

LA NOCIÓN DE DISCAPACIDAD A EFECTOS DE DISCRIMINACIÓN: VALORACIONES EN CLAVE CONSTITUCIONAL DE UN DEBATE ABIERTO*

THE NOTION OF DISABILITY FOR DISCRIMINATION PURPOSES:
CONSTITUTIONAL KEY ASSESSMENTS OF AN OPEN DEBATE

A NOTION DE HANDICAP À DES FINS
DE DISCRIMINATION: ÉVALUATIONS
CONSTITUTIONNELLES CLÉS D'UN DÉBAT OUVERT

Fernando PÉREZ DOMÍNGUEZ**

RESUMEN: A raíz del debate suscitado por la extensión de la noción de discapacidad como causa de discriminación a realidades como las enfermedades de incierta duración o situaciones como la obesidad, el presente trabajo analiza el concepto de discapacidad desde su gestación en instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, y trata de identificar los elementos integrantes del mismo. Sobre esa base, se explican los motivos que permiten acoger bajo la discapacidad realidades o situaciones personales no planteadas con anterioridad, y se identifica un modelo de tratamiento normativo de la discapacidad integrado por medidas de

* Recibido el 3 de mayo de 2020 y aceptado para su publicación el 15 de septiembre de 2021.

El presente trabajo se inscribe en los resultados de los proyectos “Nuevas Causas y Perfiles de Discriminación e Instrumentos para la Tutela Antidiscriminatoria en el Nuevo Contexto Tecnológico Social” (Proyectos I+D+i FEDER Andalucía 2014-2020, Referencia: US-1264479) y “La Carta Social Europea y la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales: su impacto en España” (Proyectos de I+D «Generación de Conocimiento», Referencia: PGC2018-094527-B-I00).

** Desde el año 2004 he compaginado la investigación y la docencia universitaria. En relación con la labor investigadora, la etapa predoctoral viene marcada por la obtención de becas en procesos competitivos: la Ayuda para la formación de doctores en universidades andaluzas (2004-08) con la que me incorporo a la Facultad de Derecho de la Universidad de Huelva en el área de Derecho del Trabajo; y la beca del Real Colegio de España que posibilitó la estancia de dos años (2007-08) y la realización de la tesis doctoral en la Universidad de Bolonia (2009).



diversa naturaleza que, en ocasiones, pueden apreciar la discapacidad bajo matices y lógicas jurídicas diferentes. Finalmente, se pondrá de manifiesto la incorporación y consolidación a nivel constitucional de esa concepción de la discapacidad gestada en el contexto internacional sobre la base de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 51/2021.

Palabras clave: discapacidad, igualdad de trato, discriminación, igualdad de oportunidades, modelo médico, modelo social.

Abstract: As a result of the debate raised by the extension of the notion of disability as a cause of discrimination to realities such as diseases of uncertain duration or situations such as obesity, this work analyzes the concept of disability from its design by international instruments for the protection of human rights, and tries to identify its constituent elements. On this basis, the reasons that allow receiving under the disability realities or personal situations not previously raised are explained; and a model of normative treatment of disability is identified, made up of measures of various kinds that, on occasions, can appreciate disability under different legal nuances and reasons. Finally, the incorporation and consolidation at the constitutional level of this conception of disability established at the international context will be highlighted on the basis of the recent Judgment of the Constitutional Court 51/2021.

Key words: disability, equal treatment, discrimination, equal opportunities, medical model, social model.

RÉSUMÉ: À la suite du débat soulevé par l'extension de la notion de handicap comme cause de discrimination à des réalités telles que des maladies de durée incertaine ou des situations comme l'obésité, cet ouvrage analyse la notion de handicap dès sa conception par les instruments internationaux de protection. Droits de l'homme et tente d'en identifier les éléments constitutifs. Sur cette base, les raisons qui permettent de recevoir sous le handicap des réalités ou des situations personnelles non évoquées auparavant sont expliquées; et un modèle de traitement normatif du handicap est identifié, composé de mesures de divers types qui, à l'occasion, peuvent apprécier le handicap sous différentes nuances et raisons juridiques. Enfin, l'incorporation et la consolidation au niveau constitutionnel de cette conception du handicap ancrée dans le contexte international seront mises en évidence sur la base de l'arrêt récent de la Cour constitutionnelle 51/2021.

Mots-clés: handicap, égalité de traitement, discrimination, égalité des chances, modèle médical, modèle social.

SUMARIO: I. *Introducción y justificación.* II. *Aproximaciones a la noción de discapacidad desde los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos.* III. *Identificación de los elementos integrantes del concepto de discapacidad.* IV. *La recepción constitucional de un concepto acuñado internacionalmente (valoraciones al hilo de la reciente STC 51/2021).* V. *Valoración final: la necesidad de equilibrio entre la parte y el todo en el modelo de protección jurídica de la discapacidad.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN

La aprobación en el año 2006 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) supuso la afirmación de una nueva concepción de la discapacidad y el consiguiente establecimiento de un nuevo modelo de tratamiento jurídico de la misma. La asimilación e integración de dicho cambio de concepción y enfoque por parte de los ordenamientos jurídicos nacionales viene suponiendo un enorme esfuerzo para las autoridades legislativas y judiciales nacionales. A pesar de que muchos de los contenidos y obligaciones establecidas en la Convención han dado lugar a la reforma de numerosas normas internas, la experiencia de su aplicación concreta ofrece muestras de falta de asimilación de los nuevos conceptos y principios normativos de aquélla; así como desajustes y dificultades de integración coherente, adaptación o interpretación conforme de algunas regulaciones nacionales sobre discapacidad (seguridad social, asistencia y servicios sociales...) anteriores a la Convención y, por tanto, elaboradas bajo un modelo de tratamiento de la discapacidad diferente.

En particular, el motivo que justifican estas páginas se encuentra en la extensión del concepto de discapacidad que algunas resoluciones judiciales (europeas y españolas) en materia de tutela antidiscriminatoria vienen llevando a cabo, al amparo de la CDPD, para acoger situaciones personales que, general y tradicionalmente, han sido consideradas diferentes o que, incluso, tienen reflejo expreso separado entre las causas de los listados de algunas cláusulas generales antidiscriminatorias. Tal es el caso de la enfermedad, la obesidad o, en menor medida, la edad.¹

¹ Dicho debate se ha suscitado fundamentalmente en materia laboral al ser calificados como discriminatorios los despidos de trabajadores que presentaban enfermedades de larga o incierta duración, así como otras condiciones de salud, como la obesidad. Los pronunciamientos en este

La consideración de tales situaciones como supuestos de discapacidad para apreciar el carácter discriminatorio de una conducta (en la mayoría de esos casos, se trata de decisiones adoptadas en el contexto de una relación laboral²) ha generado cierta confusión y dudas sobre el alcance de las causas de discriminación contenidas en las cláusulas generales antidiscriminatorias, y sobre los propios contornos del concepto de discapacidad. Asimismo, la afirmación de un concepto de discapacidad complejo y dinámico en el marco de la tutela antidiscriminatoria revela, a su vez, determinadas distorsiones o disfunciones con algunas medidas orientadas a la protección, asistencia o, incluso, acción positiva en favor de las personas con discapacidad.

sentido provienen de la interpretación dada por el TJUE a la cláusula antidiscriminatoria de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; la cual contiene expresamente la discapacidad como causa de discriminación. Algunos de los pronunciamientos más relevantes de la referida línea jurisprudencial son, entre otros: SSTJUE de 11 de julio de 2006, C-13/2005, asunto Chacón Navas; de 11 de abril de 2013, C-335/11 y C-337/11 acumulados, asunto *HK Danmark y otros*; de 18 de marzo de 2014, Gran Sala, C-363/12, asunto *Z. contra A Government department and the Board of management of a community school*; 18 de diciembre de 2014, C-354/13, asunto *Fag og Arbejde (FOA) contra Kommunernes Landsforening (KL)*; 1 de diciembre de 2016, C-395/15, asunto *Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L. y Otros*, y la de 9 de marzo de 2017, C-406/15, asunto *Petya Milkova contra Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sled-privatizatsionen kontrol*.

² La doctrina laboralista ha analizado profusamente el impacto de las sentencias europeas referidas en la nota 1 en el ordenamiento y la jurisdicción laboral española. Si bien en este trabajo se adoptará un enfoque distinto (jurídico-constitucional) resulta conveniente dejar constancia de algunos de tales estudios: Benavente Torres, M^a. Inmaculada, “Los nuevos motivos de discriminación y su incidencia en el ordenamiento español”, en Molina Navarrete, Cristóbal (coord.), *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del TJUE*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2019, pp. 99-132; Barreira Igual, M^a Begoña, “Discapacidad y enfermedad en el despido. Aplicación práctica”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 6, núm. 4, 2018, pp. 196-217; Rodríguez Padrón, Patricia, “La alteración de la salud del trabajador como factor de discriminación en las relaciones laborales: discapacidad y enfermedad”, *Revista Atlántida*, n. 11, 2020, pp. 145-162; Fernández Martínez, Silvia, “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, núm. 1, 2015, pp. 1-17; Carrizosa Prieto, Esther, “Discapacidad, discriminación e indemnidad: algunas claves para proteger al trabajador enfermo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, núm. 1, 2016, pp. 1-30; Monereo Pérez, José Luis, “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel”, *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*, vol. 9, núm. 1, 2019, 681-746; Goñi Sein, José Luis, “Discapacidad, enfermedad y extinción del contrato de trabajo”, *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, número monográfico 6, 2017, y Martínez-Gijón Machuca, Miguel Ángel, *La extinción del contrato por enfermedad/ discapacidad del trabajador*, Bomarzo, 2018, entre otros muchos.

Por tal motivo, se antoja conveniente acudir a las fuentes internacionales generales y específicas en cuyo seno se ha gestado, desarrollado y definido la configuración vigente de la discapacidad y de su tratamiento normativo. A través de un análisis evolutivo y comparado de tales fuentes, se tratará de “deconstruir” el concepto de discapacidad identificando sus elementos constitutivos. Ello permitirá, de un lado, explicar los motivos que llevan a considerar como discapacidad realidades o situaciones personales no planteadas con anterioridad; y de otro, advertir un modelo de tratamiento normativo de la discapacidad integrado por medidas de diversa naturaleza que, en ocasiones, pueden apreciar la discapacidad bajo matices y lógicas jurídicas diferentes. Finalmente, se pondrá de manifiesto la incorporación y consolidación a nivel constitucional de esa concepción de la discapacidad gestada en el contexto internacional sobre la base de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, STC 51/2021, del 15 de marzo, que concede el amparo, precisamente, por vulneración del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de discapacidad (artículo 14 CE) en el contexto de un supuesto de imposición de sanción disciplinaria en el ámbito laboral a un empleado que presentaba una discapacidad mental.

II. APROXIMACIONES A LA NOCIÓN DE DISCAPACIDAD DESDE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. *Instrumentos internacionales de alcance general*

Es sabido que las cláusulas generales de prohibición de discriminación contenidas en los grandes tratados internacionales de protección de los derechos humanos no incluyen, como regla general, una referencia expresa a la discapacidad entre las causas de discriminación.³ También es sabido que esa circunstancia no ha sido óbice para que la discapacidad haya sido considerada un criterio especialmente rechazable para justificar diferencias de trato jurídico al amparo

³ Véanse, en este sentido, los artículos 7 DUDH, 26 PIDCP, 2.2 PIDESC, en el marco de la ONU; los artículos 1.1 CADH y 3 del Protocolo de San Salvador, en el marco normativo propio de la OEA; el artículo 14 CEDH junto con su Protocolo 12 e incluso el artículo E de la Carta Social Europea Revisada (CSER), en el contexto regional del Consejo de Europa. La excepción se encuentra en el marco normativo de la Unión Europea, donde tanto el artículo 19 TFUE, como el artículo 21.1 CDFUE, sí contemplan la discapacidad entre las causas de discriminación prohibidas.

de la clásica apertura de los listados de causas o criterios de discriminación que terminan aludiendo a “cualquier otra condición o situación social” que integre o comprometa la dignidad humana.⁴

Las razones de esa ausencia hay que encontrarlas, de un lado, en un factor temporal o histórico: la afirmación y consolidación de una serie de atributos esenciales de la dignidad humana que, a mediados del siglo XX, se habían confirmado como los instigadores constantes de los ataques más espeluznantes al ser humano; lo que obligaba a la proscripción sin paliativos, y en todo caso, de la raza, el sexo, la religión y la opinión política.⁵

De otro lado, cabe apreciar una cuestión de concepción de la discapacidad como circunstancia de la existencia humana y, consecuentemente, de enfoque o diseño de su tratamiento jurídico. Así, hasta finales del siglo XX, la discapaci-

⁴ El proceso de desarrollo, enriquecimiento y matización que caracteriza al concepto de discriminación y, por tanto, a sus causas se ha materializado, sobre todo, por la extensión interpretativa de las causas clásicas u originarias propias del modelo regulatorio de la DUDH, y a partir de su cláusula final abierta. La inclusión de nuevas causas concretas (v.gr. la discapacidad) ha tenido lugar a través de Tratados internacionales posteriores que ofrecen un tratamiento jurídico específico de la discriminación por tal circunstancia. Sobre esta cuestión, véase el clarificador trabajo de Fernández López, Ma. Fernanda, “Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto”, *Temas Laborales*, núm. 98, 2009, pp. 11-57. En relación con la suficiencia y el mantenimiento de esos listados clásicos o tradicionales de causas de discriminación destaca el hecho de que con motivo de la elaboración del Protocolo núm. 12 al CEDH (garantía colectiva de la prohibición general de discriminación), ya en el siglo XXI (aprobado en noviembre de 2000), se acabara optando por mantener el listado original de causas de discriminación contenido en el artículo 14 CEDH (1950) y, por tanto, por no dar entrada expresa a nuevas realidades dignas de tutela antidiscriminatoria ya consolidadas como la discapacidad. A este respecto, resulta interesante el modo en que la Memoria explicativa del Protocolo 12 resuelve el dilema entre la inclusión de nuevas causas o la confianza en la proclamación general de la prohibición de discriminación no sujeta a una *numerus clausus*: “la lista de motivos de discriminación que figura en el artículo 1 (del Protocolo) es idéntica a la del artículo 14 del Convenio. Esta solución se ha considerado preferible a otras, como la que consistía en incluir expresamente ciertos motivos adicionales (por ejemplo, la discapacidad física y psíquica, la orientación sexual, la edad), no por desconocer que, en las sociedades actuales, esos motivos han adquirido una importancia particular frente a la época de la redacción del artículo 14 del Convenio, sino porque tal inclusión se ha considerado inútil desde el punto de vista jurídico, ya que la lista de motivos de discriminación no es exhaustiva, y la inclusión de cualquier motivo adicional particular podría engendrar interpretaciones a contrario indeseables relativas a la discriminación fundada en los motivos no mencionados” (parágrafos 17 a 20). Llanman la atención sobre este revelador episodio de diseño normativo *Ibidem*, nota 8, p. 17 y Jimena Quesada, Luis, “El derecho a la autonomía de las personas con discapacidad”, en Escobar Roca, Guillermo (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2012, p. 1402.

⁵ Tales causas son consideradas un “núcleo duro» de la prohibición, que se reiteran en cada Tratado, y que constituyen un acervo internacional en materia de lucha contra la discriminación”, Fernández López, Ma. Fernanda, “Las causas de...”, *cit.*, p. 15.

dad era considerada una circunstancia deficitaria, que devaluaba la plena consideración de la persona a título individual y lastraba inevitablemente su potencial desarrollo personal y social. Sobre la base de dicha premisa, el tratamiento jurídico de las situaciones de discapacidad se acometía desde la perspectiva de la protección, la rehabilitación y la asistencia orientada a completar o sustituir las carencias (físicas, sensoriales, mentales...) de las personas afectadas por tales circunstancias.⁶ Dicho en términos técnico-jurídicos, la discapacidad era considerada, como regla general, un argumento legitimador (objetivo y razonable) de tratos jurídicos diferenciados o especiales pues la persona discapacitada era, por principio, diferente. De acuerdo con ello, sí pueden encontrarse en algunos de los textos internacionales generales sobre derechos humanos referencias expresas a la discapacidad; ahora bien, no como causa o criterio de discriminación prohibida (lo que supone la exigencia de un trato igual en el ejercicio de los derechos), sino con motivo del reconocimiento de determinados derechos *ad hoc* de carácter prestacional o del mandato a los Estados parte de llevar a cabo una particular acción asistencial, protectora y compensadora de la discapacidad.⁷

Por los motivos expuestos, no se encuentra en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos una definición expresa de la discapacidad a los efectos de la prohibición general de discriminación. No obstante, sí es posible realizar otras lecturas o aproximaciones a tales textos para extraer algunas consideraciones sobre el modo en que se concibe la discapacidad y su diferenciación de otras circunstancias que, en ocasiones (pero no siempre ni necesariamente), concurren con ella, con el consiguiente riesgo de confusión.

En ese sentido, se observa una concepción economicista de la discapacidad en tanto que las únicas referencias expresas a ésta que se contemplan en los instrumentos internacionales generales de protección de los derechos humanos

⁶ Tal enfoque de tratamiento normativo es también conocido como “modelo médico” de atención de la discapacidad.

⁷ En esa línea se inscribe el reconocimiento a toda persona del “derecho a un nivel de vida adecuado” y particularmente a “los seguros en caso de desempleo, enfermedad, *invalidéz*, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad” (artículo 25 DUDH). Precizando dicha protección en el ámbito de la Seguridad Social, el Protocolo de San Salvador reconoce a toda persona el “derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la *incapacidad* que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa” (artículo 9.1), para después evidenciar el enfoque asistencial o prestacional referido mediante el reconocimiento del derecho de “toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales a recibir una *atención especial* con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad” (artículo 18). Énfasis añadido.

guardan relación con el reconocimiento de derechos de sustitución de las rentas del trabajo, ya sea bajo el régimen de seguridad social u otros (artículos 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 9.1 del Protocolo de San Salvador). Ello sugiere una visión reduccionista de la discapacidad, pues la única discapacidad jurídicamente relevante parece ser aquella que, por su entidad, impide a las personas obtener por sí mismas los medios económicos para mantenerse y desarrollarse. De esta manera, se obvian las consecuencias de la discapacidad en otros ámbitos y contextos del desarrollo personal y social de las personas distintos al laboral, y la respuesta protectora adopta una clara función compensadora en términos económicos.

En directa relación con lo anterior, los instrumentos internacionales de referencia recogen, junto a la “invalidez” —en la terminología de la época, hoy superada—, otras circunstancias como la enfermedad o la vejez; cuya atención y tutela se encomiendan a los mismos sistemas de previsión social. Esta circunstancia puede explicar, en parte, la confusión y las dificultades de diferenciación entre la discapacidad, la vejez (o la edad) y la enfermedad (o la salud). A dicha confusión ha contribuido también el hecho de que tratados internacionales (generales o específicos) posteriores hayan incorporado a sus listados de causas de discriminación alguna de tales circunstancias, pero no otras⁸ (la salud pero no la discapacidad, o viceversa); dando lugar a ejercicios interpretativos que o bien apuestan por diferenciar tajantemente unas de otras, o bien extienden el alcance de la causa positivizada para acoger aquellas otras que no han sido expresamente incorporadas.

Sin perjuicio de volver más adelante sobre ello, baste advertir en este momento que la coincidencia en el tipo o medio de reacción o tutela (seguros de rentas, determinados servicios sociales) no supone la equiparación o igualación de las circunstancias objeto de protección, cuya naturaleza y esencia puede ser diversa; circunstancia ésta que determinará finalmente el sentido y alcance de la

⁸ Es el caso de la Carta Social Europea Revisada (1996), cuyo artículo E incluye a la salud en el listado de causas de su prohibición de discriminación en el disfrute de los derechos reconocidos en la misma. Ni la discapacidad ni la edad (u otras) son incorporadas en este caso, si bien es cierto que la CSER ofrece en su artículo 15 una completa atención a la discapacidad mediante el reconocimiento a las “personas minusválidas” del “derecho a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad”; así como a las dificultades asociadas a la edad mediante el reconocimiento en su artículo 23 de un específico “derecho de las personas de edad avanzada a la protección social”. Otro tanto sucede con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuya prohibición de discriminación se caracteriza por la incorporación de nuevas causas de discriminación, entre las que se encuentran la discapacidad y la edad, pero no la salud o la enfermedad, entre otras (artículo 21 CDFUE).

tutela antidiscriminatoria en relación con cada causa concreta. De ahí que, en principio, no toda enfermedad, ni la vejez, por sí mismas, generan o presuponen una discapacidad.

Tratamiento aparte merecen las referencias a la discapacidad contenidas en la CSER (1996) y en la CDFUE (2000). Por lo que respecta a la CSER, como ya se ha apuntado, ésta no incorpora a la discapacidad como causa de discriminación concreta en su cláusula general antidiscriminatoria (artículo E). Sin embargo, con motivo del reconocimiento en el artículo 15 del derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad, es posible advertir dos aportaciones relevantes.⁹ La primera de ellas atañe a la concepción misma de la discapacidad, pues al precisar el titular del derecho enunciado en su artículo 15 se refiere a las “personas minusválidas con independencia de su edad y de la naturaleza y el origen de su minusvalía”. De ello se deduce una consideración amplia de la discapacidad, autónoma e independiente de otros factores como la edad o la enfermedad que, si bien pueden estar en el origen de la discapacidad de una persona, no reducen, limitan o vinculan su consideración a la concurrencia de tales supuestos (edad o enfermedad). A esa misma idea de diferenciación entre la discapacidad y otros factores condicionantes del pleno desarrollo e integración de las personas (como la edad o la salud), contribuye el hecho de que la Carta Social reconozca derechos específicos diferenciados para atender a tales realidades: un derecho general a la protección de la salud (artículo 11), el derecho de los niños y adolescentes a la protección social, jurídica y económica (artículo 17) y el derecho de las personas de edad avanzada a la protección social (artículo 23).

La segunda aportación en materia de discapacidad de la CSER consiste en reflejar en gran medida el cambio de modelo jurídico de atención a la discapacidad¹⁰ que la posterior Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de

⁹ Tales aportaciones son fáciles de advertir si se contrasta la redacción del artículo 15 en la versión original de la CSE de 1960 y la versión del artículo 15 de la CSE Revisada de 1996.

¹⁰ Se trata del cambio del modelo médico o rehabilitador (antes descrito brevemente) al modelo social o de derechos. La literatura científica sobre esta evolución en la forma de responder jurídica y socialmente a la discapacidad es vastísima y diversa en perspectivas. A título ilustrativo, véanse López Masís, Rocío, “Evolución histórica y conceptual de la discapacidad y el respaldo jurídico-político internacional: el paradigma de los derechos humanos y la accesibilidad”, *Alteridad, Revista de Educación*, vol. 6, núm. 2, 2011, pp. 102–108; Conde Melguizo, Rafael, “Evolución del concepto de discapacidad en la sociedad contemporánea: de cuerpos enfermos a sociedades excluyentes”, *Praxis Sociológica*, núm. 18, 2014, pp. 155–175; Hernández Ríos Mónica I., “El concepto de discapacidad: de la enfermedad al enfoque de derechos”, *Revista CES Derecho*, vol. 6, núm. 2, 2015, pp. 46–59; Padilla-Muñoz, Andrea, “Discapacidad: contexto, concepto y modelos”,

las personas con discapacidad consagrará con alcance universal en 2006. Entre los indicios que apuntan en esa dirección, destaca —por contraste con lo apuntado anteriormente respecto de los instrumentos generales de protección de los derechos humanos clásicos— el hecho de que no se mencione expresamente a las personas con discapacidad como particulares destinatarios de los instrumentos de seguridad y asistencia social. En su lugar, el ámbito subjetivo de ambos derechos (artículos 12 y 13 CSER) se formula de forma universal o abierta a “toda persona”; lo que supone dejar de concebir a la persona con discapacidad como alguien “condenado” a la exclusión y, por tanto, a una existencia subvencionada, asistida o suplementada. En coherencia con ello, el derecho específico que la CSER reconoce a las personas “minusválidas” (artículo 15 CSER) se fundamenta en la consideración plena de su dignidad humana integrando su diversidad, de forma que la concurrencia de la discapacidad no suponga, por sí misma, menoscabo en sus opciones de desarrollo personal y social. Es por ello que, el objeto del derecho sea la autonomía, la integración y la participación social;¹¹ derecho cuya realización efectiva se concibe, como regla general, desde la perspectiva de la igualdad de trato y, sólo secundariamente, desde la perspectiva de la diferenciación y la acción positiva.¹² Así lo evidencia el propio artículo

International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, núm. 16, 2010, pp. 381-414; Palacios, Agustina y Bariffi, Francisco, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, CERMI-Cinca, 2007; Palacios, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la CDPD*, CERMI-Cinca, 2008; Victoria Maldonado, Jorge A., “Hacia un modelo de atención a la discapacidad basado en los derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, núm. 138, 2013, pp. 1093-1109; Cabra de Luna, Miguel A., “Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 50, 2004, pp. 21-46.

¹¹ Sobre la relevancia de la formulación de este derecho como reflejo de una consideración o concepción de la discapacidad como un atributo de la condición humana no disminuida o devaluada, sino desde la diversidad consustancial de la dignidad humana, véase el detallado estudio de Jimena Quesada, Luis, “El derecho a...”, *cit.*, pp. 1393-1486.

¹² Sobre la compleja construcción de la igualdad y su articulación en igualdad de trato, prohibición de discriminación e igualdad de oportunidades, véase el estudio realizado por Rey Martínez, Fernando, “Presupuestos de teoría y dogmática constitucionales. Igualdad”, en Escobar Roca, Guillermo (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2012, pp. 337-360; *idem*, “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pp. 125-171; Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López, M.ª Fernando, *Igualdad y Discriminación*, Tecnos, 1986; *Idem*, “La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley”, en Rodríguez-Piñero, Miguel y Casas Bahamonde, Ma. Emilila (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Wolters Kluwer-BOE, 2018, pp. 334-352; Fernández López, Ma. Fernanda, “Igualdad Real” y “La prohibición de discriminación”, *cit.*, pp. 164-174 y 353-371.

15 CSER cuando, tras proclamar el derecho, procede a precisar las medidas de realización efectiva del derecho a la autonomía en el ámbito de la orientación, educación, formación profesional y del empleo. Establece para ello una suerte de graduación en los instrumentos o técnicas jurídicas¹³ a utilizar de las que se deduce la preferencia por que las personas con discapacidad puedan ejercer con plenitud sus derechos en igualdad de condiciones con el resto de sujetos. Es por ello, que tras la afirmación de la igualdad de trato para las personas con discapacidad que se desprende del artículo 15 CSER, puede advertirse sin dificultad la correlativa prohibición de discriminación por tal motivo, a pesar de que el artículo E de la misma no lo refiera expresamente.¹⁴

Por su parte, la CDFUE —cuyo Preámbulo revela su sintonía con el CEDH y la CSE— destaca, en primer lugar, por ser el único instrumento internacional de protección de los DDHH de alcance general que incluye expresamente a la discapacidad en el listado de causas de discriminación de su cláusula general antidiscriminatoria (artículo 21 CDFUE). Si bien la trascendencia jurídico-práctica de este reconocimiento formal es relativa en el contexto de listados no exhaustivos de causas de discriminación, no deja de suponer un reconocimiento más al tratamiento de la discapacidad desde la perspectiva de la igualdad de trato como cuestión de principio, antes que desde el solo enfoque prestacional y asistencial. A ello contribuye igualmente, la proclamación en el artículo 26 del derecho a la autonomía e integración de las personas con discapacidad, en línea con el artículo 15 CSER aunque mucho más escueto en su formulación.

En segundo lugar y por último, la CDFUE también ofrece argumentos que avalan una consideración de la discapacidad diferenciada de otras situaciones personales y sociales que suelen identificar a colectivos en posiciones de desventaja o, en los casos más graves, de exclusión. Así, a la ya apuntada referencia

¹³ En relación con la orientación, educación y formación profesional, las medidas se adoptarán “en el marco del *régimen general*, siempre que sea posible, o, en caso contrario, a través de instituciones especializadas” (artículo 15.1 CSER). Por lo que respecta al acceso al empleo de las personas con discapacidad, éste se promoverá mediante medidas que estimulen su contratación “en el *entorno habitual* de trabajo... o, cuando ello no sea posible por razón de la minusvalía, mediante el establecimiento o la creación de empleos protegidos” (artículo 15.2 CSER). La cursiva ha sido añadida. En este mismo sentido, véase como los apartados 1 y 2 del artículo 15 de la CSE de 1960 optan preferentemente por la prestación o disposición de servicios y medios diferenciados y especializados en tales ámbitos para las personas con discapacidad.

¹⁴ Así lo confirma el órgano de control y garantía de la Carta Social Europea: el Comité Europeo de Derechos Sociales al respecto de los arts. 15 y E CSER. Véase *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights*, 2018, pp. 157-162 y 231. Disponible en <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/case-law/> (fecha de consulta: 3 de mayo de 2021).

expresa a la edad entre las causas de discriminación del propio artículo 21, se unen la formulación universal del derecho a la protección de la salud (artículo 35) y, sobre todo, la referencia a la “dependencia” (y no a la discapacidad) entre las contingencias o situaciones de protección por las prestaciones de seguridad y los servicios sociales (artículo 34). El contraste con la formulación del derecho a la seguridad y asistencia social en textos internacionales de protección de los derechos humanos anteriores —en los que se aludía a la invalidez o discapacidad a estos efectos— parece introducir un elemento de graduación o gravedad que obliga a distinguir entre discapacidad y dependencia, de forma que no toda discapacidad coloca a la persona afectada en situación de dependencia siempre que medien “condiciones de accesibilidad para salvaguardar su autonomía”.¹⁵

2. Instrumentos internacionales específicos en materia de discapacidad

Entre los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que tratan específicamente de la discapacidad, debe distinguirse entre aquellos que presentan un ámbito objetivo general, en la medida en que contemplan todos los derechos de las personas con discapacidad (incluyendo, obviamente, entre ellos el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación), y los que ofrecen un alcance objetivo limitado, ya sea por restricción al concreto derecho a la igualdad de trato y la no discriminación, ya sea por conocer de los derechos de las personas sólo en relación con un ámbito o sector de relaciones en particular.

Entre los instrumentos del primer grupo se encontrarían la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Resolución 61/106 de la Asamblea General de la ONU del 13 de diciembre de 2006 (CDPD, en adelante), y las Resoluciones y Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa de alcance general sobre integración y participación de las personas con discapacidad.¹⁶ Por su parte, entre los instrumentos

¹⁵ Sobre el deslinde entre las nociones de dependencia y discapacidad, a pesar de sus evidentes conexiones, véase Jimena Quesada, Luis, “El derecho a...”, *cit.*, pp. 1393-1394.

¹⁶ En particular, merecen destacarse a los efectos que aquí interesan la Resolución AP(84)3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre de 1984, sobre una política coherente para la rehabilitación de las personas minusválidas; la Recomendación R(92)6, de 9 de abril de 1992, relativa a una política coherente para las personas discapacitadas; y la Recomendación Rec(2006)5, del 5 de abril de 2006, sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: “mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015”. El resto de

específicos, pero de alcance limitado a la no discriminación, interesa la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIEFDPD, en adelante), adoptada el 6 de julio de 1999. Y finalmente, entre los instrumentos específicos sobre discapacidad circunscritos a un ámbito o sector de relaciones concreto, destacan los relativos al trabajo y el empleo; en particular, determinados Convenios y Recomendaciones de la OIT que atienden a la realidad de las personas con discapacidad¹⁷ y, en el marco normativo de la Unión Europea, la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, del 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Todos esos instrumentos, a excepción de la Directiva 2000/78/CE, contienen previsiones orientadas a intentar esclarecer qué se entiende por discapacidad. Sin embargo, ninguna de ellas constituye una definición en sentido estricto¹⁸ y categórico de discapacidad que permita por la vía de la simple subsumción identificarla en la realidad material. De hecho, la mayoría de tales previsiones no se refieren directamente a la discapacidad —sólo el artículo I.1 CIEFDPD lo hace—, sino que optan, indirectamente, por describir qué se entiende por “persona con discapacidad”, “inválido” o “persona inválida”, así como “discriminación por discapacidad”. Tales aproximaciones indirectas ponen de manifiesto que, desde el punto de vista jurídico, lo relevante no es tanto qué es la discapacidad (en genérico o abstracto) sino cómo tratarla; lo que la convierte en una cuestión dilemática.

La propia diversidad de términos que se han usado históricamente para representar la realidad a la que hoy nos referimos generalmente como discapacidad, evidencia esa naturaleza dilemática, pues tras esos distintos vocablos¹⁹

actos adoptados por el Consejo de Europa en esta materia puede consultarse en: <https://www.coe.int/en/web/disability/adopted-texts> (fecha de consulta: 27 de abril de 2021).

¹⁷ En particular, contienen definiciones de “inválido” y “persona inválida” la Recomendación n. 99 sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos de 1955 (artículo 1.b) y el Convenio núm. 159 sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) de 1983 (artículo 1.1), respectivamente. Otros convenios y recomendaciones de la OIT contienen referencias a las personas con discapacidad a efectos de identificarlas entre los colectivos destinatarios de medidas específicas de política y servicios de empleo o para el diseño de prestaciones concretas de seguridad social (v.gr. Convenios 88, 102, 111, 128 Recomendaciones 122, 169, 198 y 204, entre otras).

¹⁸ Según el DRAE, definición es la “proposición que expone con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de algo material o inmaterial”. Disponible en: <https://dle.rae.es/definici%C3%B3n> (fecha de consulta: 3 de mayo de 2021).

¹⁹ Sobre la evolución terminológica que va desde las expresiones enajenado, retrasado, inca-

subyace, antes que una definición dogmática y categórica, una determinada manera de afrontar el desarrollo personal y social de las personas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de diverso tipo y relativo alcance.

En nuestra historia reciente, han sido dos, principalmente, los modos de tratamiento de la discapacidad que, partiendo de concepciones diferentes de la misma, han determinado regulaciones internacionales y nacionales igualmente diversas. Muy sucintamente,²⁰ el primero de ellos, el modelo médico (ya referido anteriormente), entiende la discapacidad como un rasgo o atributo individual derivado, sin más, de una determinada condición de salud que limita, incapacita o invalida a la persona para la realización de distintas funciones vitales a nivel individual o social. Ante ello, procede una actuación reparadora, compensadora o protectora de la persona afectada, diferente por su deficiencia, para adaptarla, en la medida de lo posible, a la dinámica social normal o general. Por su parte, el modelo social, entiende que la situación de exclusión o los impedimentos para que una persona con discapacidad pueda desarrollarse y participar plenamente en todos los ámbitos no derivan de sus condiciones individuales y funcionales sino de las actitudes, el entorno y la dinámica social que no tiene en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad; siendo ésa —y no su condición de salud— la causa de su exclusión o falta de integración. Como consecuencia, las personas con discapacidad son unos miembros más de la sociedad en pie de igualdad con el resto en cuanto a sus derechos y posibilidades de desarrollo y participación; de forma que debe ser la sociedad la que, aceptando la diversidad de aquéllas, elimine las barreras que las excluye y disponga los apoyos y demás medidas necesarias para hacer posible esa integración plena con normalidad e igualdad.

La evolución entre un modelo y otro encuentra reflejo tanto en normas de carácter técnico como en normas jurídicas, advirtiéndose una estrecha influencia entre ellas. Desde el punto de vista técnico, la relación de la discapacidad con una determinada condición de salud explica que la Organización Mundial de la

paz, inválido, deficiente, minusválido o discapacitado hasta la actual expresión “personas con discapacidad”, véanse Biel Portero, Israel, *Los Derechos de las personas con discapacidad en el marco jurídico internacional y europeo*, Tesis Doctoral, Universidad Jaume I, 2009, pp. 19-29, disponible en: <https://www.tdx.cat/handle/10803/384628#page=1> (fecha de consulta: 3 de mayo de 2021); así como Cordero Gordillo, Vanessa, “Minusválidos”, en Baylos Grau, Antonio *et al.* (coords.), *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 1477-1482.

²⁰ Para un análisis más detallado desde una perspectiva jurídica, véase Biel Portero, Israel, *Los Derechos de las personas...*, *cit.*, pp. 12-19.

Salud haya abordado la cuestión de la discapacidad con una voluntad unificada-
ra mediante dos clasificaciones sucesivas que evidencian, desde el plano médi-
co, la evolución de un modelo o concepción a otro.²¹ Se trata de la Clasificación
Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM) de 1980,
y la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la
Salud (CIF) de 2001; siendo esta última a la que se debe la generalización del
término discapacidad como comprensivo de la compleja realidad que ésta en-
cierra actualmente.²²

Desde el punto de vista normativo, el cambio de modelo se articula, particu-
larmente, mediante un proceso de construcción internacional. A raíz del debate
desarrollado en el seno de la ONU sobre los derechos de las personas con dis-
capacidad en las dos últimas décadas del siglo XX,²³ los distintos instrumentos
internacionales generales²⁴ y, sobre todo, los específicos antes mencionados van
dando cuenta de la evolución en la concepción de la discapacidad, en la termi-
nología a utilizar y, cómo no, en el modelo regulatorio correspondiente. Dicha
evolución —aún inconclusa,²⁵ como corresponde a una cuestión de dimensión
social y humana— habría encontrado su último hito más relevante en la apro-
bación y entrada en vigor de la CDPD antes referida. El impulso unificador que
la CDPD está teniendo en el tratamiento jurídico de la discapacidad merece ser
subrayado como un ejemplo de construcción de tutela multinivel de los dere-
chos fundamentales que se deja sentir tanto en su conexión con los sistemas
regionales de protección de derechos humanos,²⁶ como por su incorporación a
los ordenamientos jurídicos nacionales.

²¹ En relación con la aproximación a la discapacidad por parte de la OMS, véase *ibidem*,
pp. 19-26; Cáceres Rodríguez, Celsa, “Sobre el concepto de discapacidad. Una revisión de las pro-
puestas de la OMS”, *Revista Electrónica de Audiología*, vol. 2, 2004, pp. 74-77.

²² Siguiendo a Biel Portero, “La CIDDDM sigue el modelo de las consecuencias de las enfer-
medades, a través de una secuencia lineal. En esta secuencia, es la enfermedad o trastorno la que
origina la aparición de una deficiencia, que dará lugar a una discapacidad que, a su vez, deter-
minará la existencia de una minusvalía en el individuo”; mientras que “la CIF se refiere a la dis-
capacidad, no como un componente, sino como un término genérico global que determina el
fenómeno multidimensional resultante de la interacción de las personas con su entorno físico y
social”. Biel Portero, Israel, *Los Derechos de las personas...*, *cit.*, pp. 22-25.

²³ Sobre el desarrollo de dicho proceso en el seno de la ONU, del Consejo de Europa y de la
Unión Europea, véase, *Ibidem*, pp. 337-172, 172-238 y 240-300, respectivamente.

²⁴ Recuérdese lo ya apuntado sobre la inclusión de la discapacidad en la CSER y CDFUE.

²⁵ Así lo pone de manifiesto la propia CDPD al reconocer en su Preámbulo que la “discapa-
cidad es un concepto que evoluciona” y, sobre todo, lo evidencia jurisprudencia como la señalada
supra en la nota 1.

²⁶ En este ámbito destaca particularmente la adhesión de la UE a la CDPD mediante la De-

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DEL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD

Del análisis evolutivo y comparado de los instrumentos internacionales específicos en materia de discapacidad, hasta la propia CDPD, es posible identificar y sistematizar los elementos que integran el concepto jurídico de discapacidad adecuado a ese enfoque o modelo social de la misma. Si bien tales elementos no ofrecen una definición categórica de discapacidad, sí permiten identificar los criterios y argumentos de los que depende su tratamiento normativo.

1. *Elemento técnico u objetivo*

Así, la discapacidad se compone, en primer lugar, de un elemento técnico u objetivo que los instrumentos internacionales más recientes identifican con la concurrencia de “deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales” (artículo 1o. CDPD) en cualquier persona. Se trata, por tanto, de un elemento atinente a la integridad física y la salud de las personas que abarca toda pérdida o anormalidad de una estructura corporal o de una función fisiológica. En cuanto a la tipología de tales deficiencias, los instrumentos internacionales han acabado por confirmar una consideración universal de todas ellas,²⁷ ya sea por la vía de agotar la enumeración de todas sus clases (físicas, mentales, intelectuales o sensoriales *ex* artículo 1o. CDPD) o por la vía de la consideración de la discapacidad con independencia de su naturaleza y origen (*ex* artículo 15 CSER). En ese sentido, tampoco restringe o condiciona la consideración de este primer elemento, la causa a la que se deba la existencia de la deficiencia en cuestión, de forma que ésta podrá tener su origen en una enfermedad, en un accidente o cualquier condición de salud, ser congénita o adquirida. Igualmente, tampoco resulta relevante, a los efectos de advertir y dar respuesta a la situación de discapacidad, la participación o el nivel de intervención del sujeto en el surgimiento de la deficiencia. Conforme a tales consideraciones, la apreciación de este pri-

ción 2010/48/CE, del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, y su repercusión en la aplicación de Directiva CE/78/2000 al no precisar ésta el concepto de discapacidad como causa de discriminación.

²⁷ En el marco de la OIT, se ha manejado una consideración limitada a disminuciones de la capacidad o deficiencias de carácter físico y mental (véase artículo 1.b Recomendación n. 99 de 1955 y artículo 1.1 Convenio n. 159, 1983). En época más reciente, la CIEFDPD se refiere a una deficiencia “física, mental o sensorial” (artículo I.1).

mer elemento del concepto de discapacidad requiere de un criterio técnico de carácter médico basado en la experiencia de la salud. De acuerdo con ello los operadores jurídicos no pueden más que considerar la concurrencia de una deficiencia cuando efectivamente así lo considere la ciencia médica; sin perjuicio de que en ocasiones el criterio médico sea evidente (*v.gr.* ante la pérdida o amputación de un miembro).

Por encima de tales consideraciones sobre la identificación y caracterización de las deficiencias, la verdadera dimensión que este primer elemento juega en la apreciación de la discapacidad la da el hecho de ser consideradas una muestra de la diversidad del ser humano y, por tanto, rasgo integrante de su dignidad. Así lo expresan con particular énfasis los preámbulos de los instrumentos internacionales de referencia.²⁸ Con ello, evidencian, de un lado, una clara reacción frente a la tradicional consideración diferenciada, anormal o minusvalorada de las personas afectadas por deficiencias de todo tipo, y de otro, sientan el fundamento principal del tratamiento normativo de las personas con discapacidad basado en la integración y participación plenas y efectivas a partir de la igualdad de trato como regla general (artículo 1o. CDPD).

2. *Elemento relacional o contextual*

En segundo lugar, cabe apreciar un elemento relacional o contextual que introduce de manera esencial en la concepción de la discapacidad la interacción de las personas con deficiencias con su entorno físico y social. La consideración de esa interacción es la principal consecuencia de la asunción del modelo social de la discapacidad, en cuya virtud ésta no trae causa exclusivamente de la condición de salud que supone la deficiencia de una persona —cualquiera que ésta sea—, sino del contexto físico y social y el modo en que éste la percibe, gestiona, responde o reacciona ante ella. La definición de discapacidad ofrecida por la CIEFDPD pone particular énfasis en señalar ese origen social, y no individual, de la discapacidad al indicar que ésta “puede ser causada o agravada por el entorno económico y social” (artículo I.1 *in fine*). La CDPD, por su parte, parece optar por subrayar la idea de relación o interacción entre la deficiencia padecida y el entorno físico o social; lo que sugiere una cierta bidireccionalidad y mayor dinamismo²⁹ (véase apartado e del Preámbulo y artículo 1o., segundo inciso).

²⁸ Véanse los apartados a, b, h e i del Preámbulo de la CDPD, así como el primer párrafo del Preámbulo de la CIEFDPD.

²⁹ En tal sentido, algunos autores matizan que la CDPD acoge un modelo evolucionado del

En efecto, esta perspectiva relacional o contextual dota a la discapacidad de un carácter dinámico y de cierto relativismo que, si bien puede generar dificultades de interpretación y calificación en el ámbito de la práctica jurídica,³⁰ resulta coherente con el rechazo al efecto estigmatizante de la discapacidad y la afirmación de la diversidad como rasgo inherente a la dignidad humana. La decisiva introducción de este elemento contextual supone que no toda deficiencia es en sí y por sí discapacitante o, en otros términos, que la concurrencia aislada de una deficiencia será condición necesaria, pero no suficiente, para apreciar la existencia de discapacidad. En consecuencia, la valoración del entorno y el efecto condicionante que éste suponga sobre el pleno ejercicio de los derechos de la persona con deficiencias es lo que dará la clave para la apreciación de una discapacidad y de su intensidad o alcance.

En relación con el contexto o entorno, los instrumentos internacionales no realizan acotaciones o precisiones sobre los contextos o entornos a considerar, pues el enfoque de tales normas se pone en la garantía de integridad, plenitud e igualdad de los derechos de las personas con discapacidad en cualquiera de las situaciones y contextos en que pretendan ejercerlos y desarrollar su existencia³¹ (movilidad, libertad personal, integridad física, educación, acceso a la justicia, empleo, acceso a la cultura, participación política...). De acuerdo con ello, se maneja una noción abierta de contexto y entorno que incluye todo factor ambiental externo al individuo, tanto si es de carácter físico o natural, como si resulta de una organización o dinámica social. Junto a los factores ambientales de todo tipo, forman parte también del contexto los factores personales que concurren en el individuo más allá de su deficiencia, como es el caso de la edad, la raza o el sexo. Estos factores personales también interactúan con las deficiencias pu-

modelo médico. Se trataría del enfoque “biopsicosocial” o “perspectiva ecológica” que, al poner énfasis en la interacción del individuo y el entorno, trata de “conseguir una visión coherente de las diferentes dimensiones de la salud desde una perspectiva biológica, individual y social”. Biel Portero, Israel, *Los Derechos de las personas...*, *cit.*, pp. 18 y 25.

³⁰ *Ibidem*, p. 26.

³¹ Da buena cuenta de ello la completa relación de derechos que la CDPD reconoce en su articulado. Entre ellos no se proclaman nuevos derechos, sino que se precisan los medios y obligaciones a observar por los Estados (y particulares ex artículo 4.1.e) para que las personas con discapacidad puedan ejercer plenamente los mismos derechos que se predicán de cualquier ser humano. Sin perjuicio de lo anterior, destaca el tratamiento más preciso y detallado que reciben determinados derechos para los que la discapacidad supone una particular desventaja, como el derecho a la educación, a la salud, al trabajo y a la participación política, entre otros (artículos 24-29 CDPD).

diendo dar lugar a situaciones de desigualdad y exclusión más complejas y comprometidas que requieren, asimismo, un tratamiento normativo específico.³²

La consideración amplia de todo contexto con el que interaccione una persona con deficiencias no obsta al hecho de que haya contextos físicos o sociales más o menos hostiles (o integradores) ante unas u otras deficiencias. Tales aspectos deberán ser tomados en consideración tanto a la hora de advertir o calificar una discapacidad, como a la hora de precisar el tratamiento normativo que corresponda en cada caso a las situaciones de discapacidad advertidas.³³ Dicho tratamiento normativo podrá adecuarse y concretarse, de forma alternativa o concurrente, en medidas para asegurar la igualdad de trato, de tutela antidiscriminatoria o medidas específicas para promover la igualdad real o de hecho de las personas con discapacidad en contextos concretos.

3. *Elemento finalista o funcional*

En directa relación con la consideración del contexto, se aprecia un tercer elemento integrante de la noción de discapacidad. Un elemento finalista o funcional que atiende al efecto “barrera” o impeditivo que el entorno físico o social tiene sobre el ejercicio pleno y efectivo de cualquiera de los derechos de las personas con deficiencias y su participación social. Así, la disposición física del entorno o la actitud colectiva con la que se percibe o responde en cualquier ámbito a las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales debe generar una consecuencia o impacto limitativo o diferenciador sobre los concretos derechos de esas personas y sus actividades esenciales. Es esa barrera derivada del entorno o de la interacción entre éste y las deficiencias la que genera o lleva a apreciar, en último término, la discapacidad (*v.gr.* espacios no accesibles y con barreras arquitectónicas para personas con deficiencias sensoriales o físicas que, sin esas barreras u obstáculos, no verían tan afectada su movilidad y desplazamiento). De acuerdo con ello, los elementos contextual y funcional dotan a la discapacidad de una naturaleza dinámica que obliga a admitir que ante un

³² A ello responden las previsiones específicas sobre las mujeres, niños y niñas con discapacidad que se contienen en los artículos 6o. y 7o. CDPD, y la referencia a situaciones de discriminación múltiple (apartado p del Preámbulo y artículo 6.1 CDPD, Considerando 3 de la Directiva 2000/78/CE).

³³ De acuerdo con ello, los instrumentos del marco normativo de la OIT que se han considerado para configurar la noción de discapacidad —Recomendación núm. 99 y Convenio núm. 159— atienden a las circunstancias de las personas con discapacidad en el concreto ámbito o contexto del acceso y mantenimiento del empleo.

mismo tipo de deficiencia unos entornos generen barreras y otros no, que la tipología e intensidad de éstas varíe y que cada entorno pueda generar barreras diferentes (afectando o impidiendo el pleno ejercicio de derechos diversos) en función de la deficiencia con que interactúen.³⁴

Por lo que respecta a la apreciación de la barrera y su alcance, parece evidente que basta con que el efecto impeditivo u obstaculizador sobre los derechos y la participación plena de las personas con discapacidad suponga una diferencia de trato en cualquier aspecto del derecho afectado (facultad concreta, condición de ejercicio...) respecto del resto de personas; de forma que no es exigible la negativa absoluta al reconocimiento y ejercicio del derecho. Por tanto, la defensa de los derechos de las personas con discapacidad se activará igualmente ante perturbaciones y restricciones parciales, menos intensas o condicionantes adicionales que les afecten sólo a ellas a causa de su deficiencia. Sin perjuicio de esto último, cabe apreciar en los diferentes instrumentos internacionales específicos cierta evolución y matices en el rigor o intensidad con que exigen la materialización o ejecución de dicha barrera o efecto impeditivo sobre el ejercicio de cualquier derecho. De la realización efectiva, necesaria y material de dicho efecto que requieren los textos más lejanos en el tiempo,³⁵ la CDPD entiende que basta *la posibilidad* de que dicho impedimento se produzca para considerar la discapacidad.³⁶

La consideración potencial, gradual y en distintos niveles de ejecución del efecto impeditivo derivado de las barreras generadas por el entorno en su interacción con las deficiencias, resulta coherente con la configuración del derecho

³⁴ A título ilustrativo, considérese el diverso impacto que sobre las personas con deficiencias sensoriales o físicas con restricciones de movilidad generan las zonas rurales respecto a las zonas urbanas, o las zonas y edificios históricos de una ciudad frente a la zonas y edificios de reciente urbanización y construcción. Igualmente, cabe identificar sectores y actividades económicas que presentan mayores posibilidades de integración de personas con deficiencias físicas o sensoriales que otros en los que las “barreras” son contundentes y, en algunos casos, difíciles de evitar.

³⁵ En relación con el derecho al trabajo, la Recomendación 99 y el Convenio 159 OIT, entienden por persona inválida toda persona cuyas posibilidades de obtener, conservar un empleo adecuado y progresar en el mismo *se hallen realmente o queden sustancialmente reducidas* a causas de las deficiencias que concurren. Por su parte, el artículo I.1 CIEFDPD establece que discapacidad significa “una deficiencia física, mental o sensorial... *que limita la capacidad* de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”. La cursiva ha sido añadida.

³⁶ Artículo 1.2 CDPD: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, *puedan impedir* su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Énfasis añadido.

de la discapacidad como un complejo normativo llamado a “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” (artículo 1.1 CDPD). De acuerdo con ello, la existencia real o potencial de barreras requerirá medidas no sólo reactivas sino también preventivas, promocionales o de otro tipo.

4. *Elemento temporal*

De las aproximaciones directas o indirectas a la noción de discapacidad que contienen los instrumentos internacionales específicos considerados, cabe identificar un cuarto elemento de carácter temporal como parte integrante del concepto de discapacidad. La definición de discapacidad que ofrece la CIEFDPD incluye una referencia temporal atinente a la “naturaleza permanente o temporal” de la deficiencia, admitiendo ambas. Con dicha precisión temporal la CIEFDPD viene a ampliar el ámbito objetivo del primer elemento integrante del concepto de discapacidad que se viene analizando, pues no sólo se van a considerar las deficiencias o condiciones de salud permanentes o irreversibles. De esta forma, el resultado o desenlace final de la deficiencia resulta irrelevante pues lo que realmente interesa es el tiempo en que las consecuencias o efectos de dicha deficiencia permanecen activos o vigentes, independientemente de que puedan evolucionar, superarse o desaparecer en algún momento, o que vayan a acompañar a la persona hasta su muerte.

De acuerdo con ello, resulta más precisa y clarificadora la identificación de personas con discapacidad que recoge la CDPD. Su artículo 1o. incluye a aquellas personas que tengan deficiencias (de cualquier tipo) “a largo plazo”. De esa forma, se pone el acento en la duración de sus consecuencias y no en el pronóstico final de la deficiencia. En consecuencia, los efectos sobre las actividades cotidianas individuales y sociales de una deficiencia (ya sea producto de un accidente, una enfermedad, una afección congénita, etcétera) podrán ser permanentes o temporales, reversibles o irreversibles, progresivos o regresivos, pero el dato relevante a efectos de considerar una discapacidad es que su duración sea prolongada, independientemente de cómo evolucionen o que puedan llegar a desaparecer.

La consideración de la duración de los efectos de la deficiencia es también coherente con la lógica jurídica que subyace en el derecho de la discapacidad; esto es, la evitación de la anulación individual y exclusión social de las personas con discapacidad y la lucha contra todo acto o situación que conduzca a ello.

En esa perspectiva, resulta evidente que la duración prolongada de las consecuencias de una deficiencia —que nadie está libre de padecer— es uno de los factores que más determina la necesidad de protección de las personas con discapacidad y, al mismo tiempo, más contribuye a la devaluación, estigmatización, aislamiento y expulsión de las mismas. De ahí que ese factor o elemento temporal sea parte esencial del concepto de discapacidad, pues la prolongada duración de los efectos de las deficiencias es la que, en muchos casos, hace emerger la barrera que impide el pleno ejercicio de los derechos de las personas que las sufren y limitan su plena participación social.

Entendido en tales términos el elemento temporal de la noción de discapacidad, su función no es la de trazar con taxatividad y exactitud la frontera entre lo que es y no es una discapacidad por referencia a una magnitud temporal exacta. La trascendencia del tiempo en el concepto de discapacidad reside en justificar la necesidad de tutela jurídica y determinar la concreción y alcance de la misma. De hecho, la consideración y determinación del elemento temporal puede diferir según la técnica de tutela normativa que se despliegue en relación con las personas con discapacidad. Así, desde el punto de vista de las medidas de protección social, asistencial o económica de la discapacidad, la duración de una discapacidad puede ser determinante en tanto que condición de acceso para el reconocimiento de unos determinados servicios u otros, o de mecanismos de sustitución de rentas de mayor o menor alcance. En este caso, el carácter duradero de la discapacidad es tenido en cuenta en el diseño normativo por ser indicativo de una situación de exclusión o dificultad más grave —por más prologada— que debe ser considerada para ofrecer medidas de protección proporcionadas y adecuadas. De acuerdo con ello, no es extraño que, en este contexto, algunas normas de carácter prestacional establezcan plazos temporales taxativos que definen no la discapacidad en sí misma, sino el supuesto objetivo de la medida de protección concreta (acceso a determinados servicios sociales, reconocimiento de prestaciones económicas de seguridad social, etcétera) o, si se quiere, una forma cualificada de discapacidad que justifique determinadas medidas tuitivas.

Por su parte, desde la óptica de la tutela antidiscriminatoria, el elemento temporal de la discapacidad juega un papel diferente. En concreto, la negativa percepción que se tiene de la prologada duración de los efectos de las deficiencias es la que, en muchos casos, hace emerger la barrera que impide el pleno ejercicio de sus derechos a las personas que las sufren y que limita su plena participación social. Ese cálculo temporal sobre la prolongación de los efectos de una deficiencia que precede y fundamenta la decisión que impacta sobre los

derechos de una persona con discapacidad encierra un evidente desprecio a la dignidad humana que determina su carácter discriminatorio.

En el contexto de la tutela antidiscriminatoria, la duración de la discapacidad no requiere, por tanto, de un cómputo y acreditación exacta, sino de su apreciación y ponderación como argumento justificativo del acto discriminatorio. Así, lo fundamental para apreciar una conducta discriminatoria no es tanto que la discapacidad esté formalmente acreditada y determinada temporalmente, sino que la percepción razonablemente fundada de la prolongación de los efectos derivados de una deficiencia —cualquiera que sea su causa u origen (una enfermedad, un accidente...)— sea el motivo de una decisión que suponga un trato diferente de la persona con discapacidad respecto al resto.

Es ese entendimiento del elemento temporal de la noción de discapacidad a efectos discriminatorios el que está detrás de la amplia serie de resoluciones judiciales que han motivado, en gran medida, estas páginas. Resoluciones judiciales que han considerado incluidas bajo la causa de discriminación basada en la discapacidad algunos casos de enfermedad de trabajadores que no ofrecían una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización en el corto plazo, o que presentaban indicios suficientes de prolongación y carácter duradero.³⁷ Las decisiones empresariales de extinción de los contratos de tales trabajadores adoptadas sobre la base del (impreciso) cálculo temporal antes descrito —relativo a la prolongación de los efectos derivados de la enfermedad— ha llevado a su calificación como discriminatorios.

Esta línea de interpretación y desarrollo de la prohibición de discriminación basada en la discapacidad no deja de confirmarse en pronunciamientos judiciales tan recientes como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 975/2021, del 13 de abril de 2021. Esta resolución lleva la tutela antidiscriminatoria hasta el punto de considerar una discriminación por “discapacidad aparente”, o por “apariencia de discapacidad”, en el despido realizado por un empresario el mismo día en que el trabajador despedido sufrió un accidente laboral cuyo pronóstico —conocido por el empresario— apuntaba a una larga y duradera convalecencia y una incierta recuperación.³⁸

³⁷ Véanse *supra* notas 1 y 2.

³⁸ En relación con la calificación de los hechos sostenida en el caso, el Tribunal precisa en relación con el concepto de discriminación directa por razón de discapacidad que éste no “exige en la definición comunitaria (que prevalece) que el sujeto discriminado tenga discapacidad, sino que el sujeto sea discriminado por razón de discapacidad (este matiz ya ha sido destacado en la jurisprudencia comunitaria para admitir la discriminación por asociación: STJUE de 17.7.2008, Caso Coleman, C-303/06). En el caso de la discriminación por apariencia, el sujeto es discriminado por

Casos como el recién referido, confirman que, en el plano de la tutela anti-discriminatoria, la consideración del elemento temporal de la discapacidad no requiere un juicio de constatación o subsunción cuantitativa, sino un juicio de ponderación que atiende al peso cualitativo y efecto inspirador que la duración temporal de la discapacidad ha tenido en la decisión cuyo carácter discriminatorio se analiza. Por ello, lejos de relativizar o desdibujar el elemento temporal del concepto de discapacidad, éste se reafirma y juega —en el sentido apuntado— un importante papel en el terreno del derecho a la no discriminación por razón de discapacidad al extraerse relevantes consecuencias jurídicas de ese rasgo integrante del concepto de discapacidad.

5. *Elemento formal*

Finalmente, resulta mucho más discutible la consideración de un quinto elemento formal como parte integrante necesaria del concepto general o matriz de discapacidad. La exigencia de un reconocimiento, certificación o acreditación formal de la discapacidad, o de su grado o alcance, aparece mencionada en algunos de los instrumentos internacionales específicos que se han considerado para realizar este análisis del concepto de discapacidad. En particular, así ocurre en algunos convenios y recomendaciones de la OIT que tratan de las personas con discapacidad en relación con la readaptación profesional y el empleo³⁹ (Convenio núm. 159 y Recomendación núm. 99). Tales normas suelen plantear la adopción de medidas consistentes en el establecimiento de servicios de orientación, formación y colocación para facilitar el acceso y la conservación de un empleo por parte de personas con discapacidad, así como la previsión de fórmulas o regímenes especiales de empleo para éstas. La naturaleza de este tipo de medidas —de acción protectora o incluso de acción positiva— justifican la necesidad de contar con un reconocimiento formal de la discapacidad que acredite, incluso, su grado o nivel de intensidad y alcance, pues tal información no sólo puede ser relevante a efectos de cumplimiento de los requisitos formales para el reconocimiento o la prestación del servicio en cuestión, sino que tam-

la discapacidad que, en base a una apariencia, el sujeto discriminador cree que tiene, y ello con independencia de que aquel tenga o no tenga una discapacidad” (FJ 3 in fine).

³⁹ El artículo 1.1 del Convenio núm. 159 establece: “se entiende por persona inválida toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental *debidamente reconocida*”. Énfasis añadido.

bién puede ser determinante de la selección concreta de la medida a aplicar en cada caso y de su efectividad.

Desde esa concreta perspectiva, sí resulta razonable y conveniente que la discapacidad se formalice, acredite y acote a determinadas exigencias. Sin embargo, no parece razonable hacer depender, con carácter general, la tutela jurídica de la discapacidad de la exigencia de una suerte de certificación oficial con efectos “constitutivos” de la misma. Es más, la exigencia de ese elemento formal resulta difícilmente conciliable con algunos de los otros elementos analizados; particularmente, con los elementos contextual y funcional que dotan a la noción de discapacidad de un carácter complejo y dinámico difícilmente trasladable a una certificación oficial, y que demandan un análisis “sobre el terreno”, cuando no caso a caso. Asimismo, el tratamiento normativo de la discapacidad, como ya se ha apuntado, puede articularse conforme a diversas técnicas normativas. Una de ellas, la tutela antidiscriminatoria, no requiere que haya una discapacidad formalmente acreditada para apreciar una conducta discriminatoria por tal motivo y desplegar sus efectos, pues la gravedad del acto discriminatorio no depende de que la discapacidad de la víctima esté o no acreditada formalmente, o de que ésta establezca una mayor o menor graduación, sino del carácter especialmente rechazable de la motivación del acto, para cuya apreciación puede ser suficiente la constancia de meros indicios de discapacidad. Por tales motivos, no parece que la exigencia de ese elemento formal deba considerarse, como regla general, parte integrante necesaria del concepto de discapacidad.

El proceso de “deconstrucción” realizado permite concluir que el concepto de discapacidad derivado del conjunto de instrumentos internacionales —particularmente de la CDPD— presenta una naturaleza compleja y dinámica que lo hace capaz de acoger realidades diversas como la enfermedad, la obesidad u otras condiciones de salud que, tradicionalmente, se han entendido diferentes o ajenas a la realidad de la discapacidad y su tratamiento jurídico. El modo en que se integran bajo la noción de discapacidad los distintos elementos que se han identificado, la particular configuración que presenta cada uno y el modo en que se relacionan entre ellos, explican esa posibilidad de extensión del concepto de discapacidad. En particular, merece destacarse la amplitud con que se consideran las deficiencias (elemento técnico u objetivo) que están en la base de una situación de discapacidad, y, sobre todo, el dinamismo de que dotan al concepto los elementos contextual y funcional, con los que el modelo social de la discapacidad adquiere respaldo y alcance jurídico.

El carácter dinámico de la discapacidad, que deriva fundamentalmente de la realidad viva y variable de las barreras y los entornos concretos con que interac-

cionan las personas con deficiencias, obliga al derecho a salir del estático y rígido planteamiento normativo tradicional, más propio del modelo médico. Dicho planteamiento se centraba fundamentalmente en el establecimiento de medidas de carácter prestacional o asistencial concebidas con una lógica protectora y compensadora de la diferencia con que era percibida la discapacidad. Asimismo, dicho enfoque normativo se enmarca fundamentalmente en el principio de igualdad de oportunidades; mientras que los instrumentos internacionales responsables de esta nueva comprensión de la discapacidad invitan a un tratamiento normativo más rico, amplio e integrador de estrategias y técnicas tuitivas que se conciben, primordialmente, desde la igualdad de trato y la no discriminación.

La apertura del tratamiento normativo de la discapacidad a un abanico más amplio de técnicas y fundamentos, e incluso el desplazamiento del eje de dicho tratamiento hacia la igualdad de trato y la no discriminación, provoca que algunos de los elementos del concepto de discapacidad sean percibidos con ciertas diferencias o matices según la lógica jurídica desde la que se aborde (la igualdad de trato o la diferencia). Así ha sido puesto de manifiesto, particularmente, en relación con los elementos temporal y formal que son los que más situaciones de conflicto o contradicción han planteado en relación con la constatación de la discapacidad.

Finalmente, cabe señalar que el carácter dinámico de la noción de discapacidad resulta mejor acogido desde la perspectiva de la tutela antidiscriminatoria. En efecto, esta permite valorar en cada caso y circunstancias concretas los elementos contextual y funcional que se han apuntado y, sobre todo, cuenta con una enorme fuerza transformadora al servicio de la igualdad de trato que corresponde a la consideración de la igual dignidad y derechos de las personas con discapacidad.⁴⁰ Esa fuerza transformadora del derecho antidiscriminatorio llega a operar, incluso, por encima de medidas de carácter prestacional y asistencial cuya aplicación y ejecución queda condicionada en las normas que las prevén a concepciones legales o supuestos de discapacidad limitados o acotados a unas concretas condiciones de duración, grado o intensidad (como ocurre con las incapacidades en el terreno laboral y de la Seguridad Social, o con la calificación del grado o nivel de discapacidad o minusvalía para el acceso a determinados

⁴⁰ Rey Martínez atribuye ese potencial afirmador al siguiente motivo: “el nuevo Derecho antidiscriminatorio, más concreto y más intenso que el clásico derecho de igualdad, ofrece una enorme capacidad de penetración y transformación de la sociedad porque el derecho clásico de igualdad juega frente al Estado mientras que el Derecho antidiscriminatorio lo hace también, y quizá, sobre todo, frente a otros particulares”. Rey Martínez, Fernando, “Igualdad y prohibición de...”, *cit.*, p. 128.

servicios sociales). Es en esos casos donde cabe advertir ciertas distorsiones o disfunciones en el conjunto del sistema normativo de atención a la discapacidad que, sin embargo, está llamado a integrar de forma coherente bajo el concepto de discapacidad que aquí se ha descrito a todas las medidas y técnicas normativas de distinta naturaleza.

IV. LA RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE UN CONCEPTO ACUÑADO INTERNACIONALMENTE (VALORACIONES AL HILO DE LA RECIENTE STC 51/2021)

Las dudas que genera en el seno de los ordenamientos jurídicos nacionales el concepto de discapacidad que se ha expuesto y las tensiones entre las diversas medidas con que se acometen las situaciones de discapacidad, se vienen reflejando en la práctica de los tribunales ordinarios con cierta frecuencia.⁴¹ En virtud de ello, era de esperar que tales controversias llegaran en algún momento a sede constitucional y así ha ocurrido con la STC 51/2021, del 15 marzo, que ilustra con particular interés el análisis realizado en las páginas precedentes.

La STC 51/2021, dictada en resolución de un recurso de amparo, es la última de las pocas sentencias del Tribunal Constitucional dictadas tras la entrada en vigor en España de la CDPD. Además, es la primera⁴² que acomete (y aprecia)

⁴¹ Buena cuenta de ello dan los estudios de la doctrina laboralista indicados *supra* en la nota 2.

⁴² Con anterioridad, la STC 62/2008 había afrontado desde la discriminación por razón de enfermedad o estado de salud un caso que, muy probablemente tendría hoy una resolución diferente desde la prohibición de discriminación por discapacidad, como se verá a continuación. La sentencia denegó el amparo a un albañil con una enfermedad grave de espalda que fue despedido por su empresa. Aunque el Tribunal reconoció la enfermedad o el estado de salud como una de las causas de discriminación amparables en el art. 14 CE, consideró que en el caso concreto el despido no obedecía a la enfermedad del trabajador y a una intención excluyente, sino al hecho de que el trabajador ocultara su dolencia al empresario en el momento de su contratación. El voto particular discrepante del Magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez exponía con elocuencia: “Las circunstancias expuestas sitúan (al recurrente) en un dilema de consecuencias indeseables... Las resoluciones del INSS le fuerzan... a continuar en el mercado de trabajo, ya que el Estado social y democrático de Derecho le niega la acción protectora de la Seguridad Social, mediante el reconocimiento de una situación de discapacidad... Si acude, no obstante, a la relación laboral... se verá despedido... por vulnerar la buena fe contractual y ocultar que sufre una lesión-enfermedad”. Ante ello, el magistrado señalaba: “que existen enfermedades o afecciones crónicas que no alcanzan el grado de una discapacidad, a efectos de los arts. 4.2 c) y 17.1 LET o de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 y que, sin embargo, constituyen una categoría intermedia entre ésta y la simple enfermedad estrictamente funcional para el trabajo y generan, en casos como el enjuiciado en este amparo, acciones discriminatorias”. Esa categoría intermedia que re-

una vulneración de la prohibición de discriminación por razón de discapacidad en el ámbito de las relaciones laborales⁴³ por denegación de ajustes razonables.⁴⁴ Es de suponer⁴⁵ que tales circunstancias hayan llevado al Tribunal a considerar que el caso revestía especial trascendencia constitucional a efectos de su admisión a trámite por plantear un problema o afectar “a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal” (antecedente de hecho n. 4).

Los hechos de los que trae causa la sentencia derivan de la sanción disciplinaria impuesta a un trabajador, empleado público (letrado de la Administración de Justicia), por graves y reiterados incumplimientos, desatenciones y retrasos en las funciones inherentes a su puesto de trabajo. La detección de tales incumplimientos se produce en el marco de una inspección rutinaria del órgano judicial en que el trabajador desempeñaba sus funciones. Fruto del seguimiento realizado se apunta a que el motivo de los incumplimientos advertidos se debe a la idoneidad y capacidad del trabajador para el concreto puesto que ocupaba, y no a una cuestión de indisciplina.

A la luz de tales circunstancias, la administración empleadora optó por acudir al régimen de la Seguridad Social incoando un expediente de jubilación por incapacidad permanente del trabajador. Sin embargo, esta vía resultó infructuosa pues, tras las valoraciones pertinentes, el órgano correspondiente de la

clamaba se habría reconocido actualmente mediante la extensión del concepto de discapacidad a determinadas enfermedades de larga duración.

⁴³ El Tribunal Constitucional consideró por primera vez en sus resoluciones la CDPD en la STC 208/2013, si bien entonces lo hizo sin efectos vinculantes en la medida en que la Convención no estaba en vigor en el momento de los hechos objeto de enjuiciamiento. Con posterioridad, y ya vigente en España la CDPD (desde el 3 de mayo de 2008), el TC ha considerado las previsiones de la CDPD en relación, sobre todo, con el derecho a la tutela judicial efectiva y sus garantías y la necesidad de incorporar apoyos en el marco de los procesos jurisdiccionales, al objeto de que las personas con discapacidad puedan ejercer plenamente su derecho en igualdad de condiciones con el resto (SSTC 7/2011, 77/2014 y 31/2017). Al margen de ello, se ha acometido puntualmente la discriminación por razón de discapacidad en relación con el derecho a la educación (STC 10/2014), y la discriminación por razón de edad y discapacidad en relación con el derecho a determinadas prestaciones del sistema de atención a la dependencia (STC 3/2018); siendo estos dos últimos casos los antecedentes más inmediatos del caso que nos ocupa.

⁴⁴ A pesar de su innegable relevancia, la doctrina que la sentencia precisa y amplía en relación con las condiciones de ejercicio del derecho a esos ajustes (FFJJ 3.a, y 4) no será aquí objeto de análisis por exceder del objeto de estudio de este trabajo.

⁴⁵ Se supone y no se afirma porque el Tribunal Constitucional mantiene su costumbre de indicar de forma genérica el motivo por el que aprecia especial trascendencia constitucional para admitir a trámite una demanda de amparo, pero no procede a aplicarlo, contrastarlo y justificarlo en las circunstancias del caso concreto.

Seguridad Social consideró que el trabajador-funcionario no sufría afecciones que le imposibilitaran totalmente para las funciones de su puesto de trabajo. En la medida en que los incumplimientos en el desempeño de sus funciones continuaban, la administración empleadora decidió iniciar la vía disciplinaria entendiendo que la denegación de la incapacidad permanente a efectos de la Seguridad Social respaldaba la culpabilidad del empleado al descartarse razones médicas que justificaran sus incumplimientos.

Es en el marco de la tramitación del expediente disciplinario donde el trabajador, al contestar al pliego de cargos, revela que sufre síndrome de Asperger aportando informe psiquiátrico acreditativo del diagnóstico y de su seguimiento desde hace más de diez años. Con tal motivo, propone diligencia de reconocimiento psiquiátrico, alega una posible discriminación por razón de discapacidad, así como el derecho a ajustes razonables en su puesto de trabajo. Adicionalmente, solicita la suspensión del procedimiento disciplinario alegando la conveniencia de esperar a la resolución del procedimiento administrativo de reconocimiento de discapacidad⁴⁶ que, de forma paralela, había iniciado. La resolución de dicho procedimiento —que se incorporó al expediente disciplinario tan pronto fue emitida— reconoció al trabajador, inicialmente, “un trastorno del desarrollo de etiología no filiada con una discapacidad del 10%”; si bien, fuera ya del marco temporal del procedimiento disciplinario, y a resultas de un procedimiento de revisión, se verá elevada posteriormente a un grado total del 34%.

Ninguna de las peticiones, diligencias y alegaciones del trabajador en relación con su discapacidad resultó atendida, de forma que la administración empleadora concluyó apreciando una infracción muy grave e imponiendo una sanción de suspensión de empleo y sueldo. El trabajador recurrió la sanción en vía administrativa y judicial alegando la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de discapacidad,⁴⁷ sin que en ninguna de las instancias fueran estimadas sus pretensiones; quedando, por tanto, expedita la vía del recurso de

⁴⁶ Al amparo del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (TRLGDPD).

⁴⁷ Además de este argumento, el trabajador alega en sus recursos la vulneración de distintos aspectos y garantías del derecho a la tutela judicial efectiva, algunos de los cuales, incluso, resultó parcialmente estimado en vía ordinaria, si bien otras relevantes cuestiones relativas a los artículos 24 y 25 CE son sostenidas también en el recurso de amparo ante el TC. En la medida que tales cuestiones no atañen al objeto de estudio, se opta por dejarlas al margen de este análisis.

amparo ante el Tribunal Constitucional, donde el trabajador encuentra, finalmente, amparo.⁴⁸

En primer término, la fundamentación jurídica del Tribunal en esta sentencia destaca por confirmar, al amparo del artículo 10.2 de la CE, la recepción de todo el acervo jurídico internacional derivado de la CDPD a los efectos de definir y afirmar el modelo constitucional de tratamiento de la discapacidad, en general, y de la discriminación por razón de discapacidad, en particular. Si bien dicha recepción ya había sido afirmada en sentencias precedentes, como la STC 3/2018, en este caso se afirma que el Tribunal otorga “especial relevancia exegética a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad” (FJ 3.a).

Además, el Tribunal observa que dicha recepción tiene lugar no sólo mediante la influencia directa de la CDPD sobre el legislador español⁴⁹ derivada del compromiso internacional adquirido con su ratificación, sino también como consecuencia de la aceptación e integración del modelo normativo de la CDPD como fuente interpretativa por parte del TEDH y el TJUE; esto es, los dos marcos regionales de protección internacional de los derechos humanos que más influencia ejercen en el ordenamiento jurídico español tanto por su vigencia en España como por la vía del artículo 10.2 de la CE (FJ 3 a).

De esta forma, el Tribunal evidencia que el marco jurídico de protección de la discapacidad constituye uno de los ejemplos más claros del sistema de tutela multinivel de los derechos humanos determinado decididamente, en este caso, por una acción normativa surgida del marco ONU. La penetración del modelo establecido en la Convención en los demás sistemas de protección internacional, lo refleja el Tribunal de forma particularmente pormenorizada. En el caso del CEDH, se señalan las concretas referencias jurisprudenciales en las que el TEDH ha afirmado, primero, la inclusión de la discapacidad en su cláusula general antidiscriminatoria (artículo 14 CEDH) y, segundo, en las que ha tomado la CDPD como fuente para la interpretación de los derechos y garantías del CEDH.⁵⁰ Y en el caso del derecho de la Unión Europea, por su parte, se indica

⁴⁸ En dicho proceso de amparo destaca el hecho de que tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal coincidieran en instar la denegación del amparo por vulneración del derecho a la no discriminación. Esta circunstancia extraña sobremanera en el caso de la Fiscalía que en procesos de amparo anteriores había mostrado un particular y loable activismo en la aplicación de los principios y criterios de tratamiento jurídico de la discapacidad dimanantes de la CDPD (v.gr. SSTC 10/2014, 34/2016, 31/2017, 3/2018).

⁴⁹ En particular, el Tribunal refiere como resultado directo de la Convención el TRLGDPD.

⁵⁰ Véase un estudio detallado sobre la atención prestada por el TEDH a algunos derechos

el triple fundamento que en este contexto tiene la protección de la discapacidad: el reconocimiento expreso en la CDFUE (artículos 21 y 26), la adhesión de la propia UE a la CDPD y su integración en el propio ordenamiento de la UE y, finalmente, la labor jurisprudencial del TJUE en aplicación, particularmente, de la Directiva 2000/78/CE. Esta última referencia comporta particular relevancia, pues la interpretación de esta Directiva a la luz del CDPD ha dado lugar a las sentencias del TJUE en las que, con motivo del despido de trabajadores con enfermedad o condiciones de salud previsiblemente prolongadas, se ha procedido a extender la noción de discapacidad para considerar discriminatorias tales decisiones empresariales. La referencia del Tribunal Constitucional a tales resoluciones —que han generado importantes incertidumbres en la jurisdicción social—⁵¹ puede entenderse como una confirmación indirecta del concepto complejo y dinámico de discapacidad que se ha analizado anteriormente.

En segundo lugar, con esta sentencia el Tribunal Constitucional tiene una nueva oportunidad de consolidar el modelo constitucional de la discapacidad, ya avanzado en algunas resoluciones anteriores,⁵² basado en la tríada formada por los artículos 14, 9.2 y 49 de la CE.⁵³ El tratamiento de la discapacidad desde la perspectiva integrada de esas tres previsiones constitucionales supone una relevante evolución que Rey Martínez⁵⁴ describe con elocuencia:

[d]esde el punto de vista conceptual, se ha transitado de un modelo constitucional inicial de corte asistencialista, al que se suele denominar «modelo médico» porque comprendía al discapacitado, básicamente, como un enfermo al que proteger (de hecho, el artículo 49 CE habla de «disminuidos»), una palabra que suena ofensiva en la actualidad), a otro modelo que hace gravitar el régimen jurídico en torno a la idea de la autonomía de la persona con discapacidad. En el modelo médico, la tutela constitucional de las personas con discapacidad era, desde el punto de vista de la técnica jurídica, la de un prin-

sociales desde la perspectiva del CEDH, que recoge los casos de atención a la discapacidad en Carmona Cuenca, Encarna, “Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del TEDH”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pp. 1209-1238.

⁵¹ Véase *supra* notas 1 y 2.

⁵² *V.gr.* SSTC 269/1994, 3/2018.

⁵³ Sobre este particular véanse Álvarez García, Héctor, “La tutela constitucional de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Político*, n. 100, 2017, pp. 1027-1055; y Bastida Freijeido, Francisco J., “Constitución, derechos fundamentales y entendimiento constitucional de la discapacidad”, en Presno Linera, Miguel (coord.), *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Procuradora General de Asturias-Universidad de Oviedo, 2013, pp. 147-184.

⁵⁴ Rey Martínez, Fernando, “Igualdad y prohibición de...”, *cit.*, p. 163-164.

cipio (art. 49 CE), en el vigente modelo de autonomía, estamos en presencia de un auténtico derecho fundamental (art. 14 CE), con un contenido que en gran parte es exigible judicialmente.

Tras el triple fundamento constitucional de la atención a la discapacidad es posible identificar las diferentes técnicas normativas, ya apuntadas en páginas anteriores, que pueden aplicarse bajo el común objetivo de la plena integración de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad con el resto (FJ 3.a § 1, artículo 1 CDPD): la protección contra toda forma de discriminación como garantía de la igualdad de trato (artículo 14 CE), de un lado, y las medidas promocionales de protección, incluidas aquellas de acción positiva, para procurar la igualdad real de oportunidades (artículos 9.2 y 49 de la CE).

En tercer lugar y en relación con el concepto de discapacidad que se ha expuesto y los correspondientes elementos que lo integran, la STC 51/2021 ofrece interesantes motivos para la reflexión sobre los mismos. Por lo que respecta al primero de los elementos identificados —el relativo a la concurrencia de una deficiencia— cabe deducir de la sentencia la confirmación de su carácter técnico, de manera que desde el plano jurídico no procede hacer valoraciones ni, por tanto, entrar a cuestionar el criterio médico en relación con la concurrencia de la deficiencia en cuestión ni con los síntomas y trastornos en que se manifiesta. El juicio, por tanto, sobre este primer elemento es exclusivamente técnico,⁵⁵ cuestión que adquiere mayor relevancia práctica, como ocurre en el caso, en relación con deficiencias “invisibles” o de difícil percepción como son las de tipo mental, cognitivo o intelectual.

En relación con los elementos que dotan al concepto de discapacidad de un carácter dinámico —esto es, los elementos contextual (interacción con el entorno) y finalista (generación de barreras)— sí que corresponde al Tribunal

⁵⁵ Reveladora resulta en este sentido la afirmación del Tribunal sobre este punto en el FJ 6, al remitirse a normas técnicas propias del ámbito de la medicina: “queda fuera del ámbito de esta sentencia cualquier consideración general sobre la naturaleza del síndrome de Asperger, o sobre el grado o supuestos en que puede llegar a limitar de manera significativa la capacidad de quien lo padece. Baste aquí con recordar que recientemente la Organización Mundial de la Salud ha incluido el síndrome de Asperger en la categoría de «Trastornos del Espectro del Autismo» (Clasificación Internacional de Enfermedades, CIE-11, 2018), y que conforme a la Resolución de la Asamblea Mundial de la Salud Sobre «Medidas integrales y coordinadas para gestionar los trastornos del espectro autista», las manifestaciones de esos trastornos «varían mucho en cuanto a las combinaciones y la gravedad de los síntomas», y que las personas que los sufren pueden encontrar «barreras para participar en condiciones de igualdad en la sociedad» y ser, en definitiva, víctimas de discriminación por razón de discapacidad (WHA67.8, 19-24 de mayo de 2014, p. 13)”.

realizar una labor de enjuiciamiento de los hechos y circunstancias concretas concurrentes para determinar si, efectivamente, los impedimentos u obstáculos sufridos por el afectado en sus derechos derivan del modo en que su entorno (laboral, en este caso) afronta o responde (por acción u omisión) a su trastorno.⁵⁶ En el caso concreto resuelto por la sentencia analizada, es de destacar, más allá de la evidencia de los incumplimientos y retrasos en las funciones del empleado y la conexión con su trastorno, el hecho de que en el curso del seguimiento a su actividad realizado durante la tramitación de expediente disciplinario se observara una cierta mejoría en su desempeño asociada a una puntual acción formativa; lo que acredita la capacidad de influencia decisiva del entorno laboral en la intensificación o mitigación de las dificultades que experimentaba el trabajador (FJ 6.a).

Finalmente, la STC 51/2021 sugiere un par de reflexiones adicionales relacionadas con el que se ha denominado elemento formal del concepto de discapacidad. De una parte, se pone de manifiesto el carácter contingente de dicho elemento formal en el particular ámbito de la tutela antidiscriminatoria. Obsérvese a este respecto que el Tribunal no considera relevante el hecho de que el trabajador no acreditara mediante una certificación oficial de algún tipo la discapacidad asociada a su trastorno. Inicialmente, éste se limitó en el curso de la tramitación del expediente sancionador a aportar el informe particular de su psiquiatra al objeto de ofrecer una justificación de sus incumplimientos y solicitar ajustes razonables en su puesto de trabajo. Posteriormente, puede deducirse de los hechos, que el trabajador sí trató de obtener certificación administrativa de reconocimiento de discapacidad al amparo del TRLGDP al objeto de reforzar sus alegaciones y oposición al expediente disciplinario.

Sin embargo, ni el hecho de carecer inicialmente de certificación oficial, ni el hecho de que ésta fuera aportada posteriormente acreditando una discapacidad “ciertamente menor” (FJ 6.a), resultan decisivos, a juicio del Tribunal, para dar efectividad al derecho a la no discriminación por denegación de ajustes razonables. Lo realmente relevante a tales efectos parece ser la presentación de un panorama indiciario de discriminación por discapacidad suficiente; el cual —a la luz del caso concreto— no requiere necesariamente de la aportación de un

⁵⁶ Queda patente esta forma de discurrir cuando el Tribunal afirma: “Partiendo de que en este caso estamos, por tanto, ante un trastorno que puede derivar en discapacidad mental, corresponde al Tribunal analizar si... esa discapacidad debió provocar en la Administración, y no lo hizo, una serie de ajustes razonables en el puesto de trabajo, y si de la falta de ajustes pudo derivarse la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones laborales que desencadenó la apertura del expediente disciplinario” (FJ 6).

concreto tipo de certificado oficial, sino que puede deducirse de otros elementos tales como la propia declaración del trabajador y los datos acreditados por la actuación inspectora sobre el funcionamiento del órgano judicial en que trabajaba el empleado y las concretas evaluaciones y seguimientos realizados sobre su desempeño.⁵⁷

Por otra parte, de los hechos del caso llama poderosamente la atención el juego de certificaciones de incapacidad (laboral) y discapacidad que pretenden acreditar, en distintos momentos y con distinta finalidad el trastorno del trabajador. El primer intento tiene por objeto la declaración de incapacidad permanente del trabajador (antecedente 2.c) impulsada por la propia administración empleadora bajo el régimen de la Seguridad Social con el objeto de promover su jubilación a modo de seguro de rentas y, en consecuencia, su “destierro” del ámbito del empleo. El recurso a este mecanismo sugiere, en primera instancia, una lógica propia del llamado modelo “médico” o asistencialista de la discapacidad ante la advertencia de una serie de incumplimientos laborales achacables íntegra y exclusivamente al trastorno o deficiencia del trabajador, sin consideración alguna del entorno o contexto del puesto de trabajo.

No obstante, más preocupante resulta, como segunda apreciación, las consecuencias que para el trabajador se derivan de la negativa del Instituto Nacional de la Seguridad Social al reconocimiento de la incapacidad permanente pretendida. Como apunta la propia Sentencia, esta circunstancia fue interpretada por la empleadora conforme al “sofisma de que al no ser declarado como «totalmente incapacitado» por el informe del Equipo de Valoración de Incapacida-

⁵⁷ Sobre este particular, el Tribunal afirma en primer lugar que “[c]uando una persona solicita en su empleo ajustes razonables por razón de su discapacidad su petición debe ser objeto de consideración desde el momento en que se solicite y *se acredite* – conforme a la normativa aplicable – el alcance de la discapacidad”. Sin embargo, a continuación, distingue y precisa que “la obligación de realizar dichos ajustes no se limita únicamente a aquellos casos en que se soliciten expresa y formalmente por el afectado; alcanza también a los supuestos en que, *aun cuando no se haya procedido a su petición formal* por la persona que sufre discapacidad, quien deba garantizar su derecho a no ser discriminado tenga conocimiento de dicha discapacidad” (FJ 4). Esta última circunstancia —sugiere el Tribunal— resulta particularmente frecuente en el caso de las personas con discapacidad mental por “los prejuicios y discriminación que han sufrido secularmente” (FJ 4). De acuerdo con todo ello, el Tribunal destaca posteriormente en su FJ 6.a que: “[e]n este caso, además, la Administración pudo advertir tempranamente indicios de que don A.M.Z. experimentaba dificultades particulares que menoscababan su capacidad para desempeñar correctamente sus funciones como letrado de la Administración de Justicia (como las asociadas al uso de nuevos instrumentos o tecnologías o de índole relacional)”, refiriendo a continuación, precisamente, hechos conocidos por la empleadora a resultas de los informes de inspección y seguimiento previos a las decisiones disciplinarias adoptadas contra el funcionario. Énfasis añadido.

des del INSS, está «totalmente posibilitado» para las funciones que desempeña en su puesto de trabajo” (FJ 6); de donde deducía con simpleza la culpabilidad del empleado respecto a los incumplimientos de sus funciones. Sin embargo, como afirma con contundencia el Tribunal: “El hecho de que una persona no esté totalmente imposibilitada para ejercer una actividad profesional, que es lo que afirma el informe del Equipo de Valoración de Incapacidades, no es óbice para que experimente obstáculos o barreras en el ejercicio de la misma debido a una discapacidad” (FJ 8.d.i).

La segunda manifestación de confusión en torno a las certificaciones de la discapacidad del trabajador tiene lugar en relación con el procedimiento de reconocimiento administrativo de discapacidad iniciado por el trabajador al amparo del TRLGDPD, en cuya virtud se le reconoció inicialmente un grado de discapacidad (leve) del 10%. Durante la vía de recurso contra la sanción disciplinaria impuesta ante la jurisdicción ordinaria, esta circunstancia fue tenida en cuenta para determinar que, por su grado de discapacidad acreditado, el trabajador no tenía derecho a exigir la aplicación de determinadas garantías de protección previstas en el referido TRLGDPD conforme a una interpretación errónea del ámbito subjetivo de esta norma ex artículo 4o. TRLGDPD (antecedente de hecho n. 2.j).

Las dos últimas situaciones referidas ponen de manifiesto la improcedente relevancia que se le da a las certificaciones oficiales acreditativas de incapacidad (laboral) o de discapacidad a efectos administrativos en el contexto de una situación de posible discriminación. El enjuiciamiento de tales situaciones no requiere necesariamente la concurrencia de tales certificaciones si, conforme a otros datos, se verifica el injustificado trato diferenciado y la consiguiente ofensa a la dignidad de la persona con discapacidad. Ambos pasajes extraídos de la STC 51/2021 constituyen ejemplos suficientemente representativos y reveladores de las dificultades que genera el entendimiento de la discapacidad a la luz de distintas situaciones y al amparo de distintas lógicas jurídicas; cuestión que se tratará de precisar seguidamente a modo de conclusión.

IV. VALORACIÓN FINAL: LA NECESIDAD DE EQUILIBRIO ENTRE LA PARTE Y EL TODO EN EL MODELO DE PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA DISCAPACIDAD

El concepto complejo y dinámico de discapacidad que se ha expuesto en estas páginas, y que deriva de la asunción del llamado modelo social por parte de

la CDPD, se asimila con más facilidad desde la lógica antidiscriminatoria que desde la lógica prestacional. Ello se debe fundamentalmente a que la CDPD apuesta decididamente por la igual dignidad de las personas con discapacidad y, en consecuencia, afirma como criterio principal la inclusión basada en la igualdad de trato, al servicio de cuya eficacia se pone la prohibición de discriminación.

De acuerdo con ello, y a la luz de casos como el recién expuesto, cabe apreciar una cierta confusión o falta de encaje entre los conceptos legales de discapacidad que se establecen en el marco de regímenes normativos de naturaleza prestacional (como el que corresponde a la seguridad social o al acceso a determinados servicios y prestaciones sociales de diverso tipo) y el modo más complejo, dinámico (y menos formalista) en que se considera la discapacidad cuando se afronta desde la perspectiva de la tutela antidiscriminatoria. Estas apreciaciones sugieren, finalmente, un cierto desequilibrio o falta de ajuste entre los instrumentos normativos de ambos tipos que forman el sistema constitucional de protección jurídica de los derechos de las personas con discapacidad (ex artículos 14, 9.2 y 49 CE). Tales instrumentos deben integrar de forma coherente, bajo la noción de discapacidad expuesta en estas páginas, la acción promocional y prestacional al servicio de la igualdad de oportunidades, y la acción antidiscriminatoria al servicio de la igualdad de trato. Sin embargo, la fuerza transformadora de la tutela antidiscriminatoria estaría poniendo en evidencia la necesidad de adaptaciones y mejoras en las normativas prestacionales, de forma que su configuración y su aplicación práctica estén en sintonía con la lógica de la plena integración de las personas con discapacidad en lugar de inducir, en ocasiones, a ofrecer soluciones diferenciadoras materialmente discriminatorias. En tal sentido, quizá la acción prestacional y promocional debiera ampliarse para actuar también sobre los “nuevos” garantes de la igualdad de trato y la no discriminación a través de la obligación de establecer ajustes razonables de forma que se evite caer en hábitos asistencialistas adquiridos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, Héctor, “La tutela constitucional de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017.
- BARREIRA IGUAL, M^a Begoña, “Discapacidad y enfermedad en el despido. Aplicación práctica”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 6, núm. 4, 2018.

- BASTIDA FREIJEDO, Francisco J., “Constitución, derechos fundamentales y entendimiento constitucional de la discapacidad”, en PRESNO LINERA, Miguel (coord.), *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Procuradora General de Asturias-Universidad de Oviedo, 2013.
- BENAVENTE TORRES, Ma. Inmaculada, “Los nuevos motivos de discriminación y su incidencia en el ordenamiento español”, en MOLINA NAVARRETE, Cristóbal (coord.), *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del TJUE*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2019, pp. 99-132.
- BIEL PORTERO, Israel, *Los Derechos de las personas con discapacidad en el marco jurídico internacional y europeo*, Tesis Doctoral, Universidad Jaume I, 2009, disponible en: <https://www.tdx.cat/handle/10803/384628#page=1> (fecha de consulta: 3 de mayo de 2021).
- CABRA DE LUNA, Miguel A., “Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 50, 2004.
- CÁCERES RODRÍGUEZ, Celsa, “Sobre el concepto de discapacidad. Una revisión de las propuestas de la OMS”, *Revista Electrónica de Audiología*, vol. 2, 2004.
- CARMONA CUENCA, Encarna, “Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del TEDH”, *Revista de Derecho Político*, n. 100, 2017.
- CARRIZOSA PRIETO, Esther, “Discapacidad, discriminación e indemnidad: algunas claves para proteger al trabajador enfermo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, núm. 1, 2016.
- CONDE MELGUISO, Rafael, “Evolución del concepto de discapacidad en la sociedad contemporánea: de cuerpos enfermos a sociedades excluyentes”, *Praxis Sociológica*, núm. 18, 2014.
- CORDERO GORDILLO, Vanessa, “Minusválidos”, en BAYLOS GRAU, Antonio et al. (coords.), *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, 2014.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Ma. Fernanda, “Igualdad Real”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y CASAS BAHAMONDE, Ma. Emilila (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Wolters Kluwer-BOE, 2018.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Ma. Fernanda, “La prohibición de discriminación”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y CASAS BAHAMONDE, Ma. Emilia (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Wolters Kluwer-BOE, 2018.

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Ma. Fernanda, “Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto”, *Temas Laborales*, núm. 98, 2009.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Silvia, “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, núm. 1, 2015.
- GOÑI SEIN, José Luis, “Discapacidad, enfermedad y extinción del contrato de trabajo”, *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, número monográfico 6, 2017.
- HERNÁNDEZ RÍOS, Mónica I., “El concepto de discapacidad: de la enfermedad al enfoque de derechos”, *Revista CES Derecho*, vol. 6, núm. 2, 2015.
- JIMENA QUESADA, Luis, “El derecho a la autonomía de las personas con discapacidad”, en ESCOBAR ROCA, Guillermo (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2012.
- LÓPEZ MASÍS, Rocío, “Evolución histórica y conceptual de la discapacidad y el respaldo jurídico-político internacional: el paradigma de los derechos humanos y la accesibilidad”, *Alteridad, Revista de Educación*, vol. 6, núm. 2, 2011.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Miguel Ángel, *La extinción del contrato por enfermedad/ discapacidad del trabajador*, Bomarzo, 2018.
- MONEREO PÉREZ, José Luis, “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel”, *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*, vol. 9, núm. 1, 2019.
- PADILLA-MUÑOZ, Andrea, “Discapacidad: contexto, concepto y modelos”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 16, 2010.
- PALACIOS, Agustina y BARIFFI, Francisco, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, CERMI-Cinca, 2007.
- PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la CDPD*, CERMI-Cinca, 2008.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “Presupuestos de teoría y dogmática constitucionales. Igualdad”, en ESCOBAR ROCA, Guillermo (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2012.
- RODRÍGUEZ PADRÓN, Patricia, “La alteración de la salud del trabajador como factor de discriminación en las relaciones laborales: discapacidad y enfermedad”, *Revista Atlántida*, núm. 11, 2020.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Ma. Fernanda, “La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y CASAS BAHAMONDE, Ma. Emilila (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, Wolters Kluwer-BOE, 2018.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Ma. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, 1986.
- VICTORIA MALDONADO, Jorge A., “Hacia un modelo de atención a la discapacidad basado en los derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, núm. 138, 2013.