de protección de este grupo vulnerable. Con todo, de su redacción legal no se podían inferir medidas claras para la implementación efectiva del modelo social. La Directiva 2000/78 CE supuso por aquel entonces un hito para la unificación -y para el comienzo de homogeneización- de la aplicación práctica del modelo social. En particular, en su artículo 5 precisa que, para profesar de forma adecuada la teoría social de la discapacidad, los ajustes razonables son un componente crucial a tener en cuenta.

El precepto expone que: "a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables". Matizando, de nuevo, qué es un ajuste

⁶ COLOMINAS GUTIÉRREZ D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual. Una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, 2008, Universidad Autónoma de Barcelona, España, p.146.

⁷ *Ibid*, p.39.

razonable para la UE, apunta 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*”. Pese a que únicamente hace referencia al sector privado, su art. 3 expande la obligación al sector público.

El abogado general del TJUE, como conclusión a la cuestión prejudicial *HR rail SA*⁸, ha elaborado sobre el ámbito de aplicación de los ajustes razonables. En particular, el abogado general indica que la adaptación no debe ser únicamente realizada para acomodar el «lugar de trabajo» *stricto sensu*. Específicamente, las conclusiones expresan que “*los ajustes razonables pueden comprender la recolocación de la persona discapacitada en otro puesto de trabajo dentro de la empresa*” y que cuando “*se declara a un trabajador -incluido el que desarrolla una actividad en prácticas en el marco de su contratación- definitivamente no apto para ocupar el puesto de trabajo al que fue adscrito, la empresa está obligada, en virtud de los “ajustes razonables” a que se refiere dicho artículo, a recolocarle en otro puesto de trabajo, cuando el trabajador en cuestión disponga de la competencia, capacidad y disponibilidad exigidas, y cuando dicha medida no suponga una carga excesiva para el empresario*”.

La obligación no es absoluta y cuenta con dos límites: “(que) *exista por lo menos un puesto vacante que el trabajador en cuestión puede ocupar. En efecto, como señaló la Comisión en sus observaciones escritas, la recolocación de un trabajador discapacitado no debe abocar a privar a otro trabajador de su empleo ni forzar a este último a intercambiar su puesto de trabajo*”. Así, el lugar de

⁸ *HR Rail SA v. Belgium*, C-485/20, TJUE, 2021. Conclusiones del abogado general (A.Ranthos).

trabajo debe de ser entendido de manera amplia, entendiendo como tal la empresa en su conjunto.

No obstante, el texto legal no realiza más aportaciones sustanciales al contenido de la razonabilidad de los ajustes. Si acaso, la Directiva 2000/78 CE se nutre de la CIDPD por ser un convenio internacional ratificado con posterioridad a la aprobación de la Directiva⁹. Nuevamente, determinar la procedencia o no de un ajuste corresponderá a la legislación nacional y al entorno que la rodea.

Con todo, el sistema de fuentes actual es *multinivel* y, por ello, pueden darse casos de retroalimentaciones bidireccionales como ha sucedido con la delimitación -o el intento de la misma- de la relación entre el concepto de discapacidad y los ajustes razonables. Especialmente, teniendo en cuenta que la Directiva europea no especifica qué se entiende por persona que cuenta con una discapacidad.

En esta línea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea [TJUE], ha contribuido a la delimitación del concepto de persona que cuenta con discapacidades y del papel que juegan los ajustes razonables en el mismo. En particular, en el caso *HK Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening*¹⁰ -posterior a la ratificación del CIDPD- se planteó la cuestión de la inclusión o no en el concepto de persona con discapacidad a dos trabajadoras que contaban con enfermedades que propiciaban múltiples ausencias a su puesto de trabajo y solicitaban una reducción de jornada. El TJUE optó por un posicionamiento social, indicando que los ajustes razonables en sí mismos: “*son la consecuencia y no el elemento constitutivo del concepto de discapacidad*”¹¹ por lo que la reducción de la jornada laboral sí constituiría un ajuste razonable, en consonancia con la voluntad inclusiva del CIDPC y la flexibilidad por la que se abogó al no indicar

⁹ En este sentido, *inter alia*, STJUE, 11 de abril de 2013, *HK Danmark v. Arbejdsgiverforening*, asunto C-335/11 (ECLI:EU:C:2013:222); STJUE, de 2014, Z. v A Government department, asunto C-363/12, de 18 de marzo de 2014 (ECLI:EU:C:2014:159); art. 32 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

¹⁰ STJUE, 11 de abril de 2013, *HK Danmark v. Arbejdsgiverforening*, asunto C-335/11 (ECLI:EU:C:2013:222).

¹¹ *Ibid.*, para.46.

exhaustivamente las adaptaciones consideradas ajustes razonables. Es decir, el *tipo* de ajuste razonable no es el elemento constitutivo de la discapacidad, pero sí la barrera que lo genera, como expone el TJUE indicando: "a este respecto, procede considerar que el concepto de «discapacidad», [...] de la presente sentencia, debe entenderse en el sentido de que se refiere a un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional". En suma, a nivel europeo el TJUE ha cristalizado la casuística del modelo social y el concepto de persona con discapacidad de cara a la búsqueda de la mayor inclusión de las personas que cuenten con una discapacidad sea cual sea el tipo de adaptación necesaria mientras no sea una carga excesiva.

Para concluir con el ámbito europeo, es conveniente mencionar la cláusula de excepcionalidad del artículo 4 de la Directiva 2000/78 CE. A través de la misma, las organizaciones públicas o privadas que cuenten con una ética fundada en convicciones particulares "podrán exigir en consecuencia a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe". Al amparo del precepto, la necesidad o no de realizar ajustes razonables no solo se determina con respecto a la existencia o no de una carga excesiva sino a la propia finalidad del puesto de trabajo. Es decir, las personas que cuenten con una condición no aparente, en casos de riesgo particular para la sociedad pueden verse obligadas a comunicarlo en base a una buena fe contractual y pueden no ser contratadas a causa de ello. Su párrafo segundo elabora sobre esto y lo matiza indicando que una diferencia en el trato no constituye discriminación cuando "por la naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrolleen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización".

Los supuestos en los que contratar a una persona con una condición determinada supone un riesgo excesivo para el conjunto no se encuentran tasados, y a consecuencia, serán objeto de consideración por los órdenes jurisdiccionales nacionales. Un ejemplo ilustrativo se daría en el caso de empresas de transporte aéreo en el que la persona con discapacidad sufra de una condición psíquica que pueda

afectar a la seguridad de los pasajeros, v.g. *Werner Fries v. Lufthansa City Line*¹² con respecto a pilotos mayores 65 años y su idoneidad o no para la realización de vuelos vacíos o de traslado sin pasajeros ni carga.

A nivel de España, en el 2003, la transposición de la directiva por medio de la *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social [LISMI]*, no trajo consigo grandes cambios con respecto a su original europea. Si cabe, contribuyó suavemente a la delimitación del concepto carga excesiva. El art. 37.2 bis LISMI contempla que “*los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta [...] salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa*”. Aquí, se presta especial atención a los costes financieros que conlleva el ajuste razonable, criterio español para determinar si la carga es excesiva para el empresario en función de su volumen de negocios total.

Sobre esto, y en relación con el concepto de discapacidad, en 2011, España dictó la *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Esta regulación -junto con la Ley 62/2003- se encuentra desde el 2013 subsumida en el *Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*. Especialmente llamativo es su artículo 1.2 donde se ve reflejada la dicotomía modelo médico/social. En él se establece que: “*son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva*

¹² STJUE de 5 de julio de 2017, *Werner Fries v. Lufthansa City Line*, asunto C-190/16, (ECLI:EU:C:2017:513).

en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás". Donde se pone de manifiesto el postulado básico del modelo social, complementado con: "*además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento*". Donde se aboga por un modelo médico.

El texto refundido de 2012 no llevó a cabo ninguna modificación sustancial de la Ley de 2011, estableciendo que: "*además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad*". Así, en España no se ha producido una ruptura de más calado con el modelo médico, por considerar su implementación excesivamente compleja y casuística¹³.

En la esfera estrictamente constitucional, el TC, en su sentencia STC 15 de marzo de 2021¹⁴, se ha posicionado al respecto de, precisamente, la relación entre ajustes razonables y el concepto de discapacidad. En esta sentencia, el Letrado de la Administración de Justicia contaba con una discapacidad psíquica reconocida del 10%, no comunicada. El funcionario comenzó a no desempeñar su función de manera completamente correcta -especialmente en sus obligaciones de supervisión- por lo que el Ministerio procedió a la separación del servicio de esta persona, habiendo constatado su discapacidad pero sin realizar ajustes razonables. El argumento primordial fue el grado leve de discapacidad contrario a una consideración de

¹³ SHAKESPEARE, T., 'The Social Model of Disability', *The disability studies reader*, vol.2 (2006), p.345.

¹⁴ STC 51/2021 de 15 de marzo de 2021.

discapacidad por el modelo médico español y la aparente falta de causalidad entre la discapacidad y el desempeño laboral. Posteriormente, se revaluó a instancia del demandante su grado de discapacidad constatándose un 34%. El TC puso de manifiesto dos cuestiones especialmente relevantes: primero, consolidó la aproximación social del concepto de discapacidad indicando que “*la constatación de que una persona tiene una “discapacidad” en el sentido asumido por el legislador en el 4 de la LGDPD, y la determinación de su alcance, precede lógicamente a la consideración y adopción de las medidas necesarias para cumplir con la obligación de proceder a los ajustes razonables*”¹⁵. En segundo lugar, “*la adopción de medidas como el despido o la imposición de una sanción de carácter disciplinario, que estén relacionadas con dificultades en el desempeño de sus funciones que puedan ser solventadas mediante ajustes razonables, incurrirán en discriminación prohibida por el 14 CE, aun cuando estén basadas en razones objetivas aparentemente neutras*”¹⁶.

De la regulación multinivel protectora de las personas con discapacidad -CIDPD, Directiva 2000/78 CE y la Constitución Española- se percibe una progresiva consolidación del modelo social. No obstante, existe aún una influencia del modelo médico a nivel nacional. Ordenamientos como el español consideran que, a partir de ciertos grados de discapacidad, los ajustes razonables siempre serán necesarios independientemente del puesto - es decir, una posible discapacidad absoluta y no relativa- o, incluso, que siempre constituirán una carga excesiva para el empresario. Por ello, se mantiene presente la cuestión de si la adaptación forma parte del concepto discapacidad o se compone únicamente de esa “condición previa a largo plazo”.

2.2. PROMOCIÓN PÚBLICA

En el apartado anterior se ha mencionado el irremplazable papel de los ajustes razonables como piedra angular del modelo social. Sin embargo, de forma complementaria a las medidas de obligado cumplimiento cuya inobservancia

¹⁵ *Ibid*, p.27.

¹⁶ *Ibid*.

constituiría una discriminación por discapacidad, existen medidas de *acción positiva*. Estas tienen como objetivo prever o paliar las desigualdades existentes en la sociedad, ya sea por una legislación insuficiente o por limitaciones a la hora de acceder a ciertos sectores¹⁷, como al del empleo por la existencia del concepto de carga excesiva.

Dentro de las medidas de acción positiva, se pueden distinguir dos tipos de mecanismos de corrección o prevención de desigualdades. Por un lado, medidas de acción positiva promocionales y, por otro, medidas de acción positiva de resultado¹⁸. La primera categoría de medidas busca obtener un resultado de manera indirecta, por medio de la modificación de los "hábitos contractuales"¹⁹ de los agentes económicos. Entre los mecanismos más usuales -en el ámbito del empleo- se hallan las subvenciones estatales o las reducciones en las cuotas de la Seguridad Social.

La segunda categoría, por su parte, aboga por un intervencionismo directo en el sector correspondiente para alcanzar un resultado²⁰. En el ámbito del empleo las medidas de acción positiva de resultado más comúnmente implementadas son la de cuotas de reserva²¹ y la discriminación positiva²². Esta alternativa ha sido ampliamente criticada por los posibles perjuicios que podría ocasionar a terceros ajenos en caso de una implementación efectiva del modelo social y, consecuentemente, del diseño universal y los ajustes razonables²³.

Sin embargo, la contestación por parte de la doctrina asume, por un lado, una instauración plenamente efectiva

¹⁷ PÉREZ PÉREZ, J., *Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reservas de empleo*, 2014, Universidad Autónoma de Barcelona, España, p.187.

¹⁸ *Ibid.*, p.187-189.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ STJUE de 17 de octubre de 1995, *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*, asunto C-450/93, (ECLI:EU:C:1995:322); STJUE de 11 de noviembre de 1997, *Marshall v. Land Nordrhein-Westfalen*, asunto C-409/95 (ECLI:EU:C:1997:533).

²² STJUE de 28 de marzo de 2000, *Badeck*, asunto C-158/97 (ECLI:EU:C:2000:163).

²³ *Supra* 56, p.191.

del modelo social que aún se está consolidando. Por otro lado, la doctrina presupone un mayor impacto real de la acción positiva directa que de la indirecta, pudiendo no ser este el caso²⁴. Particularmente teniendo en cuenta los supuestos en los que los empresarios no se encuentren de antemano con un gran número de adaptaciones que hubiesen sido consideradas cargas excesivas de no recibir la subvención. Es decir, los supuestos en los que se enfrenten a costes menores y aun así se beneficien de incentivos.

En una esfera internacional, la CIDPD en su art. 5.4 menciona que: “*no se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad*”. Especialmente relevante es la ausencia de referencia a la temporalidad o no de las medidas a efectuar. De ello se deriva que las medidas podrán estar en vigor el tiempo necesario para conseguir la igualdad de hecho. Adicionalmente, la CIDPD acepta plenamente la discriminación positiva orientada a ese objetivo²⁵.

A nivel de la Unión Europea, en lo que respecta a su derecho originario, la CDF ya hizo alusión a las medidas de acción positiva en su art. 26: “*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*”. Además, en el art. 23 CDF se aceptó expresamente la discriminación positiva en el ámbito de la discriminación por sexo. A mayores, en lo que respecta al derecho derivado, la Directiva 2000/78 CE, su art. 7.1 abala la implementación de medidas de “acción positiva y específicas”. Complementariamente, en su apartado segundo matiza que: “*el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones [...] cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo*

²⁴ PÉREZ PÉREZ, J., *Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reservas de empleo*, 2014, Universidad Autónoma de Barcelona, España, p.191.

²⁵ *Ibid*, p.196.

laboral". El TJUE, por su parte, ha contribuido especialmente a la consolidación de la legitimidad de las medidas de acción positiva y de la aceptación de la discriminación positiva en múltiples sentencias e.g. *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*²⁶, *Marshall v. Land Nordrhein-Westfalen*²⁷, *Badeck*²⁸, *Briheche v. Ministre de l'Intérieur*²⁹ y *Roca Álvarez v. Sesa Start España ETT SA*³⁰. Para ahondar en más profundidad en lo concerniente a las medidas específicas llevadas a cabo por los Estados miembros es necesario acudir a la legislación nacional en la materia.

A nivel español, con objeto de la transposición de la Directiva 2000/78/CE -y del desarrollo de la Ley 53/2003- se aprueba el Real Decreto 2271/2004, de acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad. En su art. 2 establece que: "*en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad cuyo grado de -discapacidad- sea igual o superior al 33 por ciento*". Aplicando así una medida de acción positiva directa³¹. A mayores, la ley regula las adaptaciones de las pruebas mediante ajustes razonables y reservas de plaza para promoción interna.

En cuanto a las medidas de acción positiva de resultado o indirectas, España cuenta con una serie de incentivos que van desde subvenciones hasta reducciones en las cuotas de la Seguridad Social e.g. subvenciones de 3.907 euros para las empresas que contraten, por tiempo indefinido a una persona con discapacidad, de conformidad con el art. 7.1

²⁶ STJUE de 17 de octubre de 1995, *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*, asunto C-450/93, (ECLI:EU:C:1995:322).

²⁷ STJUE de 11 de noviembre de 1997, *Marshall v. Land Nordrhein-Westfalen*, asunto C-409/95 (ECLI:EU:C:1997:533).

²⁸ STJUE de 28 de marzo de 2000, *Badeck*, asunto C-158/97 (ECLI:EU:C:2000:163).

²⁹ STJUE de 30 de septiembre de 2004, *Briheche v. Ministre de l'Intérieur*, C-319/03 (ECLI:EU:C:2004:574).

³⁰ STJUE 30 de septiembre de 2010, *Roca Álvarez v. Sesa Start España ETT SA*, asunto C-104/09 (ECLI:EU:C:2010:561).

³¹ Debe tenerse en cuenta que para participar en los procesos selectivos debe acreditarse capacidad funcional de acuerdo con el art. 57 Ley 7/2007.

Real Decreto o las bonificaciones a las cuotas de la Seguridad Social reguladas en la Ley 43/2006.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que las medidas de acción positiva no son únicamente aplicables al ámbito del trabajo. Son mecanismos para combatir la desigualdad a todos los niveles y proteger efectivamente los derechos humanos de las personas con discapacidad como sujetos de derechos. Así, a nivel internacional, europeo y español se implementan mecanismos para promocionar otros ámbitos públicos tales como la educación³², la vivienda³³ o la salud³⁴.

3. DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN

Hasta ahora se ha analizado el elemento objetivo de la discriminación por discapacidad. Es decir, qué conductas son consideradas discriminatorias. Sin embargo, la discriminación por discapacidad también cuenta con un elemento subjetivo al que conviene hacer referencia. En los textos legales, la literalidad de la redacción parece sugerir que el ámbito de aplicación se circumscribe únicamente al grupo vulnerable afectado por una discapacidad. No obstante, la discriminación por discapacidad cuenta con unas características especiales que sugieren que el grupo afectado no se limita únicamente al colectivo vulnerable *per se*. En esta línea, es razonable preguntarse si la protección no debería aplicarse asimismo a las familias de las que depende la persona vulnerable y, en sentido amplio, a todos aquellos con los que tenga relación, comprendiendo así a las personas estrechamente relacionadas con la persona que

³²<http://www.educacionyfp.gob.es/va/servicios-al-ciudadano/catalogo/organizaciones-fundaciones-empresas/ayudas-subvenciones/adultos-necesidades-educativas-especiales.html>.

³³<https://www.mitma.gob.es/arquitectura-vivienda-y-suelo/programas-de-ayudas-a-la-vivienda/programa-para-el-fomento-de-ciudades-sostenibles-y-competitivas>

³⁴<https://www.juntadeandalucia.es/temas/familias-igualdad/discriminacion/prestaciones.html>;
<https://www.aragon.es/tramitador/-/tramite/ayudas-individuales-personas-grado-discapacidad-situacion-dependencia>;
<https://sede.xunta.gal/detalle-procedimento?codtram=BS613B&ano=2018&numpub=1&lang=es>

cuenta con una discapacidad dentro del ámbito de aplicación de la protección contra la discriminación directa.

En lo que respecta a la Unión Europea, la Directiva 2000/78/CE establece en su artículo 2.2.a) que: "existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1 (discriminación por discapacidad en el ámbito del empleo)". No existe, en principio, una referencia explícita a la discriminación por asociación. En 2008, sin embargo, el TJUE consolidó jurisprudencialmente este concepto -en el marco de la UE- en la sentencia *Coleman* (2008)³⁵. Esta sentencia se enfrentaba con la situación de una trabajadora británica que recibía un trato menos favorable que sus compañeros por estar a cargo de su hijo con discapacidad. El TJUE indicó que: "*la prohibición de discriminación directa que establecen no se circumscribe 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 acredice que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador procura la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa*"³⁶.

La explicación dada por el tribunal es la siguiente: "*el hecho de que la Directiva 2000/78 contenga disposiciones destinadas a tener en cuenta específicamente las necesidades de las personas con discapacidad no permite llegar a la conclusión de que el principio de igualdad de trato que la misma consagra deba interpretarse de manera restrictiva, es decir, en el sentido de que prohíbe únicamente las discriminaciones directas por motivo de discapacidad que afecten exclusivamente a las propias personas con discapacidad. Por lo demás, el sexto*

³⁵ STJUE de 17 de julio de 2008, *S. Coleman v Attridge Law and Steve Law*, asunto C-303/06 (ECLI:EU:C:2008:415).

³⁶ *Ibid.* para.56.

considerando de la citada Directiva, al mencionar la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, remite tanto al combate general contra toda forma de discriminación como a la necesidad de adoptar medidas adecuadas para la integración social y económica de las personas con discapacidad”³⁷. A mayores, el TJUE ha extendido esta interpretación a otros tipos de discriminación tales como la racial o étnica, Directiva 2000/43 en el asunto *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD* (2015)³⁸ o la discriminación por sexo, Directiva 2006/54 en *WTG Retail BVBA* (2019)³⁹. En definitiva, El TJUE ha interpretado las Directivas europeas solidificando el concepto de discriminación por asociación que deben respetar los Estados miembros al implementar la normativa comunitaria. En una esfera internacional, la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* de Naciones Unidas (2006) -ratificada por 182 Estados-, pese a hacer referencias constantes a los familiares de las personas con discapacidades no hace una referencia directa a la discriminación por asociación. En 2018 el Comité -órgano supervisor del texto legal- aprobó la Observación general núm. 6 sobre la igualdad y la no discriminación, art. 5 de la Convención que enuncia claramente: “la discriminación por motivos de discapacidad puede afectar a personas que tienen una discapacidad en ese momento, que la han tenido en el pasado, que tienen predisposición a una posible discapacidad futura o que tienen una discapacidad presunta, así como a las personas asociadas a personas con discapacidad. Esto último se conoce como discriminación por asociación. El motivo del amplio alcance del artículo 5 es erradicar y combatir todas las situaciones de discriminación y conductas discriminatorias que están

³⁷ STJUE de 17 de julio de 2008, *S. Coleman v Attridge Law and Steve Law*, asunto C-303/06, (ECLI:EU:C:2008:415), para.43.

³⁸ STJUE de 16 de julio de 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria v. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, asunto C-83/14 (ECLI:EU:C:2015:480).

³⁹ STJUE de 20 de junio de 2019, *WTG Retail BVBA v. Jamina Hakelbracht, Tine Vandenbon, Instituut voor de Gelijkheid van Vrouwen en Mannen*, asunto C-404/18 (ECLI:EU:C:2019:523).

vinculadas con la discapacidad"⁴⁰. Siguiendo la línea de convenios internacionales especializados en la protección de personas que cuentan con una discapacidad, el *Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (2018) menciona en su art. 5 que los Estados miembros: "Shall take effective and appropriate measures to protect the parents, children, spouses, other family members closely related to the persons with disabilities, caregivers or intermediaries from discrimination on the basis of their association with persons with disabilities".

Estados Unidos ya en su pionera *American with Disabilities Act* (1990), en la sección 12112 apunta que: "The term discriminate against a qualified individual on the basis of disability includes excluding or otherwise denying equal jobs or benefits to a qualified individual because of the known disability of an individual with whom the qualified individual is known to have a relationship or association". Complementado por la sección 12182: "Association. It shall be discriminatory to exclude or otherwise deny equal goods, services, facilities, privileges, advantages, accommodations, or other opportunities to an individual or entity because of the known disability of an individual with whom the individual or entity is known to have a relationship or association".

Por lo expuesto anteriormente, queda patente que esta construcción de discriminación por asociación ha sido efectivamente recibida en el marco de la Unión. Además, tras las aportaciones de la nueva observación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad junto con las del TJUE en el asunto Coleman -derivadas de la preexistencia del concepto en el derecho anglosajón-, avanza hacia su consolidación universal.

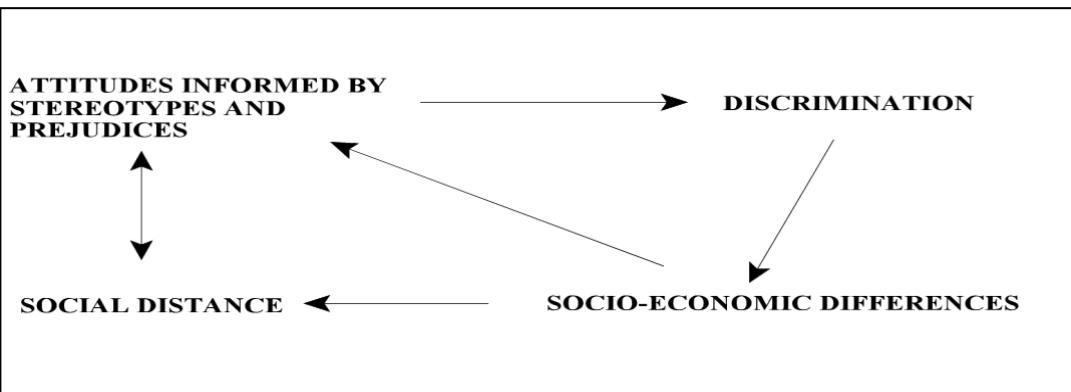
En conclusión, el elemento subjetivo de la discriminación en base a una discapacidad no solo incluye a la persona afectada por la misma sino a las personas que guarden algún tipo de relación con ella.

⁴⁰ Observación general núm. 6 sobre la igualdad y la no discriminación, CRPD/C/GC6, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2018, para.20.

4. DISCRIMINACIÓN**MÚLTIPLE****E****INTERSECTORIAL**

Históricamente, los diferentes tipos de discriminación -por edad, discapacidad, sexo, etnia etc.- se han tratado como fenómenos separados e independientes⁴¹. Sin embargo, una persona puede ser mujer y contar con una discapacidad, una persona con una discapacidad puede ser mayor, una persona mayor puede tener nacionalidad afro-americana y otra puede contar con todas las características anteriormente mencionadas⁴². ¿Cómo afecta a las personas contar con más de un factor en base al cual pueden ser discriminadas? Para poder entender en qué medida se ven afectadas, es necesario prestar atención a un fenómeno denominado *el círculo vicioso de la discriminación*:

Círculo vicioso de la discriminación



(Foto: T. Makkonen (2002))

La discriminación tiene su origen en los prejuicios y estereotipos sociales. Los primeros derivan de la falta de información, de la dificultad de entendimiento mutuo y de

⁴¹ MAKKONEN, T., *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, 2002, Åbo Akademi University, Finland, p.9.

⁴² *Ibid.*

emociones negativas como el miedo o la superioridad mientras que los segundos de construcciones sociales. La existencia de estos prejuicios provoca dos reacciones por parte de la sociedad. Por un lado, un distanciamiento social forzado, deshumanizando a las personas vulnerables, e.g. *Ugly Laws* en Estados Unidos. Por otro, una discriminación directa e indirecta por medio de acciones y omisiones.

La discriminación por parte del conjunto de la sociedad genera diferencias socio económicas como diversas políticas de empleo por parte de las empresas o la falta de adaptación de los lugares de trabajo. Así, se crea una asociación entre el factor de vulnerabilidad y la clase social a la que se pertenece. En vez de abordar la causa real del problema -prejuicios y estereotipos- la discriminación se justifica utilizando la diferencia socioeconómica como "prueba de la inferioridad" de la persona en cuestión, completando el círculo vicioso⁴³.

En el supuesto de que la persona cuente no con una, sino con dos o más características que den lugar a formas de discriminación, el ciclo se ve intensificado en todas y cada una de sus variables. La intensificación se canaliza de diferentes maneras a las que la doctrina hace alusión con nombres muy variados. Pueden englobarse en *discriminación múltiple* y *discriminación intersectorial*.

Discriminación múltiple

$$_t + EDAD_{t+1} + DISCAPACIDAD_{t+2} + \dots = DIF. SOCIOECONÓMICAS$$

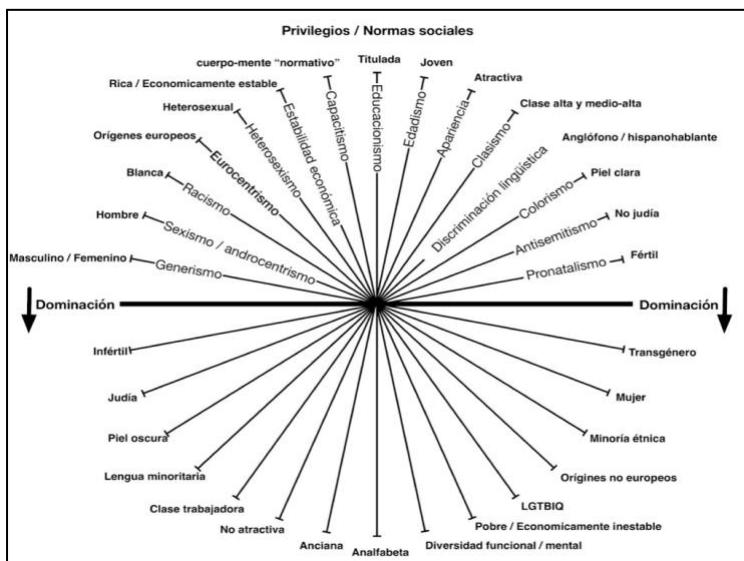
La discriminación múltiple o cumulativa es un fenómeno que se da cuando una persona sufre diferentes tipos de discriminación independientes en momentos alternativos⁴⁴. En concreto, es un tipo de discriminación conformada por

⁴³ MAKKONEN, T., *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, 2002, Åbo Akademi University, Finland, p.9.

⁴⁴ *Ibid*, p.10.

los efectos negativos de la suma de estas experiencias⁴⁵. Estos efectos negativos resultan en que la persona afectada vea cuantitativamente empeorada su situación socio económica con respecto a la de los individuos que solo cuentan con una de las características controversiales. Un ejemplo aplicado sería el caso de una mujer con discapacidad en busca de empleo que se vea rechazada por la primera empresa por ser mujer y por la segunda por contar con una discapacidad. La brecha social entre esta persona es mayor que la de una persona que sea una mujer o que únicamente cuente con una discapacidad. De acuerdo con el círculo vicioso de la discriminación, la persona sufrirá un mayor aislamiento social, mayores perjuicios y, de nuevo, mayor discriminación y dificultades a la hora de encontrar empleo.

Discriminación intersectorial



⁴⁵ HANNET, S., 'Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination', *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol 3:1 (2003), p.68.

La discriminación intersectorial, por su parte, es un fenómeno mucho más complejo. No consiste en un aumento cuantitativo de la discriminación sino en un nuevo tipo de la misma cualitativamente hablando⁴⁶. Las diferentes bases de discriminación no actúan ya de manera independiente y separada, sino que interactúan entre ellas dando lugar a situaciones específicas de vulnerabilidad dentro de los propios grupos vulnerables. En otras palabras, la suma representativa de la discriminación múltiple ya no es aplicable en la discriminación intersectorial puesto que "la experiencia típica de una mujer en Estados Unidos" + "la experiencia típica de una persona afroamericana en Estados Unidos" ≠ "la experiencia típica de una mujer afroamericana en Estados Unidos"⁴⁷. A priori, es contraintuitivo pensar que si la protección legal contra la discriminación en base al sexo defiende los intereses de las mujeres y si la discriminación en base a la etnia protege los de las personas extranjeras, una mujer afroamericana no se vea representada por la suma de estos intereses protegidos. Sin embargo, así es.

La raíz de estas desigualdades está, precisamente, en los movimientos activistas paralelos del s.XX⁴⁸. Cada uno de ellos - lucha por la igualdad de género, por la inclusión de las personas con discapacidad, etc.- estaba conformado alrededor de una única característica de los miembros que formaban parte de este movimiento. Los colectivos vulnerables buscaban crear divisiones entre ellos en búsqueda de la equiparación al resto del conjunto social⁴⁹. Consideraban que la forma de alcanzar la condición de iguales era acentuando sus similitudes y demostrando que su factor base de discriminación no era una diferencia real. Para ello, no podían asociarse con otros grupos vulnerables

⁴⁶ EATON, M., 'Patently Confused: Complex Inequality and Canada v Mossop' *Revue d'études constitutionnelles*, Vol 1:2 (1994), p. 229.

⁴⁷ MAKKONEN, T., *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, 2002, Åbo Akademi University, Finland, p.11.

⁴⁸ *Ibid*, p.18.

⁴⁹ CRENSHAW, K., 'Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color', *Stanford Law Review*, vol. 43:1241 (1993), p.1265.

o se incluirían todos en una “categoría inferior”, volviendo al fenómeno de culpabilización de la víctima⁵⁰. De todas formas, cabe mencionar que pese a que se podían formar grupos en base a intereses -aparentemente- grupales, los colectivos son coyunturales. La identidad de las personas que conforman el colectivo no depende de esa única característica, es compleja, por lo que no se puede atribuir una experiencia, unos intereses comunes y estáticos⁵¹. Por consiguiente, conviene tener presente que los grupos siempre se forman en base a un problema, más o menos duradero.

Un ejemplo donde se ve claramente cómo grupos inicialmente heterogéneos se juntan en un problema coyuntural sería el caso *New York City Transit Authority v. Beazer*⁵², ante el tribunal supremo de EEUU. En esta demanda se demandaba por discriminación a una empresa que se negaba a contratar a personas que fuesen usuarias de metadona. Aquí se ve como varios grupos étnicos, junto con mujeres y otras personas vulnerables, se juntan por compartir una experiencia común, el consumo de metadona. Este caso no representa las experiencias supuestamente “generales” de los intereses “comunes” de cada grupo.

Así, los intereses por los que abogaban cada uno de los colectivos implicados eran los intereses de individuos que serían considerados privilegiados, “normales”, de no contar con esa única “diferencia”⁵³. Ergo, experiencias de mujeres blancas de clase socio económica alta, de hombres con discapacidad blancos de clase socio económica alta, de hombres “capaces” extranjeros, etc. Esta forma de proceder tiene consecuencias muy serias para las personas que se encuentran en la intersección entre dos de estas características, como puede ser una mujer afroamericana.

⁵⁰ *Ibid*, p.19.

⁵¹ CRENSHAW, K., ‘Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics’, *The University of Chicago Legal Forum*, vol. 1989: 39 (1989), p.140.

⁵² *New York City Transit Authority v. Beazer*, 440 U.S. 568 (1979).

⁵³ EATON, M., ‘Patently Confused: Complex Inequality and Canada v Mossop’ *Revenue d'études constitutionnelles*, Vol 1:2 (1994), p.230 y 231.

Primero, consecuencias para la persona vulnerable por parte de la sociedad. En contextos en los cuales los individuos de los grupos vulnerables independientes no se ven afectados *de facto*, las personas expuestas a la interseccionalidad sí pueden sufrir discriminación. La materialización de la discriminación nace de una situación social previa de "tolerancia" de los grupos vulnerables, en vez de integración. La aparición de una persona que cuente con dos características consideradas independientemente "tolerables" puede tornarse "intolerable" socialmente, creando situaciones de discriminación específicas. Intentar abordar la protección de la interseccionalidad por medio de compendios legales separados e independientes es inefectivo ya que son fácilmente sorteables⁵⁴.

Un ejemplo práctico sería el caso real, *DeGraffenreid v. General Motors* (1976)⁵⁵, en el cual la empresa General Motors, en un contexto de "tolerancia" previo, contrataba a hombres afro americanos para trabajos manuales en su fábrica y a mujeres blancas para labores de secretaría. Una mujer afroamericana, Emma DeGraffenreid, alegó que su no contratación fue una consecuencia directa de la política discriminatoria de la empresa. El tribunal estadounidense dictaminó que su pretensión no tenía base legal dado que la empresa efectivamente contrataba mujeres -blancas- y personas afroamericanas -hombres- de manera paritaria. Sin embargo, la demandante no podría trabajar en la producción puesto que es una mujer ni de cara al público por ser afroamericana. Consecuentemente, la discriminación intersectorial ha aumentado exponencialmente la variable de discriminación provocando diferencias socio-económicas patentes y mayor distanciamiento social y prejuicios.

Esta posición de reticencia a considerar situaciones de interseccionalidad por parte de la jurisprudencia trasciende del ámbito nacional estadounidense. En el continente europeo, el TJUE en el caso *David L. Parris v Trinity College*

⁵⁴ MAKKONEN, T., *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, 2002, Åbo Akademi University, Finland, p.11., p.58.

⁵⁵ *DeGraffenreid v. GENERAL MOTORS ASSEMBLY DIV., ETC.*, 413 F. Supp. 142 (E.D. Mo. 1976).

Dublin (2006)⁵⁶ rechazó la posibilidad de acoger en su fallo el concepto de discriminación intersectorial. El caso giraba alrededor de una prospectiva pensión compensatoria de un fondo de pensiones correspondiente a una persona integrante de un matrimonio del mismo sexo. La ley irlandesa establecía -y establece aún- que se aceptarán este tipo de pensiones compensatorias para parejas civiles del mismo sexo que hayan realizado la unión con anterioridad a los 60 años cumplidos. Sin embargo, esta legislación entró en vigor en 2011 cuando David L. Parris, nacido en 1946, ya contaba con más de 60 años. A mayores, la legislación nacional tampoco aceptaba reconocimientos de matrimonios "no heteronormativos" extranjeros con anterioridad a 2011. Aquí se ve otro ejemplo de discriminación intersectorial, ya que, como apuntó el abogado general del TJUE: "*en el presente caso deberá prestarse especial atención al hecho de que la posible discriminación del afectado probablemente se debe a la interacción de dos factores: la edad y la orientación sexual. Por este motivo, para tomar una decisión acorde con la realidad, el Tribunal de Justicia debe apreciar debidamente la combinación de ambos factores, en lugar de considerar de forma aislada tanto el aspecto de la edad como el de la orientación sexual*"⁵⁷. Empero, el TJUE falló que no se había actuado en contra del derecho de la Unión Europea ya que la Directiva 2000/78 -relativa a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación- únicamente consideraba la discriminación por edad y sexo de manera aislada y que el resto de cuestiones que deban ser reguladas quedaban a discreción nacional.

Siguiendo en el contexto europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tampoco ha optado por la utilización del concepto "discriminación intersectorial". El caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*⁵⁸ ilustra claramente esta situación. Este versaba sobre una ciudadana portuguesa nacida en 1945 que en 1995 se sometió a una operación. Durante la misma, hubo un fallo médico que afectó a su

⁵⁶ STJUE de 24 de noviembre de 2016, *David L. Parris v Trinity College Dublin*, asunto C-443/15 (ECLI:EU:C:2016:897).

⁵⁷ *Ibid*, Conclusiones del abogado general (J.Kokott), para.4.

⁵⁸ STEDH, de 25 de octubre de 2017, *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*.

nervio pudendo y a su capacidad para llevar vida normal y mantener relaciones sexuales. El tribunal portugués falló que las relaciones sexuales ya no eran algo esencial en su vida diaria ya que ya había tenido hijos, cosa que no sostuvieron en un caso similar con un hombre. Así, encontramos una discriminación intersectorial por edad y por sexo. El TEDH estimó la demanda pero rechazó explícitamente la posibilidad de considerar dos formas de discriminación independientes conjuntamente. Basó su sentencia en los artículos 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, prohibición de discriminación, con el artículo 8, derecho al respeto de la vida familiar y privada.

A nivel español, un caso ejemplificativo de discriminación intersectorial -por discapacidad y edad- es la reciente sentencia del TC de 9 de noviembre de 2021⁵⁹. En ella se pone de manifiesto el caso de una persona que accedió anticipadamente a la jubilación por la vía excepcional del art. 206.2 de la Ley General de Seguridad Social -por motivos de discapacidad- y a la que se le negó la prestación por discapacidad permanente o gran invalidez. El motivo subyacente por el cual se considera un supuesto de discriminación radica en el hecho de que las diversas modalidades de jubilación anticipada son plenamente compatibles con las anteriormente mencionadas prestaciones por discapacidad. El TC ha concluido que: "*lo cierto es que el legislador, en el ejercicio legítimo de su libertad de configuración del sistema, no ha establecido otro requisito que el de una determinada edad para acceder a la prestación de incapacidad permanente [art. 195.1, párrafo segundo LGSS, por remisión al art. 205.1 a) LGSS], de forma que no impide su acceso desde una situación de jubilación anticipada -cosa que sí sucede en el caso de la jubilación ordinaria general- ni distingue entre las causas o presupuestos de ese tipo de jubilación para acceder a la incapacidad permanente*". A tenor de lo expuesto el TC falló que: "*si la ley no hace distinción alguna en esta materia, el establecimiento de una diferencia de trato para los supuestos de jubilación anticipada por razón de*

⁵⁹ STC 172/2021 de 9 de noviembre de 2021.

discapacidad podría suponer una discriminación proscrita por el principio general reconocido en el art. 14, segundo inciso, CE” y, por consiguiente, decidió “estimar el recurso de amparo interpuesto por doña Felisa Portillo Sánchez y, en su virtud declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de su discapacidad (art. 14 CE)”.

A raíz de lo expuesto, se puede entrever una situación de discriminación intersectorial por edad y discapacidad. Por un lado, las personas que acceden a la jubilación anticipada -edad- pueden solicitar la prestación por discapacidad permanente o gran invalidez. Por otro, también podrán solicitar la mencionada prestación quienes cuentan con una discapacidad pero no llegan a la edad ordinaria de jubilación. Sin embargo, las personas consideradas mayores que se jubilen anticipadamente por motivos de discapacidad -edad y discapacidad- no pueden acceder a la prestación. Como resultado, se produce una vulneración del art. 14 CE y del derecho a la no discriminación.

Adicionalmente, la discriminación intersectorial en sentido amplio incluye discriminación estructural/institucional y compuesta. La estructural/institucional, por su parte, recoge los supuestos en los cuales la intersección nace del propio mercado o del poder público⁶⁰. Un caso real sería el caso de una mujer extranjera que emigra a un país y se casa con un ciudadano local. Para evitar fraudes, se suele exigir que la mujer mantenga un vínculo matrimonial por un período de tiempo pre establecido. En caso de que la mujer sufra violencia de género, deberá elegir entre soportar la situación o ser deportada⁶¹. Por otro lado, la discriminación -intersectorial- compuesta comprendería aquellos supuestos en los que una persona es discriminada por dos motivos en

⁶⁰ MAKKONEN, T., *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, 2002, Åbo Akademi University, Finland, p.14.

⁶¹ CRENSHAW, K., ‘Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color’, *Stanford Law Review*, vol. 43:1241 (1993), p.1248. // Se debe tener en cuenta que la discriminación intersectorial es un término a utilizar cuando el agravio hacia el sujeto es la discriminación, en el caso de violencia de género no hablaríamos de discriminación intersectorial pero de vulnerabilidad intersectorial.

el mismo momento operando simultáneamente⁶². Al contrario que la discriminación múltiple es llevada a cabo por diferentes empresas o para diferentes puestos, aquí, para el mismo puesto la empresa rechazaría, por ejemplo, tanto a personas con discapacidad como mujeres. Por consiguiente, las mujeres con una discapacidad podrían ser rechazadas por dos motivos diferentes.

Segundo, consecuencias para la persona vulnerable por parte de su propio grupo. Se debe tener presente que el hecho de que un grupo sea discriminado por un motivo particular no implica que el colectivo no lleve a cabo también conductas discriminatorias. Por ejemplo, colectivos religiosos llevan a cabo matrimonios concertados o mutilación de genitales, violando los derechos de las mujeres por el hecho de serlo.

Queda patente pues que los intereses de individuos susceptibles de ser discriminados por múltiples motivos no son equiparables a los de los colectivos a los que - supuestamente- pertenecen. No obstante, la generalización grupal no es mala en la medida que sirve para aunar la voz de múltiples víctimas y para conceptualizar un problema que de otra manera sería invisible. El verdadero perjuicio hacia las personas no representadas viene de su "silenciación" a través de la dominación del conjunto y de la exigencia de un *reduccionismo de su identidad*. La mayoría de personas integrantes de un grupo vulnerable y representativas del mismo luchan por preservar su verdadera identidad y no dejar que un factor externo - sexo, etnia etc.- los defina⁶³. Sin embargo, una persona que cuenta con dos o más de estas características sufre de una "violencia intelectual"⁶⁴ al exigírselle que reduzca su identidad a una de esas dos características. Se espera que estas personas vulnerables sigan un *esencialismo extremo*

⁶² *Supra* 103, p. 10 ; SHOBEN, E.W., 'Compound discrimination, The Interaction of Race and Sex in Employment Discrimination', *New York University Law Review*, Vol 55: 5 (1980), p.835.

⁶³ EATON, M., 'Patently Confused: Complex Inequality and Canada v Mossop' *Revenue d'études constitutionnelles*, Vol 1:2 (1994), p.230 y 231.

⁶⁴ MAKKONEN, T., *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, 2002, Åbo Akademi University, Finland,, p.21.

eliendo como piedra angular de ese esencialismo una de esas dos características, cuando ni siquiera se les da voz a sus experiencias en ninguno de los colectivos que las amparan. Esta dicotomía se ve recogida por la doctrina en forma preguntas tales como: "Am I a Black Woman or a Woman who is Black?"⁶⁵.

Dada la necesidad de conceptualizar los problemas, de crear un marco común de referencia para poder abordarlos, Kimberlé W. Crenshaw en 1989 acuñó el término interseccionalidad. La dificultad que subyace a esta solución teórica es, precisamente, la imposibilidad de asociar una experiencia, un colectivo dominante a la discriminación por "interseccionalidad". Es un concepto que múltiple doctrina académica busca desarrollar proceduralmente para poder entender las experiencias casuísticas de cada persona vulnerable. Incluso la jurisprudencia estadounidense ha considerado el concepto en los razonamientos precedentes a los fallos e.g. *Lam v. University of Hawaii* (1994)⁶⁶ : "*Where two bases for discrimination exist, they cannot be neatly reduced to distinct components. Rather than aiding the decisional process, the attempt to bisect a person's identity at the intersection of race and gender often distorts or ignores the particular nature of their experiences. Like other subclasses under Title VII, Asian women are subject to a set of stereotypes and assumptions shared neither by Asian men nor by white women*".

Finalmente cabe, en la línea de esta teoría, hacer referencia al especial riesgo de las personas que cuentan con una discapacidad a ser víctimas de discriminación múltiple e intersectorial.

En el caso de la discriminación intersectorial de las personas con discapacidades, los motivos que subyacen a este fenómeno son principalmente dos. El primer factor relevante es que cualquier tipo de discriminación -por etnia, sexo, edad, etc.- se basa en la -supuesta- falta de capacidad de la persona⁶⁷. Los individuos que llevan a cabo la conducta

⁶⁵ JORDAN ZACHERY, J.S., 'Am I a Woman or a Woman who is Black', *Politics and Gender*, Vol. 3:2 (2007), p.254.

⁶⁶ *Lam v. University of Hawaii*, 40 F.3d 1551 (9th Cir.1994).

⁶⁷ FREDERICK, A. & SHIFFRER, D., 'Race and Disability: From Analogy to Intersectionality', *Sociology of Race and Ethnicity*, Vol. 5:2 (2019), p.206.

discriminatoria, a la hora de formar grupos sociales, reconocen a sus iguales -o dicen hacerlo- primando su racionalidad. Tras esto, en caso de falta de capacidad o de "razón normal", establecen como axiomático la condición de "ser inferior"⁶⁸ del otro o, de "monstruo"⁶⁹, por falta de sensibilidad. Justificando de esta manera la conducta discriminatoria. Ejemplos de esto han sido la categorización de mujeres como brujas en la Edad Media o las ferias en la misma época en las que exponían a personas con discapacidades⁷⁰.

Esta forma de proceder junto con la tendencia a la colectivización de la "raza humana" -en oposición al individualismo moderno presente incluso en instrumentos internacionales- desembocó en esterilizaciones forzosas a las personas con discapacidad con fines eugenésicos⁷¹. Por consiguiente, el resto de colectivos vulnerables buscarán alejarse todavía más de este para no ser asociados con esa falta de capacidad que ya ha puesto la sociedad a sus espaldas. Así, dentro de los propios grupos se dan frecuentemente situaciones de discriminación intersectorial. El segundo factor a observar es el rechazo social del grupo de personas con discapacidades por miedo a llegar a pertenecer al mismo⁷². En el caso del resto de colectivos vulnerables tales como las mujeres, el individuo que lleva a cabo la conducta discriminatoria es consciente de que no va a llegar a formar parte del colectivo. Por ejemplo, un hombre es plenamente consciente de que al día siguiente va a seguir siendo un hombre y no una mujer. En cambio, cuando la sociedad se enfrenta a casos de discapacidad, no puede afirmar lo mismo. Existe un miedo intrínseco a formar parte de ese colectivo y, por ello, se tiende a su

⁶⁸ SMART, J.F., 'The Power of Models of Disability', *Journal of Rehabilitation*, vol. 75:2 (2009), p.5.

⁶⁹ MAKKONEN, T., *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, 2002, Åbo Akademi University, Finland,, p.38.

⁷⁰ *Ibid*, p.18,38.

⁷¹ *Ibid*, p.38,39,40.

⁷² VEHMAS, S. & SHAKESPEARE, T., 'Disability, Harm, and the Origins of Limited Opportunities', *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, vol. 23:1 (2014), p.42.

ocultación e.g. *Ugly Laws* en EEUU o centros psiquiátricos alejados de la ciudad⁷³.

En este contexto de alejamiento social, se potencia el fenómeno mencionado anteriormente de culpabilización de la víctima⁷⁴. Los individuos de la sociedad se autoconvencen de que nunca se verán en la situación de estas personas con discapacidad porque "eso a ellos no les puede pasar"⁷⁵. Esto asienta los pilares de las conductas de discriminación intersectorial. Cuando una persona con dos factores -e.g. discapacidad o sexo- en base a los cuales puede ser discriminada aparece, la discriminación interseccional emerge y calma el miedo de la persona que lleva a cabo la discriminación. En otras palabras, en caso de que se topasen con una persona con discapacidad y mujer o con discapacidad y afroamericana la reacción derivada de la discriminación intersectorial sería achacar la discapacidad a su condición de mujer o de persona afroamericana. Así, se utiliza la discapacidad como prueba de la inferioridad de su otro atributo y de justificación de la discriminación⁷⁶.

Consecuentemente, a nivel supragrupal también se produce una intensificación del componente discriminatorio. Los actores sociales pueden que consideren "intolerable" la intersección entre cualquier grupo vulnerable y la discapacidad o que, incluso, vuelvan a apelar a componentes metafísicos de monstruosidad o biológicos de anormalidad.

Desde un punto de vista legislativo, la discriminación intersectorial de personas con discapacidad aún no ha sido recogida exhaustivamente. No obstante, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha utilizado el art. 2 y su cláusula abierta -"cualquier otra condición social"- del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para abordar su existencia en su

⁷³ MAKKONEN, T., *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, 2002, Åbo Akademi University, Finland, p.20,21,31.

⁷⁴ *Supra* 49.

⁷⁵ TITCHKOSKY, T., *The Question of Access: Disability, Space, Meaning*, 2011, University of Toronto Press, Canada, p.58.

⁷⁶ BAYTON, D.C., 'Disability and the justification of inequality in American History', *The disability studies reader*, vol.17:33 (2013), p.17-18.

comentario general Nº20⁷⁷: “*la discriminación basada en otra condición social exige un planteamiento flexible que incluya [...] una intersección de dos causas prohibidas de discriminación, como en el caso que se deniega un servicio social a alguien por ser mujer y tener una discapacidad.*”⁷⁸. Esta observación no sirve como cláusula cerrada pero sí como antesala para que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad desarrolle futuras observaciones y métodos de supervisión a tener en cuenta⁷⁹. Especialmente considerando sus aproximaciones al concepto en su artículo 16.2: “*los Estados Partes también adoptarán todas las medidas pertinentes para impedir cualquier forma de explotación, violencia y abuso asegurando, entre otras cosas, que existan formas adecuadas de asistencia y apoyo que tengan en cuenta el género y la edad para las personas con discapacidad y sus familiares y cuidadores*”.

Más allá de la protección legal especializada en discriminación por discapacidad, también se han hecho referencias a la intersección género-discapacidad por normativa protectora de discriminación por sexo. En concreto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha incluido referencias constantes en sus Comentarios Generales a esta intersección. Dos ejemplos serían la pionera Recomendación General Nº18 (1991): “*preocupado por la situación de las mujeres discapacitadas, que sufren de una doble discriminación por la situación particular en que viven, recomienda que los Estados Partes incluyan en sus informes periódicos información sobre las mujeres discapacitadas y sobre las medidas adoptadas para hacer frente a su situación particular*” o la Recomendación General Nº14 (1999): “*por ello, debe prestarse especial atención a las necesidades y los derechos en materia de salud de las mujeres pertenecientes a grupos vulnerables y*

⁷⁷ CABEZA PEREIRO, J. & CARDONA RUBERT, B., ‘La discriminación por edad sobre las mujeres mayores’, *Trabajo y Derecho*, vol. 59:20 (2019), p.9.

⁷⁸ Observación General Nº 20: *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, E/C.12/GC/20, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2009, para.27.

⁷⁹ *Supra* 77, p.9,10.

desfavorecidos como los de las emigrantes, las refugiadas y las desplazadas internas, las niñas y las ancianas, las mujeres que trabajan en la prostitución, las mujeres autóctonas y las mujeres con discapacidad física o mental".

Finalmente, ante la falta de provisiones directamente vinculantes en una esfera internacional y la reticencia del TJUE a considerar la discriminación interseccional e.g. *Parris*, no encontramos jurisprudencia que la haya aplicado actualmente. Pese a todo, el *Ombud* noruego ha apreciado algún caso de discriminación interseccional por género-discapacidad⁸⁰.

En el caso de la discriminación múltiple de las personas con discapacidades, estas son especialmente vulnerables⁸¹. La razón que subyace a este fenómeno es que, pese a que el resto de personas vulnerables pertenecen a dos o más colectivos con intereses homogéneos -por ejemplo, sexo y etnia- no es el caso de las personas que cuentan con discapacidades⁸² i.e. no son las mismas necesidades las de una persona que sufre de tetraplejia que las de una persona que padezca un síndrome bipolar. De este hecho se deriva la consecuencia de una susceptibilidad intensificada por parte de las personas con varias discapacidades a sufrir discriminación múltiple.

Es decir, en ciertos contextos una persona podría ser discriminada por contar con una discapacidad física y, en otros, por contar con una psíquica. Por ello, si cuenta con estas discapacidades y otro factor de vulnerabilidad como la etnia, la persona podría verse expuesta a una discriminación múltiple procedente de tres vertientes diferentes: discapacidad física, psíquica y etnia. Al considerar como intereses divergentes los del colectivo que la ley engloba como susceptible de sufrir discriminación "por

⁸⁰ CABEZA PEREIRO, J. & CARDONA RUBERT, B., 'La discriminación por edad sobre las mujeres mayores', *Trabajo y Derecho*, vol. 59:20 (2019), p.6.

⁸¹ SHEPPARD, C., *Multiple Discrimination in the World of Work*, 2011, McGill University, ILO publishers, Ginebra, p.14.

⁸² ARMAN, M., LAMP S. et al., 'Theorising Disability as Political Subjectivity: work by the UIC Disability Collective on political subjectivities', *Disability & Society*, vol.17:4 (2002), p.564,565.

discapacidad", también pueden darse situaciones de interseccionalidad.

Aquí se esconde un gran riesgo para las personas con discapacidades⁸³. Los empresarios pueden enmascarar situaciones de discriminación no solo intersectorial, sino múltiple⁸⁴, alegando que contratan, en su caso, a personas que sufren condiciones físicas a largo plazo y, ocultando, su adversidad hacia personas con condiciones psíquicas previas. En otras palabras, el empleador no llevaría a cabo conductas discriminatorias puesto que podría justificar la contratación de personas pertenecientes al colectivo -con discapacidades físicas- evadiendo y discriminando en la práctica al resto del mismo.

5. ACCESO A BIENES Y SERVICIOS

El problema de la accesibilidad a bienes y servicios por parte de las personas con discapacidad se percibe por parte del conjunto de la sociedad como, precisamente, una controversia relativa al acceso al *espacio social*⁸⁵. Se interpreta -erróneamente- como una prerrogativa del grupo social "naturalmente capacitado" de -en caso de que así lo considere- darles acceso a las personas con discapacidad a bienes y servicios para poder subsistir en mayor o menor medida⁸⁶. Pese a que el acceso a bienes y servicios sí es un problema de espacio social, este no se ajusta a la definición concebida por la generalidad del colectivo social. El propio axioma de la "capacidad natural estática" es insostenible a nivel teórico.

La gran mayoría de seres humanos experimentan algún tipo de "discapacidad" que, debido al acceso a bienes o servicios del que disponen, es totalmente mitigada⁸⁷ e.g. la utilización de gafas de visión. En estos casos, la condición

⁸³ KENNETH BURNS, J., 'Mental health and inequity: A human rights approach to inequality, discrimination, and mental disability', *Health and Human Rights*, vol.11:2 (2009).

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ TITCHKOSKY, T., *The Question of Access: Disability, Space, Meaning*, 2011, University of Toronto Press, Canada, p.1.

⁸⁶ *Ibid.* p.6.

⁸⁷ TITCHKOSKY, T., *The Question of Access: Disability, Space, Meaning*, 2011, University of Toronto Press, Canada, p.215-217.

previa como la falta de visión moderada se acepta como condición ampliamente expandida y, junto con la posibilidad de acceso universal a los bienes que la palian plenamente, se crea una ilusión de "capacidad natural absoluta y estática"⁸⁸.

En el caso de la mayoría de personas que cuentan con una discapacidad reconocida, esta también se encuentra ampliamente expandida -o puede llegar a estarlo- pero es conscientemente rechazada por medio de la exclusión social e.g. *Ugly Laws* en EEUU. A mayores, estas personas no cuentan con una accesibilidad universal a bienes y servicios por el rechazo del grupo social privilegiado⁸⁹ derivado, *inter alia*, de sus posibilidades de acceso al mercado laboral.

A raíz de lo expuesto, persiste la duda de qué se entiende por espacio social. El espacio social, no es una prerrogativa de un grupo "jerárquicamente superior", no es un espacio *social* sino un ambiente que fomenta el libre desarrollo de la personalidad, un *espacio* social. Las personas albergan un derecho inherente al libre desarrollo de la personalidad estrechamente ligado a la dignidad de su persona⁹⁰. Así, la denegación de acceso a bienes y servicios a personas con discapacidades que restrinja sus posibilidades de desarrollo es una vulneración de derechos fundamentales⁹¹.

Bien es cierto que todos los seres humanos experimentan una restricción a la hora de acceder a diferentes sub-grupos sociales por falta de identificación mutua. Sin embargo, esta limitación -*prima facie*- no constituye una prohibición de acceso al *espacio* social sino a *grupos* sociales que no influye en el libre desarrollo de la personalidad sino que, más bien, es consecuencia de la misma⁹².

Así, la cuestión sobre la universalidad de la accesibilidad de bienes y servicios por parte de las personas con discapacidad no tiene su epicentro en una prestación

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Supra* 85, p.1.

⁹⁰ MORCILLO MORENO, J., 'El reto de la accesibilidad y su incumplimiento por los poderes públicos: consecuencias de la inactividad reglamentaria', *Revista de Administración Pública*, vol.210 (2019), p.297.

⁹¹ *Ibid.*, p.306.

⁹² WEBSTER M. & WARD A., 'Personality and social context', *Biological Reviews*, vol.86:4 (2010), Cambridge Philosophical Society, Cambridge, p.13.

asistencial o caritativa, sino en un derecho humano⁹³. En otras palabras, las personas con discapacidad no son objetos de una prestación, son *sujetos de derechos*⁹⁴.

A nivel internacional, la CIDPD supuso un cambio significativo hacia la consolidación de los derechos de las personas con discapacidad en materia de accesibilidad de bienes y servicios⁹⁵. El art. 9 CIDPD dispone que: “*a fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales*”.

La disposición legal novena identifica dos dimensiones en las que las personas con discapacidad pueden encontrar dificultades para acceder al entorno social⁹⁶. Así, continúa indicando: “*estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas a [...]*” Por un lado, las barreras físicas, comprendidas en el precepto 9.1.a) CIDPD: “*Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo*”. Por otro, las barreras relativas a la comprensión, a las que se hace alusión en el art. 9.1.b) CIDPD: “*los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia*”. Esta lista no es *numerus clausus* por lo que se pueden identificar barreras de acceso en cualquier otra dimensión de la vida de las

⁹³ MORCILLO MORENO, J., ‘El reto de la accesibilidad y su incumplimiento por los poderes públicos: consecuencias de la inactividad reglamentaria’, *Revista de Administración Pública*, vol.210 (2019), p.298-299.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Supra* 93, p.292.

⁹⁶ *Ibid.*, p.300.

personas con discapacidad⁹⁷. A mayores, el art. 9 CIDPD en su párrafo segundo complementa las obligaciones con una lista abierta complementaria relativa a servicios y establecimientos abiertos al público. Especialmente relevante serían los imperativos legales concernientes a la incorporación de señalización en Braille, la prestación de asistencia humana o animal o por parte de intérpretes o la promoción del diseño de las TIC.

De este modo, la CIDPD aboga por un *diseño universal* acorde con el modelo social adoptado por la comunidad internacional con la ratificación de la Convención. Esta accesibilidad universal de bienes y servicios se encuentra recogida en el art. 2 CIDPD: "*por diseño universal se entenderá el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El diseño universal no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten.*". Sin embargo, el mayor reto al que se enfrenta la concepción universalista del acceso a bienes y servicios es la de delimitar qué diseño universal es el que realmente se ajusta a las mayores personas posibles⁹⁸. Esta cuestión desemboca en la necesidad de plantearse por los legisladores nacionales problemas de interseccionalidad a los que se hicieron referencia en el epígrafe cuarto. Sobre esto, también es especialmente controversial la adición de "en la medida de lo posible".

El modelo social reconoce el derecho humano de las personas con discapacidad a formar parte del espacio social como sujetos de derechos. Pese a las posibles limitaciones económicas con las que pueda contar el Estado -y al margen del problema estructural que eso conlleva- el derecho al acceso universal es un derecho humano que no debe entenderse a *priori* limitado frente a otros⁹⁹. En este aspecto, la CIDPD incorpora de nuevo una remisión

⁹⁷ MORCILLO MORENO, J., 'El reto de la accesibilidad y su incumplimiento por los poderes públicos: consecuencias de la inactividad reglamentaria', *Revista de Administración Pública*, vol.210 (2019), p.300.

⁹⁸ *Supra* 97, p.219.

⁹⁹ Preámbulo, Diretiva 2019/8872 CE.

indirecta a ordenamientos jurídicos -habitualmente multinivel- regionales o nacionales, ampliamente influenciados culturalmente en su percepción de la discapacidad.

Por otro lado, la CIDPD recoge una obligación subsidiaria al diseño universal. La necesidad mencionada en el epígrafe tercero de realizar *ajustes razonables*. En caso de que el diseño universal orientado a facilitar acceso a bienes y servicios a las personas con discapacidades excluya a ciertas personas del acceso -principalmente derivadas de la falta de homogeneización del colectivo- estas tendrán el derecho a solicitar los ajustes razonables necesarios. Los ajustes razonables se diferencian principalmente del acceso universal *ex ante* por su carácter subsidiario y *ex nunc*, naciendo la obligación cuando la persona con discapacidad precisa una adaptación¹⁰⁰. Es especialmente relevante no olvidar que los ajustes razonables son, a su vez, una garantía y un límite para las personas con discapacidad¹⁰¹. Esto se debe a la anteriormente mencionada -en el epígrafe segundo- *carga excesiva*. Al no incorporar las necesidades específicas de ciertas personas con discapacidad en el diseño universal y al constituir una carga excesiva en los ajustes razonables, la accesibilidad universal vuelve a contar -por remisión indirecta- con el límite máximo de la carga excesiva, a partir de la cual las limitaciones son aceptadas legalmente¹⁰². En consecuencia, la exclusión de ciertos grupos de personas discapacitadas deriva en una doble limitación. Por un lado, una carga económica, derivada de los costes del proceso judicial y, por otra, una limitación de derechos humanos al enfrentarse a un límite máximo -aparentemente- inexistente con anterioridad.

En lo que respecta al marco jurídico de la Unión Europea, en aras del mercado interior se ha armonizado la regulación sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios a través de la *Directiva 2019/882 CE*. La Directiva

¹⁰⁰ MORCILLO MORENO, J., 'El reto de la accesibilidad y su incumplimiento por los poderes públicos: consecuencias de la inactividad reglamentaria', *Revista de Administración Pública*, vol.210 (2019), p.301.

¹⁰¹ *Ibid.*, p.302.

¹⁰² *Ibid.*

busca eliminar las trabas u obstáculos a la libre circulación de bienes y servicios en lo vinculado a la accesibilidad a los mismos por parte de las personas con discapacidad, de conformidad con su artículo 1. Esta mejora del mercado interno se verá reflejada en una bajada de precios por el aumento de la demanda, y, consecuentemente, de la oferta y de la competitividad de los productos y servicios en cuestión¹⁰³. Los productos y servicios que se incluyen en el ámbito de aplicación de la Directiva se encuentran recogidos en su art. 2 y engloban, entre otros: equipos informáticos de uso general de consumo y sistemas operativos para dichos equipos informáticos, cajeros automáticos, servicios bancarios para consumidores o servicios de comercio electrónico. El plazo de transposición de la Directiva se fija en el 28 de junio de 2022, en lo que respecta a su aprobación y publicación, y en el 28 de junio de 2025 en lo referente a su aplicación. Sin perjuicio de las medidas transitorias recogidas en el art. 32 de la Directiva hasta 2030.

Una de las cosas más llamativas de la Directiva 2019/882 CE es la estipulación por la misma de una serie de criterios para delimitar cuándo el cumplimiento con los requisitos de la accesibilidad desemboca en una carga excesiva para los agentes económicos implicados. En concreto, el *anexo VI criterios para la evaluación de la carga desproporcionada* establece que una carga se considera desproporcionada o excesiva atendiendo a tres criterios. Primero, “*la proporción de los costes netos -organizativos y de desarrollo- de cumplir los requisitos de accesibilidad en los costes totales (inversiones en activos fijos y gastos operativos) de fabricar, distribuir o importar el producto o prestar el servicio para los agentes económicos*”. Segundo, “*los costes y beneficios estimados para los agentes económicos, incluidos los procesos de producción y las inversiones, en relación con el beneficio estimado para las personas con discapacidad, teniendo en cuenta la cantidad y frecuencia de utilización de un producto o servicio específico*”. Tercero, “*la proporción de los costes netos de cumplir los requisitos*

¹⁰³ *Ibid*, p.305.

de accesibilidad en el volumen de negocios neto del agente económico”.

De la redacción del texto legal, se desprende la falta de matización en cuanto a cómo se calcula exactamente el beneficio estimado para las personas con discapacidad. Tampoco se aclara con suficiencia a partir de qué proporción con respecto al coste estimado para el agente económico se considera lo suficientemente relevante. No obstante, la Directiva 2019/882 CE en su preámbulo aborda la anteriormente mencionada problemática relativa a la -potencial- falta de prioridad del diseño universal por la inclusión de la terminología “*en la mayor medida posible*” en el art. 2 CIDPD sin aclaraciones complementarias. El preámbulo especifica que: “*al valorar hasta qué punto no pueden satisfacerse los requisitos porque supondrían una carga desproporcionada, solo deben tenerse en cuenta razones legítimas. No deben considerarse razones legítimas la falta de prioridad, de tiempo o de conocimientos*”.

En lo relativo a la esfera nacional, a nivel de España -dado que la fecha límite para la aceptación de la legislación encargada de transponer la Directiva es en junio de 2022- todavía no se ha transpuesto la Directiva 2019/882 CE. Empero, España -previamente a la aprobación de la CIDPD- ya había considerado la accesibilidad universal como un derecho de las personas con discapacidades. En 2003, aprobó la *Ley 51/2003 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad [LIONDAU]* -incluida en el texto refundido del 2013- la cual reconoce al diseño universal como el punto de partida, el elemento esencial para poder ejercitar el resto de derechos fundamentales de este colectivo. La LIONDAU en su preámbulo deja patente que una limitación del derecho al acceso de bienes y servicios de las personas con discapacidad constituye una discriminación indirecta, indicando que: “*constituye, sin duda, una forma sutil pero muy eficaz de discriminación, de discriminación indirecta en este caso, pues genera una desventaja cierta a las personas con discapacidad en relación con aquellas que no lo son, al igual que ocurre cuando una norma, criterio o práctica trata menos favorablemente a una persona con discapacidad que*

a otra que no lo es. Convergen así las corrientes de accesibilidad y de no discriminación".

Finalmente, la LIONDAU - y, asimismo, el texto refundido de 2013- confiere al Gobierno la obligación de regular las relaciones con las Administraciones públicas -DF 5a)- bienes y servicios a disposición del público -DF 6a)- nuevas tecnologías, sociedad de la información y medios de comunicación -DF 7a)- transporte -DF 8a)- y -DF 9a)- edificación y urbanismo¹⁰⁴. El Gobierno actuó en consecuencia y reguló todos los ámbitos menos el relativo a la accesibilidad de bienes y servicios¹⁰⁵. La inactividad del ejecutivo español constituye la base de la STS 20 de marzo de 2019¹⁰⁶, interpuesta por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad [CERMI]. El TS español falló que el Gobierno está efectivamente obligado a aprobar el reglamento. Sin embargo, el verdadero valor de la sentencia radica en la consideración del TS de la accesibilidad de bienes y servicios como un principio rector de la política social ex art. 49 y 53.3 CE¹⁰⁷.

En conclusión, la accesibilidad de bienes y servicios es la piedra angular de la realización de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Es, en suma, el principio transversal a todos los ámbitos de la protección jurídica de este colectivo y debe considerarse como tal a la hora de determinar qué se entiende por "carga excesiva" para garantizar la protección de los *derechos fundamentales* a los que concierne.

6. CONCLUSIONES

1.) El concepto "discapacidad" como fenómeno estático concebido por el modelo médico es insostenible. Una persona no "es discapacitada", una persona puede contar con una discapacidad que le *ha sido impuesta* por el conjunto de la sociedad.

¹⁰⁴ MORCILLO MORENO, J., 'El reto de la accesibilidad y su incumplimiento por los poderes públicos: consecuencias de la inactividad reglamentaria', *Revista de Administración Pública*, vol.210 (2019), p.306.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ STS de 14 de febrero de 1019, (nºrec. 384/2019).

¹⁰⁷ *Supra* 104, p.317.

En otras palabras, el modelo social concibe -acertadamente- que todo impedimento para el acceso al espacio social o para la realización de un trabajo es mitigable a través de ajustes razonables. Esto se debe a que todas las personas “contarían con discapacidades” de no proporcionárseles los medios adecuados para acceder a lugares o desempeñar las tareas que se proponen.

Un ejemplo ilustrativo es el caso del acceso al puesto de trabajo. Normalmente, un trabajador no debería de contar con ningún problema a la hora de acceder a su puesto de trabajo. Sin embargo, si un trabajador al llegar a la entrada del edificio donde se halla su puesto se encuentra con que las escaleras están cortadas y el ascensor no funciona, dada la falta de ajustes razonables, se ve con “una discapacidad impuesta por el conjunto de la sociedad” y no puede acceder.

Así, las personas que cuentan con una discapacidad física, por ejemplo, que van en silla de ruedas, no tienen acceso a muchos puestos de trabajo por falta de rampa que sería el equivalente a nuestra falta de escaleras y, conllevaría, consecuentemente a que esas personas “contarían con un problema puntual que no ha sido solucionado” pero no con “una discapacidad inherente a la persona”.

Otro ejemplo en el cual se percibe claramente la integración de una discapacidad a través de un ajuste razonable pueden ser las gafas de visión, tan normalizada que se ha comercializado y sacado beneficio a través del sector privado. Desde una perspectiva amplia, incluso la utilización de ropa de invierno cuando hace frío es un “ajuste razonable” que por su normalización y amplia utilización se ha comercializado de manera privada. Esta comercialización es posible en la medida que a ese estándar medio de persona se le facilitan los ajustes razonables para acceder al mercado laboral y para poder costearse sus propios ajustes razonables subsiguientes.

En suma, nadie es “estáticamente capaz” o “inherentemente válido” para absolutamente cualquier función sin soporte externo, el ser humano es un *ser social*. Esto nos lleva a concluir que a nivel social lo que existe es una *diversidad funcional* reconociendo a las personas “que cuentan con una

discapacidad" como parte de la *diversidad humana* y aceptando que cualquier limitación a los ajustes razonables es un perjuicio directo a su propia autonomía y al disfrute pleno de sus derechos fundamentales. La adaptación o la falta de ella es sinónimo de capacidad o de falta de ella y forma parte del concepto de discapacidad.

2.) Derivado del punto anterior, se infiere que contar o no con una discapacidad es proporcional a varios factores:

Primero, al mayor o menor número de personas que cuenten con la misma. Cuanto mayor sea la población que cuente con una discapacidad y esta sea considerada leve, más integrada se encontrará en el tejido social e incluso comercializada para sacar beneficio de la misma.

Segundo, al miedo que infunda poder llegar a contar con esa discapacidad ya que propicia el rechazo y aislamiento social. No obstante, este motivo se ve subsanado en su mayoría por la ratificación de la CIDPD.

Tercero, al coste de la implementación de los ajustes razonables, puesto que relación coste-beneficio de los ajustes razonables varía en función de la discapacidad.

3.) Continuando con el coste de la implementación de los ajustes razonables, la delegación de la configuración de los ajustes razonables y, particularmente, del concepto de *carga excesiva* a la legislación nacional puede desembocar en situaciones perjudiciales para las personas que cuentan con discapacidades.

A nivel general, la delegación de la configuración de los ajustes razonables es necesaria en la medida que la asunción de cargas excesivas por el sector privado podría afectar perjudicialmente a las diferentes economías nacionales, a las condiciones de vida del conjunto de la población y al propio sistema de ajustes razonables. Si la economía empeora en su conjunto, la carga excesiva se alcanzará con más rapidez.

Es precisamente por este motivo que, en ordenamientos como el español, a partir de un porcentaje de discapacidad se concibe un "modelo médico" o, en otras palabras, "una carga excesiva absoluta". Así, dependiendo del desarrollo económico del país -en función de sus indicadores económicos como PIB, PIB per cápita o tasa de desempleo, entre otros- a la composición empresarial del mismo -

pequeñas empresas cada una con poca cifra neta de negocios o grandes empresas cuya carga excesiva cuenta más margen- y a su sistema tributario, el concepto de discapacidad total o "carga excesiva absoluta" se alcanzará con una mayor o menor necesidad de adaptación. Por ello, una persona con una condición psíquico-física previa puede ser considerada "persona con discapacidad permanente" o no en función del país en el que se halle y del bienestar económico del mismo.

Consecuentemente, la delimitación de "carga excesiva" debería ser precisada con mayor minuciosidad a nivel internacional, por ejemplo, qué importe porcentual de la cifra de negocios -o de una combinación de factores- se considera o no carga excesiva o una tabla progresiva en función del importe neto de la cifra de negocio de la empresa. La razonabilidad de esta precisión internacional descansa en el carácter de ultima ratio que debería tener la consideración de carga excesiva por ser los ajustes razonables requisito para la realización de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, *sujetos de derecho*.

4.) Derivado de las conclusiones del abogado general del TJUE con respecto a la cuestión prejudicial planteada en el caso *HR rail SA*, el concepto de ajustes razonables en el «lugar trabajo» cuenta con una interpretación *lato sensu*. Así, por lugar de trabajo se debe entender la empresa y la recolocación de un trabajador que cuente con una discapacidad sobrevenida es un ajuste razonable obligatorio. Todo ello siempre cuando el trabajador cuente suficiente capacidad, disponibilidad y adaptabilidad para realizar las funciones de otra vacante.

5.) Finalmente, la discriminación intersectorial no se encuentra regulada a nivel internacional y, pese a la casuística particular de cada sujeto que experimenta este tipo de discriminación, debería acordarse un procedimiento a seguir para poder *detectar* las situaciones de intersectorialidad. Especialmente relevante para el análisis de este trabajo teniendo en cuenta la especial vulnerabilidad de las personas con discapacidad a sufrir discriminación múltiple e intersectorial dada la dificultad de

homogeneización de su colectivo y su utilización como deslegitimación de otros colectivos vulnerables.