

REVISTA DE ESTUDIOS FRONTERIZOS DEL ESTRECHO DE GIBRALTAR

REFEG (NUEVA ÉPOCA)

ISSN: 1698-1006

GRUPO SEJ-058 PAIDI

LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINA- CIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD

JOSÉ JOAQUÍN FERNÁNDEZ ALLES

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Cádiz
Joaquin.alles@uca.es

REFEG 10/2022

ISSN: 1698-1006

JOSÉ JOAQUÍN FERNÁNDEZ ALLES

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Cádiz
Joaquin.alles@uca.es

LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMI- NACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD. III. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD. IV. MODALIDADES DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD. V. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. VI. LOS AJUSTES RAZONABLES. VII. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD MENTAL. VIII. LA DISCRIMINACIÓN REFLEJA. IX. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL EXISTENTE SOBRE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD Y SOBRE EL REPARTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA. X. CONCLUSIONES. XI. BIBLIOGRAFÍA.

1

RESUMEN: Este artículo analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la discriminación por razón o motivo de discapacidad, cuya doctrina específica en materia de discapacidad se ha configurado a partir de los fundamentos constitucionales, convencionales y legales vigentes en una decena de sentencias relevantes, con categorías conceptuales como los ajustes razonables, la discriminación refleja o las discriminaciones directa o indirecta, que necesitan ser ubicados en la teoría constitucional de la igualdad. Dos conclusiones principales pueden extraerse de esta doctrina. En primer lugar, el avance que supone para el ordenamiento jurídico español asumir un contenido normativo y valorativo de gran funcionalidad integradora de las personas en el marco de la sociedad democrática avanzada que proclama la Constitución de 1978 en coherencia con los principios del art. 10.1 CE (dignidad, libre desarrollo de los demás, respeto a los derechos de los demás...). Y, en segundo lugar, la gran potencialidad de crecimiento que presenta esta jurisprudencia tanto en ámbitos del Derecho Público como sobre todo del Derecho Privado, con recorridos que, previamente, precisarán corregir el régimen jurídico de una materia anclada en conceptos necesitados de actualización que acusan ya el paso de tiempo (discapacidad, barrera...). Mientras tanto, podemos concluir advirtiendo el carácter avanzando, pero también limitado y fragmentado que presenta la doctrina jurisprudencial por razón de discapacidad.

PALABRAS CLAVES: Constitución. Igualdad. Discriminación. Discapacidad. Discriminación por razón de discapacidad. Jurisprudencia.

ABSTRACT: This article analyzes the jurisprudence of the Constitutional Court on discrimination for reason or reason of disability, whose specific doctrine on disability has been configured based on the constitutional, conventional and legal foundations in force in a dozen sentences. relevant. Two main conclusions can be drawn from this doctrine. In the first place, the progress that supposes for the Spanish legal system to assume a normative and evaluative content of great integrating functionality of the people in the framework of the advanced democratic society that proclaims the Constitution of 1978 in coherence with the principles of the art. 10.1 CE (dignity, free development of others, respect for the rights of others...). And, secondly, the great potential for growth that this jurisprudence presents, both in the fields of Public Law and, above all, Private Law, with routes that, previously, will require correcting the legal regime of a matter anchored in concepts in need. of updating that already show the passage of time (disability, barrier...). In the meantime, we can conclude by noting the advancing character, but also limited and fragmented that the jurisprudential doctrine presents due to disability.

KEYWORDS: Constitution. Equality. Discrimination. Disability. Discrimination based on disability. Jurisprudence.

I. INTRODUCCIÓN

Parafraseando a Ihering, podemos afirmar que no ha hecho más que empezar la lucha por el Derecho y, en particular, por los derechos de las personas con discapacidad que desde hace tres décadas afronta el ordenamiento jurídico español en el marco de la vigente denominada Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030¹. Son muchas las discriminaciones -unas integradas en el concepto legal y otras sin tratamiento normativo- que aún se padecen y toleran por razón de las muy diversas formas de

discapacidad. Desde las discriminaciones que se advierten en los requisitos de contratación y disfrute de los seguros privados de asistencia sanitaria al modo de concebir las obligaciones y relaciones familiares, pasando por la metodología docente en la enseñanza universitaria o las exigencias de renta en materia de salarios sociales, son innumerables las discriminaciones tristemente normalizadas que sufren las personas con discapacidad precisamente por razón de su discapacidad, y que le legislación no ha terminado de identificar y regular².

Por fortuna, en la senda inacabada de reconocimiento y protección del derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad, los poderes públicos legislativos, ejecutivos y judiciales han respondido positivamente a las mejor argumentadas

¹ Union of Equality: Strategy for the Rights of Persons with Disabilities 2021-2030. <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8376&furtherPubs=yes>

² Valga como ejemplo el caso analizado en M.C., González Carrasco, “Discriminación por razón de discapacidad en los seguros privados de asistencia sanitaria”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 8, 2013, pp. 441-452.

reclamaciones políticas, administrativas y judiciales. Pero no ha sido siempre y, tras la interposición del correspondiente recurso, ha debido ser el Tribunal Constitucional quien, como juez de amparo de los derechos fundamentales y supremo intérprete de la Constitución, haya configurado una doctrina constitucional sobre el principio de no discriminación por razón de discapacidad.

De esta manera, a partir de las premisas sentadas en 1994 por el Tribunal Constitucional (SSTC 269/1994, de 3 de octubre, 10/2014, de 27 de enero, 31/2014, de 24 de febrero, 104/2014, de 23 de junio, 18/2017, de 2 de febrero, 3/2018, de 22 de enero, 172/2021, de 7 de octubre, 192/2021, de 17 de diciembre, 5/2022, de 24 de enero, 52/2022, de 4 de abril y 111/2022, de 26 de septiembre...), la discriminación por razón de discapacidad (*discrimination based on disability*) se ha convertido en España durante los últimos cinco años en uno de los ámbitos más atendidos de configuración por el Tribunal Constitucional del principio de igualdad y, a la vista de los espacios aún por tratar, de mayor proyección subjetiva al abarcar a la universalidad de la población en algún momento de su vida³. Afirma la STC 172/2021, de 7 de octubre, en su F.J.3: B), sobre el principio de no discriminación por razón de discapacidad: “La discapacidad constituye una circunstancia personal que el artículo 14 CE protege contra cualquier forma de discriminación”. Y, conforme al art. 2 de la Convención, se proscribe la discriminación por motivo de discapacidad, ante

“cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. E incluye todas las formas de discriminación, incluida la “denegación de ajustes razonables” toda vez que, según el art. 5.3 de la Convención, los Estados parte “adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables”.

A nivel legislativo, según palabras del Tribunal Constitucional, el modelo de protección jurídica de los derechos de las personas con discapacidad previsto en la Convención ha sido reflejado en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Su art. 3 c) establece el principio de no discriminación por razón de la discapacidad, y su art. 10 dispone en el ámbito del derecho de la salud que las personas con discapacidad tienen derecho a la protección de la salud, incluyendo la prevención de la enfermedad y la protección, promoción y recuperación de la salud, sin discriminación por motivo o por razón de discapacidad, prestando especial atención a la salud mental y a la salud sexual y reproductiva. Por su parte, el art. 63 de la citada norma legal dispone que se entenderá como vulneración del derecho a la

³ Anteriormente, ha destacado el camino recorrido por la jurisdicción ordinaria y los gobiernos competentes en las políticas sectoriales de mayor relieve social. A. Cámara Botía, “Vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de edad y discapacidad: resoluciones administrativas y judiciales que, al examinar una solicitud de ayuda para situación de dependencia, aplican indebidamente una

regla de exclusión por edad”. En M. Alonso Olea, A. Montoya Melgar, A. V. Sempere Navarro, C. Sánchez Trigueros, Á. Arias Domínguez (dirs), *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo XXXVI (2015-2018). Thomson-Aranzadi. Navarra, pp. 1389-1396.

igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, cuando, por motivo de o por razón de discapacidad, se produzcan discriminaciones directas o indirectas, discriminación por asociación, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas.

II. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD

Los fundamentos constitucionales directos de la discriminación por razón de discapacidad los encontramos en los arts. 9.2, 14 y 93, y a nivel interpretativo en los arts. 10.2 y 49, tanto como proyección del Estado social, como del Estado democrático y de Derecho, y de gran eficacia para el cumplimiento de la función de integración de la Constitución⁴.

En virtud del art. 93 CE, y a través de las sucesivas leyes de autorización, se

⁴M. F. Moretón Sanz, “Nuevas perspectivas jurídicas en materia de no discriminación por razón de edad, discapacidad o dependencia”, M. Crespo Garrido, M. F. Moretón Sanz, *Discriminación por razón de edad y de sexo: retos pendientes del Estado social*. COLEX. Madrid, 2010, pp. 35 ss; H. Maravall Gómez-Allende, H., “La protección de los ciudadanos europeos con discapacidad: las políticas sociales de integración y de igualdad de oportunidades”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n° 11, 2006, pp. 195-198.

⁵La integración europea ha potenciado la armonización y homogeneización de las doctrinas jurisprudenciales y su asunción por el Derecho primario y el Derecho derivado. Valga como ejemplo, M. P. Monaco, *La discriminación por razón de edad y discapacidad en la Unión Europea. Un análisis desde el derecho italiano*, *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 5, 2013, pp. 107-130; M.

produce la integración en nuestro sistema de producción normativa del Derecho de la Unión Europea⁵, y como reconocen las SSTC 3/2018, y 172/2021, el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE incluye la discapacidad como uno de los factores expresos de protección contra discriminaciones, mientras que el artículo 26 “reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas” a beneficiarse de medidas para su integración.

Además, el Derecho derivado de la UE, a través de la Decisión 2010/ 48/CE, del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, integró la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento de la Unión Europea. En su virtud, Tribunal de Justicia de la Unión Europea invoca la Convención la ONU de 2006 como fuente interpretativa de la Directiva 2000/78/

Agliata, “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de no discriminación por razón de discapacidad: las nociones de “hándicap” y “soluciones razonables””, *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 2, 2015, pp 99-101; F. J. Fernández Orrico, “Discriminación laboral por razón de discapacidad y su equiparación con otras situaciones cercanas en el marco de la UE”, *Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Balance y perspectivas de la política laboral y social europea: XXVII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Cinca, Madrid, 2017, pp. 366-367. Y nuestro trabajo, Fernández Alles, M.T., Fernández Alles, J.J., “El Derecho europeo de la discapacidad: base jurídica y configuración jurisprudencial”, *Revista General de Derecho Europeo*, 32, 2014, pp. 1-28.

CE⁶ (derecho a la no discriminación por razón de la discapacidad en el trabajo).⁷

En cuanto al art. 10.2 CE, como reconoce el propio Tribunal Constitucional, se otorga especial relevancia exegética a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada en 2007 y en vigor desde 2008, y llamada a apñicarse en todos los niveles de poder legislativo, ejecutivo y jurisdiccional conforme al denominado enfoque de derechos. Asimismo, se otorga relevancia constitucional a efectos interpretativos al art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Prohibición de discriminación), el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado “sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”, entre las cuales se encuentra la discapacidad. Como explica la STC 172/2021, las personas con discapacidad se incluyen por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dentro de los grupos que considera como “particularmente vulnerables” y cita a tal efecto las SSTEDH de 30 de abril de 2009,

asunto Glor C. Suiza, § 80, de 22 de marzo de 2016, asunto Guberina C. Croacia, §73, y de 23 de marzo de 2017, asunto A.-M.V. C. Finlandia, § 73. A tal fin, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad como fuente para la interpretación de las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 23 de marzo de 2017, asunto A.-M.V. C. Finlandia, cit., §74),

A partir del enunciado genérico del inciso final contra la discriminación del art. 14 CE, según afirma la referida STC 172/2012 con invocación de las SSTC 10/2014, de 27 de enero, FJ 4, y 18/2017, de 2 de febrero, FJ 3), las medidas que se instrumentan para procurar la igualdad de oportunidades y la integración social y profesional de las personas con discapacidad, incluyendo aquellas de acción positiva, “tienen una estrecha conexión con el mandato contenido en el artículo 9.2 CE” y con el art. 49 CE, precepto que, si bien no reconoce derechos fundamentales en virtud de lo dispuesto en el art. 53.3 CE, “ordena a los poderes públicos realizar una política de integración de las personas con discapacidades físicas, sensoriales y psíquicas”, que les

⁶M. D. Blázquez Peinado, “No discriminación en razón de la discapacidad: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la luz de la Directiva 200/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación”, M. J. Aznar Gómez; J. Cardona Llorens, J. A. Pueyo Losa, J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto, J.M. Sobrino Heredia, M. Pérez Gómez, *Estudios de derecho internacional y de derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*. Vol. 2. Tirant lo Blanc. Universidad de Santiago de Compostela. Valencia. 2012, pp. 1385-1404.

⁷ El Tribunal Constitucional cita a tal fin, las SSTJUE de 11 de abril de 2013, C-335/11 y

C-337/11 acumulados, asunto HK Danmark Y otros, § 37 a 41, 47 y 93; de 18 de marzo de 2014, Gran Sala, C-363/12, asunto Z C. A Government Department and the Board Of Management of a Community School, § 76 y 77; de 18 de diciembre de 2014, C-354/13, asunto Fag Og Arbejde (FOA) C. Kommunerne Landsforening (KL), § 53, 54, 64 y 65; de 1 de diciembre de 2016, C-395/15, asunto Mohamed Daouidi C. Bootes Plus, S.L., Y Otros, § 42 a 45, y de 9 de marzo de 2017, C-406/15, asunto Petya Milkova C. Izpalnitelen Direktor a Agentsiata za Privatizatsia I Sledprivatizatsionen Kontrol, § 36.

ampare especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I de la CE reconoce a todos los ciudadanos”.

III. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD

Con el contexto de fondo de los debates y polémicas sobre la discapacidad o la diversidad funcional como expresiones alternativas, existen dos métodos de descripción de los destinatarios de las políticas de discapacidad: el método de la integración y el método de la diversidad. En el primer caso, por ejemplo en materia de transportes aéreos, el artículo 2.1 del Reglamento (CE) 261/04, de 11 de febrero, por el que se establecen normas comunes sobre la compensación y asistencia a los pasajeros en caso de denegación de embarque y de cancelación o de gran retraso de los vuelos, se define como persona con movilidad reducida a “toda persona cuya movilidad esté reducida a efectos de la utilización de un medio de transporte debido a cualquier deficiencia física (sensorial o de locomoción, permanente o temporal) o mental, a su edad o a cualquier otra causa de discapacidad, y cuya situación necesite una atención especial y la adaptación a sus necesidades de los servicios que se ponen a disposición de todos los pasajeros”. Ampliando el concepto, el art. 2 del Reglamento (CE) 1107/2006⁸, que mejora la redacción del Reglamento (CE) 261/2004, define la persona con discapacidad o con movilidad reducida a “toda persona cuya movilidad para realizar el transporte se halle reducida por motivos de discapacidad física (sensorial o locomotriz, permanente o temporal) discapacidad o deficiencia intelectual, o cualquier otra causa de discapacidad, o por la edad, y cuya situación

requiera una atención adecuada y la adaptación a sus necesidades particulares del servicio puesto a disposición de los demás pasajeros”.

En el segundo caso, conforme al método de la diversidad, y en virtud del citado artículo 3.1 c) de la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, dentro del límite de las competencias conferidas a Unión Europea, esta norma se aplicará a todas las personas, tanto del sector público como del privado, incluidos sus organismos públicos, en relación con las condiciones de empleo y trabajo, lo que comprende las de despido y remuneración.

Pues bien, según la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 3447, de 9 de diciembre de 1975, “Declaración de los Derechos de las Personas Discapacitadas”, que el término “persona discapacitada”, se refiere a cualquier persona incapaz de mantener por sí mismo, total o parcialmente, las necesidades de una vida individual o social normal, debido a una discapacidad, congénita o no, en sus capacidades físicas o mentales.

Por su parte, el art. 1 de la Convención de 2006 protege a quienes ‘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’. El requisito del largo plazo se concreta en el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, por la expresión de mayor potencialidad interpretativa, pero igualmente limitada, “previsiblemente permanente”.

⁸ Reglamento (CE) n.º 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre los derechos de las personas con

discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX:32006R1107>

IV. MODALIDADES DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD

El art. 2 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, distingue entre la discriminación directa y la discriminación indirecta, definiendo la primera como la situación en que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de o por razón de su discapacidad⁹, mientras que la discriminación indirecta existirá cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios¹⁰.

Por su parte, la SSTC 3/2018, de 22 de enero, y 172/2021, de 7 de octubre,

⁹ S. Navas Navarro, “Discriminación directa por razón de discapacidad (STEDH de 30 de abril de 2009, *Glor v. Suiza*)”, J. J. García Medina, C. Guilarte Martín Calero (dir.), *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*. Thomson-Aranzadi. Navarra. Navarra, 2016, pp. 413-416.

¹⁰ S. Alcázar Ortiz, “Trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, discapacidad, ajustes razonables, extinción por causas objetivas y discriminación indirecta”, F. J. GÁRATE CASTRO (dir.), Y. MANEIRO VÁZQUEZ (dir.) et al, *La respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como*

recuerdan que, según el Convenio de 2006, existe “discriminación por razón de la discapacidad de intención” o “mera actividad” si se acredita un propósito de causar perjuicio a la persona por el mero hecho de ser discapacitada, y discriminación por razón de discapacidad por resultado” (o “efecto” en palabras del art. 2) debido a la acción de un responsable que causa la “distinción, exclusión o restricción” de alguno de los derechos de quien es discapacitado, sin que tenga que concurrir la afectación de ninguna otra circunstancia personal.

Por último, debemos referirnos a la discriminación por discapacidad de origen y la discapacidad sobrevenida¹¹, así como a la discriminación refleja, que será objeto de atención más abajo.

V. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Ha sido el ámbito material de las prestaciones de la Seguridad Social donde la doctrina de la discriminación por razón de discapacidad ha contado con mayor

doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela. Universidad de Santiago de Compostel. 2020, pp. 507-513.

¹¹D. Gutiérrez Colominas, “La discriminación por discapacidad en las extinciones por ineptitud sobrevenida. Comentario a la STS de 22 de febrero de 2018 (Rec 160/2016)”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 5, 2018, pp. 525-530; Á. Martín Pozuelo López, “El despido por ineptitud sobrevenida a causa de enfermedad y la discriminación por razón de discapacidad: comentario a la sentencia num. 178/2021 del TSJ de Navarra de 3 de junio”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 247, 2021, pp. 155-164.

desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional¹². Además de la citada, STC 172/2021, debemos referirnos a las SSTC 192/2021, de 17 de octubre, 5/2022, de 24 enero, 52/2022, de 4 de abril, y 111/2022, de 26 de septiembre. Así, en la STC 192/2021, de 17 de diciembre, el Tribunal Constitucional afirma que la interpretación de las resoluciones impugnadas produce como resultado una discriminación no justificada en perjuicio de las personas con discapacidad, ya que, conforme a ese criterio judicial interpretativo, cualquier persona que se encuentre en situación de jubilación anticipada podría acceder a una prestación por incapacidad permanente hasta que no haya cumplido la edad ordinaria de jubilación, salvo las personas que la han obtenido atendiendo a su discapacidad, lo cual además, provoca una diferencia de trato no prevista en la norma, que no tiene justificación objetiva o razonable, que deriva exclusivamente del hecho de haber accedido a una situación de jubilación anticipada, precisamente, por su situación de discapacidad [FJ 4 d)]¹³.

En cuanto a la STC 5/2022, de 24 de enero¹⁴, se trataba de un conjunto de resoluciones impugnadas que denegaron el reconocimiento de la situación de gran invalidez derivada de contingencia común porque, en el momento de la solicitud, la demandante se encontraba en situación de jubilación anticipada por razón de discapacidad. Aplicando la doctrina de la STC 172/2021, de 7 de octubre, se otorga el amparo por considerar que las resoluciones judiciales impugnadas en aquel caso, de contenido igual a las de la STC

172/2021, habían vulnerado su derecho a la no discriminación por razón de discapacidad. El objetivo de asegurar el más pleno disfrute de los derechos en igualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos implica la adopción de ‘medidas de acción positiva’ (la jubilación anticipada por razón de discapacidad contenida en el art. 206.2 LGSS’), con ‘la paradoja de que la medida de acción positiva’ (...) se convierte, al mismo tiempo, en una discriminación negativa en relación con las otras personas que se encuentran en esa situación’.

Según el Tribunal Constitucional, por remisión al art. 205.1 a) LGSS, ley ‘no impide su acceso desde una situación de jubilación anticipada, ni distingue entre las causas o presupuestos de ese tipo de jubilación para acceder a la incapacidad permanente’ y tampoco ‘ha establecido cautela o modulación alguna para el cálculo de la edad a estos efectos’. En consecuencia, si la ley no hace distinción alguna en esta materia, el establecimiento de una diferencia de trato para los supuestos de jubilación anticipada por razón de discapacidad podría suponer una discriminación proscribida por el principio general reconocido en el art. 14 CE. No existiendo justificación alguna para distinguir entre las diversas situaciones de jubilación anticipada, ni razón objetiva alguna para excluir a la recurrente de la situación de incapacidad permanente, ‘la interpretación de las resoluciones impugnadas produce como resultado una discriminación no justificada para la recurrente con discapacidad’. (...) y (...)’ Se genera con ello una diferencia

¹²M.J. Romero Ródenas, ‘Igualdad en el ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social y prohibición de discriminación por razón de discapacidad: A propósito de la STC 172/2021, de 7 de octubre’, *Revista de Derecho Social*, 96, 2021, pp. 151-165.

¹³ STC 192/2021, de 17 de diciembre. *BOE* núm. 17 de 20 de enero de 2022.

¹⁴ STC 5/2022, de 24 de enero. *BOE* núm. 46, de 23 de febrero de 2022.

de trato no prevista en la norma, sin justificación objetiva y razonable, derivada exclusivamente del hecho de haber accedido a una situación de jubilación anticipada precisamente por su situación de discapacidad”.

Por su parte, en la STC 52/2022, de 4 de abril¹⁵ se resolvió el recurso relativo a resoluciones que denegaron el reconocimiento de la situación de gran invalidez derivada de contingencia común porque, en el momento de la solicitud, la demandante se encontraba en situación de jubilación anticipada por razón de discapacidad. Aplicando de nuevo, la doctrina sentada en las SSTC 172/2021, 191/2021 y 5/2022, se estima el recurso amparo debido a que la interpretación de las resoluciones impugnadas produce como resultado una discriminación no justificada en perjuicio de las personas con discapacidad. En el mismo sentido, en la STC 111/2022, de 26 de septiembre¹⁶, se resuelve la reclamación de un trabajador de la Organización Nacional de Ciegos de España, que se jubiló anticipadamente a los 54 años por razón de su discapacidad y a los 60 años solicitó el reconocimiento de la prestación de gran invalidez, y subsidiariamente, incapacidad permanente absoluta, que según al art. 195.1 LGSS exige no haber alcanzado “la edad prevista en el art. 205.1 a) LGSS” para acceder a la jubilación (67 o, en función del tiempo cotizado, 65 años). Denegada la solicitud en vía administrativa y por el Poder Judicial. Aplicando la doctrina de las citadas SSTC 172/2021, 192/2021, 5/2022 y 52/2022, el Tribunal Constitucional argumenta que si la ley no hace

distinción alguna en esta materia, el establecimiento de una diferencia de trato para los supuestos de jubilación anticipada por razón de discapacidad supone una discriminación proscrita por el principio general reconocido en el art. 14.2 CE, habida cuenta que no se aprecia la existencia de un motivo objetivo y razonable que justifique la distinción entre las diversas situaciones de jubilación anticipada.

Pues bien, conforme al F.J 4 d) de esta STC 111/2022, El criterio judicial interpretativo aplicado en las resoluciones recurridas conduce a que toda persona que se encuentre en situación de jubilación anticipada podría acceder a una prestación por incapacidad permanente, “salvo las personas con discapacidad, a pesar de cumplir el único requisito exigido por la normativa, que es una determinada edad, generándose así una diferencia de trato no prevista en la norma, sin justificación objetiva y razonable, derivada exclusivamente del hecho de haber accedido a una situación de jubilación anticipada precisamente por su situación de discapacidad”.

VI. LOS AJUSTES RAZONABLES

Tanto a partir de criterios de constitucionalidad directa como de la constitucionalidad europea, los ajustes razonables excluyen el carácter discriminatorio de una actuación pública o privada, y así se extienden a una variedad de ámbitos donde han ido ampliando su aplicación¹⁷.

Según el Tribunal Constitucional, el derecho a no ser discriminado por razón de

¹⁵ STC 52/2022, de 4 de abril, BOE núm. 113, de 12 de mayo de 2022.

¹⁶ STC 111/2022, de 26 de septiembre. BOE núm. 262 de 1 de noviembre de 2022.

¹⁷C. H. Preciado Domènech, “Alcance de los ajustes razonables: obligación de recolocación.

STJUE (Sala Tercera) de 10 de febrero de 2022 (asunto C-485/20)”, *Anuario 2022 de Jurisprudencia Laboral Estudio de 100 casos relevantes*, 2023, págs. 133-138.

discapacidad que consagra el art. 14 CE comprende el derecho a los ajustes razonables, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, ajustes que son necesarios para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás.

En el ámbito laboral, la adopción de los ajustes procede bien por iniciativa del trabajador o de oficio por parte del empleador. En el primer caso, cuando una persona solicita en su empleo ajustes razonables por razón de su discapacidad, esa solicitud debe ser objeto de consideración desde el momento en que se acredite el alcance de la discapacidad, y la respuesta del empleador debe ser expresa y debidamente motivada en caso de desestimación total o parcial por ser desproporcionados o indebidos. Sin debida motivación, la respuesta se entiende como denegación tácita carente de la debida justificación con vulneración del derecho fundamental.

En el segundo caso, debe adoptarlos el empleador -o, al menos, informar del derecho a que se adopten cuando el propio empleador no tenga constancia de la discapacidad- el empleador como sujeto que debe garantizar su derecho a no ser discriminado tenga conocimiento de dicha discapacidad (Observación General núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Convención de la ONU).

Junto a la configuración constitucional, este derecho ha sido objeto de una configuración (y protección) multinivel que encuentra su asiento en todos los niveles de tutela normativa, ejecutiva y jurisdiccional (europea, internacional, estatal y

autonómica), lo que implica una compleja actividad de coordinación normativa, relaciones intergubernamentales¹⁸ y diálogo jurisdiccional. Así, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el art. 2.2 b) de la Directiva 2000/78/CE debe ser interpretado en el sentido de que el despido por “causas objetivas” de un trabajador con discapacidad, debido a que este cumple los criterios de selección generales tomados en consideración para determinar a las personas que van a ser despedidas, como por ejemplo presentar una productividad inferior a un determinado nivel, una menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y un elevado índice de absentismo, constituye una discriminación indirecta por motivos de discapacidad, “a no ser que el empresario haya realizado previamente con respecto a ese trabajador ajustes razonables, en el sentido del artículo 5 de la misma Directiva, a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades” (STJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto DW, C-397/18, § 75).

Para la preservación de esta prohibición de discriminación, la Convención de la ONU exige evitar barreras restrictivas y emplear “ajustes razonables” que eviten todo resultado discriminatorio. Según el art. 5.3, a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

Con carácter general, según el Tribunal Constitucional, la relevancia de los ajustes razonables como instrumentos para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio de sus derechos

¹⁸ J.A Ramos, M. Alda Fernández, “Relaciones intergubernamentales en tiempos revueltos: El Estado Autonomico entre la gran

recesión y la Covid-19, pasando por el procés”, *Revista Iberoamericana de Relaciones Intergubernamentales*, 1, 2020, pp- 1-4.

en igualdad de condiciones, debe ser fundamentada asimismo a partir del control de convencionalidad, tanto del art. 2 de la Convención de la ONU cuando incluye como forma de discriminación por motivos de discapacidad la “denegación de ajustes razonables”, como del art. 14 del CEDH (STEDH 30 de enero de 2018, *Asunto Enver Şahin C. Turquía*: “la discriminación por razón de discapacidad comprende todas las formas de discriminación, incluyendo la denegación de acomodo razonable” (§ 60). En el ámbito de la CEDH, el TEDH toma de la citada Convención de la ONU la exigencia a los Estados parte para que adopten los ‘ajustes razonables’ (o “acomodo razonable”, según el REDH) que resulten necesarios para evitar la discriminación¹⁹.

Pues bien, el incumplimiento de la obligación por parte del empleador de adoptar los ajustes razonables priva de legitimidad la adopción de medidas como el despido o la adopción de medidas disciplinarias motivadas en posibles insuficiencias en el desempeño de sus funciones por incurrir en discriminación. Aunque tales medidas estén fundadas en razones objetivas y aparentemente neutras relacionadas con su desempeño, incurren en discriminación si no se ha garantizado antes la observancia del principio de igualdad de trato de las personas discapacitadas mediante los debidos ajustes.

También el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, incorpora la exigencia a las autoridades para la adopción de ‘los ajustes razonables’ que se requieran (arts. 2 m y 66). Su configuración jurisprudencial está presente en la STC 3/2018, FJ 5 c), y en la STC 172/2021, F.J. 3.

¹⁹STEDH de 23 de febrero de 2016, asunto ÇAM C. Turquía, § 65 y 69.

Se define como “ajustes razonables” el conjunto de “modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (art. 2 de la Convención). A tal fin, el concepto de discriminación por razón de discapacidad incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, precisamente la denegación de ajustes razonables.

Amparado por estos fundamentos constitucionales, convencionales y legales, el Tribunal Constitucional ha sentado, sectorialmente, doctrina sobre la discriminación en el ámbito de la educación, derechos de defensa durante la instrucción penal y servicios sociales. En el caso del derecho a la educación, según la STC 10/2014, de 27 de enero, la administración educativa debe tender a la escolarización inclusiva de las personas con discapacidad y, tan solo cuando los ajustes que deba realizar para dicha inclusión sean desproporcionados o no razonables, podrá disponer la escolarización de estos alumnos en centros de educación especial, debiendo en este último caso, por respeto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados, exteriorizar los motivos por los que ha seguido esta opción y considerado inviable la integración del menor discapacitado en un centro ordinario (FJ 4).

En el ámbito de los derechos de defensa durante la instrucción penal, según el F.J. 2, la STC 77/2014, de 22 de mayo, la existencia de indicios de que dicho acusado pueda sufrir trastornos mentales que limiten su capacidad de comprensión y,

por tanto, de la relevancia de las consecuencias legales de su incomparecencia, impone a los órganos judiciales un deber positivo de desarrollar la actividad necesaria para despejar cualquier duda al respecto”).

En tercer lugar, en el caso de los servicios sociales (según las SSTC 3/ 2018 y 51/2021, la exigencia de ajustes razonables exige la prestación del servicio asistencial adaptado a sus necesidades de discapacidad, teniendo en cuenta que la Administración competente dispone de centros y de posibilidades para no incurrir en un resultado discriminatorio.

Finalmente, a nivel legislativo, en materia de empleo público, el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el estatuto básico del empleado público, dispone en el art. 59.2 la obligación de cada administración pública de adoptar “las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad”.

VII. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD MENTAL

Según el Tribunal Constitucional, en el caso particular de las personas con discapacidad mental, por causas psíquicas, intelectuales o cognitivas, se la configuración jurisprudencial de este derecho fundamental atiende a los prejuicios e importantes barreras que se presentan en el lugar de trabajo, en cumplimiento de la Recomendación sobre la política integrada de salud mental, competencias y empleo adoptada por el Consejo de la Organización para la

Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) el 14 de diciembre de 2015. Este derecho se corresponde con el derecho del empleador a adoptar los ajustes razonables que sean necesarios y adecuados para garantizar su igualdad de trato y no discriminación tan pronto como tenga conocimiento de tal discapacidad, y con especial énfasis antes de emprender cualquier acción que pueda ir en menoscabo del empleo y trabajo de una persona que la sufre, como lo es en todo caso el despido, la jubilación, o la imposición de medidas disciplinarias.

Cuando un trabajador acredite la existencia de una discapacidad, el empleador debe tener en cuenta debidamente los obstáculos específicos con los que este se enfrenta y cumplir con su obligación de adoptar ajustes razonables en el puesto de trabajo para garantizar a quien la padece el ejercicio de sus derechos en el ámbito del empleo en igualdad de condiciones que las demás personas, exteriorizando debidamente la motivación de la decisión adoptada si se aprecia la improcedencia o imposibilidad de los ajustes solicitados. Toda medida, como el despido o la imposición de una sanción de carácter disciplinario, que esté relacionada con dificultades en el desempeño de sus funciones que puedan ser solventadas mediante ajustes razonables, incurriría en discriminación prohibida por el art. 14 CE aun cuando estén basadas en razones objetivas aparentemente neutras.

VIII. LA DISCRIMINACIÓN REFLEJA

La STC 71/2020, de 29 de junio²⁰ trata sobre la discriminación refleja en un caso de discriminación por razón de sexo que se refleja en otra persona por su

²⁰STC 71/2020, de 29 de junio. BOE núm. 207 de 31 de julio de 2020.

vinculación familiar con la mujer que está hospitalizada por parto. A tal fin, el Tribunal Constitucional invoca la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, jurisdicciones que han admitido que se incurre en discriminación refleja cuando una persona es tratada de forma menos favorable “por causa de su vinculación o asociación con otra que posee uno de los rasgos o características protegidas (o las causas de discriminación prohibidas), pese a no poseer dicha característica en quien alega el trato discriminatorio” (F.J. 4)²¹.

En relación con la doctrina del tribunal de Luxemburgo, la STC 71/2020 se refiere a la STJUE de 17 de julio de 2008 (asunto C-303/06, Coleman)²² y su “interpretación amplia del alcance de los supuestos protegidos por 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” en un caso de discriminación por razón de discapacidad: los objetivos y el efecto útil de la Directiva “se verían comprometidos si un trabajador que se encuentre en una situación como la de la demandante en el litigio principal no pudiera invocar la prohibición de discriminación directa establecida en el artículo 2, apartado 2, letra a), de la misma Directiva cuando se haya probado que ha recibido un trato menos favorable que el que recibe, ha recibido o podría recibir otro trabajador en situación análoga, a causa de la

discapacidad de un hijo suyo, y ello aunque el propio trabajador no sea discapacitado” (párrafo 48)”.

En el ámbito de la jurisprudencia de Estrasburgo, la STEDH de 22 de marzo de 2016 (Asunto *Guberina Contra Croacia*, parágrafo 79) afirmó que el trato menos favorable recibido por causa de la discapacidad del hijo a su cuidado es una forma de discriminación por razón de discapacidad, y como tal prohibida por el art. 14 del CEDH, aunque el propio recurrente no sufra de discapacidad alguna.

La STC 51/2021, de 15 de marzo²³, resolvió el recurso de amparo de un letrado de la Administración de Justicia, diagnosticado con síndrome de Asperger, a quien se le impuso una sanción disciplinaria por negligencia en el ejercicio de sus funciones y retraso injustificado en el cumplimiento de sus obligaciones. El Tribunal Constitucional declaró vulnerados los derechos a la igualdad de trato y no discriminación por razón de discapacidad, el derecho a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia y a la legalidad penal en la vertiente atinente al principio de culpabilidad. Según la sentencia, la acreditación de discapacidad “se debe tener en cuenta por el empleador para remover los obstáculos específicos para el trabajador”, resultando discriminatoria la imposición de sanciones disciplinarias a consecuencia de las irregularidades en el desempeño de las funciones que puedan ser solventadas mediante ajustes razonables²⁴.

²¹ Véase V. Magro Servet, “La no discriminación a trabajadores no discapacitados al cuidado de una persona con discapacidad en la jurisprudencia del TJUE”, *La Ley. Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, 2, 2014, pp. 102-107.

²² A. B. Muñoz Ruiz, “El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social

de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores”. *Temas laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n° 101, 2009, pp. 321-339.

²³ STC 51/2021, de 15 de marzo. BOE 97, de 23 de abril de 2021.

²⁴ Véanse sobre estas cuestiones, M.A. Cabra de Luna, “Comentario sobre la Sentencia de

El derecho fundamental a la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad quedan vulnerados cuando no se valoran todos los elementos necesarios para calificar la conducta como no diligente. En este sentido, la excepción a la inversión de la carga de la prueba para los procesos penales o sancionadores contencioso-administrativos establecida en el art. 77.2 del texto refundido, según el Tribunal Constitucional, “ha de ser objeto de una interpretación estricta y conforme a la doctrina constitucional”, no siendo aplicable en el marco de un procedimiento administrativo disciplinario o sancionador en detrimento de las personas con discapacidad que acrediten la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción de discriminación²⁵.

Según la STC 135/2008, de 26 de mayo, el derecho a la presunción de inocencia quedaría indemne cuando un tribunal independiente e imparcial declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías al cual se aporte una suficiente prueba de cargo sin perjuicio de que la convicción judicial se logre a través de la prueba indiciaria.

IX. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL EXISTENTE SOBRE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD Y SOBRE EL REPARTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA

18/1/2018 del TJUE (Asunto C-270/16): discriminación por razón de discapacidad en el caso de despido de un trabajador por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, 3, 2018, pp. 265-267.

²⁵La excepción solo se contempla para los procesos judiciales penales o contencioso-

La doctrina constitucional sobre la discriminación por razón de discapacidad y sobre el reparto de la carga de la prueba se explica en las STC 31/2014, de 24 de febrero, y 104/2014, de 23 de junio, según las cuales la discapacidad constituye una circunstancia personal que el artículo 14 CE protege contra cualquier forma de discriminación, en conexión con el mandato contenido en el artículo 9.2 CE y con el art. 49 CE, con la consecuencia necesaria de “garantizar que los derechos fundamentales no sean desconocidos bajo la cobertura formal del ejercicio de derechos y facultades reconocidos por las normas” y “considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad solo aparente del acto litigioso”. Precisamente, de esta dificultad deriva la “doctrina sobre la prueba indiciaria”, que se ha dirigido “a favorecer que se desvelen las razones latentes de actos que puedan enmascarar una lesión de derechos fundamentales” (STC 104/2014, FJ 7).

Pues bien, a tal fin, el Tribunal Constitucional afirma que no constituye un indicio “la mera alegación de la vulneración constitucional, ni una retórica invocación del factor protegido, sino un hecho o conjunto de hechos que permita deducir la posibilidad de la lesión”. A partir de este hecho, recae sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación se debió a “causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, indiciariamente probada, así como que tenían entidad

administrativos sancionadores, y se vincula a la preservación del derecho a la presunción de inocencia cuando los poderes públicos ejercen su potestad punitiva o sancionadora frente a conductas a las que se impute o atribuya discriminación por razón de discapacidad (como las tipificadas en el título III de la citada ley).

suficiente para justificar la decisión adoptada al margen del derecho fundamental alegado”.

Según el Tribunal Constitucional este deber probatorio de la parte demandada no supone una inversión de la carga de la prueba, puesto que “nace solo una vez que la parte demandante ha aportado indicios de la vulneración que denuncia” y su incumplimiento “trasciende el ámbito puramente procesal y determina” que los indicios aportados desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental sustantivo que haya sido invocado” (FJ 7).

De esta forma, cuando se denuncia una discriminación prohibida por el art. 14 CE aportando indicios racionales de discriminación, corresponderá al empleador “la obligación de rebatirlos justificando que su actuación fue absolutamente ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales” (SSTC 17/2007, de 12 de febrero, FJ 4, y 173/2013, de 10 de octubre, FJ 6).

Ahora bien, como argumentan las SSTC 136/1996 (F.J. 6), 48/2002 (F.J. 5) y 31/2014 (F.J. 3), para que se produzca el “desplazamiento al demandado del onus probandi no basta simplemente con que el actor tache la medida de discriminatoria, sino que, además, ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato, con una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación.

La obligación de probar que la vulneración que se le atribuye no representa objetivamente actos contrarios a la prohibición de discriminación corresponde al empleador incluso cuando la intencionalidad discriminatoria no existe (STC 233/2007, de

5 de noviembre, FJ 4). Corresponderá, pues, al empleador “la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por tales indicios (SSTC 2/2009, FJ 3, y 31/2014, FJ 3).

En el ámbito de la discriminación por razón de la discapacidad, corresponde al empleador, también cuando se trate de una Administración pública, “acreditar que sus decisiones o actos fueron legítimos y carentes del móvil o efecto discriminatorio que se les imputa”.

En el particular ámbito de las relaciones entre los empleados públicos y la Administración pública, es indiferente que se trate de una actuación sea reglada, como por ejemplo la adopción de resoluciones disciplinarias o sancionadoras, o discrecional. En este último caso, las SSTC 17/1996, 202/1997, 31/2014 y 98/2003 afirman que esta doctrina se aplica también en supuestos de decisiones discrecionales de una administración como puede ser el cese en un puesto de libre designación, cuando tales decisiones son contrarias a los derechos fundamentales debido a que la libertad de cese es una libre facultad que, en el plano de la constitucionalidad, también “queda limitada por el respeto a los derechos fundamentales”, actuando siempre con objetividad y plena sumisión a la legalidad (arts. 103.1 y 106.1 CE), sin arbitrariedad (art. 9.3 CE), y sujeta a la obligación de acreditar la regularidad de sus actos cuando por parte de sus empleados se haya ofrecido un principio de prueba indicativo de una posible vulneración de un derecho fundamental (STC 111/2002, de 16 de junio, FJ 5).

X. CONCLUSIONES

Debe subrayarse, en primer lugar, el avance que supone para el ordenamiento jurídico español la asunción del principio de no discriminación por razón de discapacidad como contenido normativo y valorativo de gran funcionalidad integradora de las personas en el marco de la sociedad democrática avanzada que proclama la Constitución de 1978 en coherencia con los principios del art. 10.1 CE (dignidad, libre desarrollo de los demás, respeto a los derechos de los demás...).

Ahora bien, a partir de elementos de constitucionalidad directa e indirecta, la configuración jurisprudencial española de los derechos de las personas con discapacidad afrontada por el Tribunal Constitucional, lejos de valorarse como un mero logro jurisprudencial derivado de sus funciones garantista e interpretativa, debe ser considerada un resultado ineludible del contenido formal de la Constitución multinivel que rige nuestro Estado.

Antes de que el Tribunal Constitucional español corrigiera por la vía del recurso de amparo al Tribunal Supremo y al Poder Ejecutivo, o a empleadores de relaciones laborales desconocedores de las reglas básicas de la no discriminación, ya la ONU y la Unión Europea se habían hecho eco en convenciones, cartas de derechos y directivas, de los avances aprobados en los Estados más vanguardista sobre el tratamiento de los derechos de las personas con discapacidad desde la perspectiva del enfoque de derechos.

El ejemplo, la experiencia y el estudio comparado de esas legislaciones nacionales y la creación de categorías doctrinales o jurisprudenciales en el ámbito de la igualdad, como son los ajustes razonables, la discriminación directa e indirecta, o la discriminación refleja, han posibilitado la

expansión del principio de no discriminación por razón de discapacidad a los tres niveles de legislación/gobierno del Estado: Unión Europea, instancias centrales e instancias autonómicas.

Y, en segundo lugar, la gran potencialidad de crecimiento que presenta esta jurisprudencia tanto en ámbitos del Derecho Público como sobre todo del Derecho Privado, con recorridos que, previamente, precisarán corregir el régimen jurídico de una materia anclada en conceptos necesitados de actualización que acusan ya el paso de tiempo (discapacidad, barrera...).

Tras las primeras fases del camino, se advierten otras etapas abiertas en otros Estados que España aún debe recorrer, principalmente en materia contractual (seguros médicos...), familiar, educativa y, sobre todo, laboral: la contratación laboral y sus requisitos médicos, de aptitud o de cualificación, el salario, las asignaciones laborales, la adaptación razonable y la accesibilidad, los ascensos, el despido temporal, la formación y la capacitación profesionales, el modo de disfrute de los beneficios, los microacosos encubiertos de bromas a personas con discapacidad o que la tuvieron en el pasado, planes de mejora y buenas prácticas...

En última instancia, de la investigación jurídico-comparada, de la reclamación permanente de personas y entidades, y de la ampliación de los ámbitos de discapacidad atendidos por los poderes públicos, y en particular por el Tribunal Constitucional, depende el cumplimiento cabal de la función de integración constitucional, sin cuya observancia ni una Constitución puede ser funcional y normativa, ni el Estado regulado por ella puede insertarse con solvencia en el marco de la constitucionalidad común europea.

Mientras tanto, podemos concluir advirtiendo el carácter avanzando, pero también limitado y fragmentado que presenta la doctrina jurisprudencial de la discriminación por razón de discapacidad.

XI. BIBLIOGRAFÍA

AGLIATA, M., “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de no discriminación por razón de discapacidad: las nociones de "hándicap" y "soluciones razonables", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 2, 2015, pp 99-105.

ALCÁZAR ORTIZ, S., “Trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, discapacidad, ajustes razonables, extinción por causas objetivas y discriminación indirecta”, F. J. Gárate Castro (dir.), Y. Maneiro Vázquez (dir.) et al, *La respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*. Universidad de Santiago de Compostel. 2020, pp. 507-513.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A. “Democracia laboral en Marruecos”, *Revista de Estudios Fronterizos del Estrecho de Gibraltar*, 7, 2019, pp. 1-12.

BIEL PORTERO, I., “Los derechos de las personas con discapacidad y las personas con movilidad reducida en el transporte aéreo. Comentario al Reglamento (CE) nº 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006”. *Revista General de Derecho Europeo*, nº 13, 2007, pp. 1-16.

BARRANCO, M.C., “Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos”,

Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 47, Dykinson, Madrid 2011.

BARTLETT, P., LEWIS O., THOROLD, O., *Mental disability and the European Convention on Human Rights*. Leiden, Boston. Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

BIFULCO, R., M. CARTABIA y A. CELLOTTO (cords). *L'Europa dei Diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Il Mulino, Bolonia, 2001.

BLÁZQUEZ PEINADO, M.D. “No discriminación en razón de la discapacidad: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la luz de la Directiva 200/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación”, M. J. Aznar Gómez; J. Cardona Llorens, J. A. Pueyo Losa, J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto, J.M. Sobrino Heredia, M. Pérez Gómez, *Estudios de derecho internacional y de derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*. Vol. 2. Tirant lo Blanc. Universidad de Santiago de Compostela. Valencia. 2012, pp. 1385-1404.

CABRA DE LUNA, M.A., “Comentario sobre la Sentencia de 18/1/2018 del TJUE (Asunto C-270/16): discriminación por razón de discapacidad en el caso de despido de un trabajador por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, 3, 2018, pp. 265-267.

CÁMARA BOTÍA, A., “Vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de edad y discapacidad: resoluciones administrativas y judiciales que, al examinar una solicitud de ayuda para situación de dependencia, aplican indebidamente una regla de exclusión por edad”. En M. ALONSO OLEA, A. MONTOYA MELGAR, A. V. SEMPERE NAVARRO, C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, Á. ARIAS DOMÍNGUEZ (dirs), *Jurisprudencia*

Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social, Tomo XXXVI (2015-2018). Thomson-Aranzadi. Navarra, pp. 1389-1396.

CUENCA GÓMEZ, P., Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, Dykinson, Madrid, 2010.

----- “Revisando el tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Consejo de Europa desde la Convención de la ONU”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 20, 2012, pp. 213-246.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., “Igualdad y acceso al empleo de las personas con discapacidad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 138, 2008, pp. 377-406.

FERNÁNDEZ ALLES, M.T., FERNÁNDEZ ALLES, J.J. “El Derecho europeo de la discapacidad: base jurídica y configuración jurisprudencial”, *Revista General de Derecho Europeo*, 32, 2014, pp. 1-28.

FLYNN, E., *From rhetoric to action: Implementing the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. Cambridge. New York. Cambridge University Press, 2011.

GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La discriminación por discapacidad en las extinciones por ineptitud sobrevenida. Comentario a la STS de 22 de febrero de 2018 (Rec 160/2016)”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 5, 2018, pp. 525-530.

MAGRO SERVET, V., “La no discriminación a trabajadores no discapacitados al cuidado de una persona con discapacidad en la jurisprudencia del TJUE”, *La Ley. Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, 2, 2014, pp. 102-107.

MARAVALL GÓMEZ-ALLENDE, H., “La protección de los ciudadanos

europes con discapacidad: las políticas sociales de integración y de igualdad de oportunidades”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 11, 2006, pp. 195-214.

MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. y FERNÁNDEZ LIESA, C. (Cord.): *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*, Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.

MONACO, M.P., “La discriminación por razón de edad y discapacidad en la Unión Europea. Un análisis desde el derecho italiano”, *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 5, 2013, pp. 107-130.

MORETÓN SANZ, M.F., “Nuevas perspectivas jurídicas en materia de no discriminación por razón de edad, discapacidad o dependencia”, M. Crespo Garrido, M. F. Moretón Sanz, *Discriminación por razón de edad y de sexo: retos pendientes del Estado social*. COLEX. Madrid, 2010, pp. 35-52.

MUÑOZ RUIZ, A. B., “El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores”. *Temas laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 101, 2009, pp. 321-339.

NAVAS NAVARRO, S., “Discriminación directa por razón de discapacidad (STEDH de 30 de abril de 2009, Glor v. Suiza)”, J. J. García Medina, C. Guilarte Martín Calero (disr.), *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*. Thomson-Aranzadi. Navarra. Navarra, 2016, pp. 413-416.

PRECIADO DOMÈNECH, H. “Alcance de los ajustes razonables: obligación de recolocación. STJUE (Sala Tercera) de 10 de febrero de 2022 (asunto C-485/20)”, *Anuario 2022 de Jurisprudencia Laboral Estudio de 100 casos relevantes*, 2023, pp. 133-138.

RAMOS, J.A., ALDA FERNÁNDEZ, M., “Relaciones intergubernamentales en tiempos revueltos: El Estado Autonómico entre la gran recesión y la Covid-19, pasando por el procés”, *Revista Iberoamericana de Relaciones Intergubernamentales*, 1, 2020, pp- 1-42.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La promoción de los cupos de reserva a favor de las personas con discapacidad en el nuevo contexto normativo sobre empleo público”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 4, 2010, pp. 81-113.

ROMERO RÓDENAS, M.J. “Igualdad en el ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social y prohibición de discriminación por razón de discapacidad: A propósito de la STC 172/2021, de 7 de octubre”, *Revista de Derecho Social*, 96, 2021, pp. 151-165.

SOLER ARREBOLA, J.A., “Particularidades en el acceso al empleo público de personas con discapacidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº 6/2009, pp. 63-89.

WOLFGANG SARLET, I., “Los derechos sociales a prestaciones en tiempos de crisis”, en PRESNO LINERA, M.A. (coord.), *Crisis económica y atención a las personas y grupos vulnerables*. Universidad de Oviedo. 2012, pp. 4-27.