

EL DERECHO EUROPEO DE LA DISCAPACIDAD: BASE JURÍDICA Y CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL (2006-2013)

Por

MARÍA TERESA FERNÁNDEZ ALLES / JOSÉ JOAQUÍN FERNÁNDEZ ALLES
Profesora Titular / Profesor Titular
Universidad de Cádiz / Universidad de Cádiz

Teresa.alles@uca.es / Joaquin.alles@uca.es

Revista General de Derecho Europeo 32 (2014)

Recibido: 11/11/2013

Aceptado: 28/2/2013

RESUMEN: Las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y los regímenes constitucionales de los Estados miembros han encontrado un ámbito avanzado de entendimiento de los derechos a partir de la regulación del marco europeo de los derechos de las personas con discapacidad, cuyo acervo normativo, inspirado en la Estrategia Europea de la Discapacidad 2010-2020, ha sido complementado por relevantes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya doctrina permite establecer ya el concepto europeo de discapacidad, los elementos objetivos y subjetivos que caracterizan su contenido, la base jurídica de su sistema competencial, así como su fundamentación jurídica vinculada al derecho de igualdad y no discriminación, con inversión de la carga probatoria. En síntesis, el Derecho europeo de la discapacidad se define como un conjunto normativo configurado jurisprudencialmente a través de conceptos como accesibilidad, ajustes razonables o cargas proporcionadas que, en todo caso, debe ser sistematizado por el Derecho europeo sobre la discapacidad para superar su actual complejidad jurídica y su fragmentación normativa.

PALABRAS CLAVE: personas con discapacidad; discapacidad; accesibilidad; marco europeo; igualdad; discriminación; ajustes razonables.

SUMARIO: I. EL MARCO EUROPEO DE LA DISCAPACIDAD: LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO EUROPEO SOBRE DISCAPACIDAD (2006-2013). II. LA DISCAPACIDAD EN LA TEORÍA EUROPEA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. III. LA BASE JURÍDICA DEL SISTEMA COMPETENCIAL EUROPEO DE LA DISCAPACIDAD. IV. LA CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD POR EL TJUE: ÁMBITO SUBJETIVO. V. LA CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD POR EL TJUE: ÁMBITO OBJETIVO. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

**EUROPEAN LAW ON DISABILITY: LEGAL BASIS AND JURISPRUDENCE
(2006-2013)**

ABSTRACT: The relationship between European Union Law and constitutional regimes of the Member states have found an advanced context of understanding of the rights in the European framework regulation of the rights of persons with disabilities. This Framework is inspired by European Disability Strategy 2010-2020 and has been completed by relevant judgments of the Court of Justice of the European Union, whose jurisprudential doctrine allows to determine the concept of disability, their objective and subjective elements, the legal basis of the competential system and its theoretical justification, linked to the right to equality and non-discrimination and implemented with reversal of burden of proof. We can define the European Law of Disability as a set of rules configured by Court of Justice of the European Union from concepts as accessibility, reasonable adjustments or proportional charges, which contents should be systematized to overcome their current judicial and regulatory fragmentation.

KEYWORDS: persons with disabilities; disability; accessibility; european framework; equality; discrimination; reasonable accommodation.

I. EL MARCO EUROPEO DE LA DISCAPACIDAD: LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO EUROPEO SOBRE DISCAPACIDAD (2006-2013)

1. Nuevas claves del Derecho europeo de la discapacidad

En el periodo 2006-2013, el Derecho europeo sobre la discapacidad ha sido configurado, legislativa y jurisprudencialmente, como un conjunto normativo integrado por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, el TUE, el TFUE, la Estrategia Europea de la Discapacidad 2010-2020 y la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 15 de noviembre de 2010, relativa a un nuevo marco europeo de la discapacidad¹, sustentado en los valores consagrados en los tratados europeos, la Estrategia Europa 2020 y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo de 13 de diciembre de 2006. Además, la Agencia Europea de Derechos Fundamentales publicó el día el 25 de julio de 2013 el *Informe sobre Derechos Fundamentales de las personas con discapacidad intelectual y personas con problemas de salud mental*.

Este acervo normativo sobre la discapacidad, cuyo contenido es decisivo para la promoción de la ciudadanía social europea, también ha sido configurado jurisprudencialmente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quien ha dictado en 2013 dos importantes sentencias -la Sentencia del TJUE de 18 de abril de 2013, Asunto *Jette Ring y Dansk almennyttigt Boligselskab*, C-335/11, y la Sentencia del TJUE de 4 de julio de

¹ Resolución del Consejo de la Unión Europea y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, relativa a un nuevo marco europeo de la Discapacidad. *DOUE* 2010/C 316/01, pp. 1-4. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:316:0001:0004:ES:PDF>

2013 Asunto *Comisión contra Italia*, C-312/11²-, que permiten avanzar de forma muy relevante en el proceso de delimitación del Derecho europeo de la discapacidad y determinar de forma ya bien precisa su concepto, sus elementos objetivos y subjetivos y los contenidos más sustantivos de su regulación.

Mientras la primera de las sentencias citadas establece de forma completa un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación tomando como base la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre³, la segunda resolución condena a Italia por el incumplimiento de su obligación de transponer de forma correcta y completa esta Directiva, todo ello en un contexto de inminente reforma de las legislaciones estatales sobre la discapacidad por casi todos los Estados miembros de la Unión Europea. Precisamente en este contexto de aplicación a nivel estatal de la configuración europea de esta materia, España aprobó la Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020 y la Disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en cuya virtud se ha promulgado 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 social⁴.

En síntesis, podemos afirmar que por el interés normativo y científico de este avanzado proceso de configuración normativa y jurisprudencial, parece oportuno plantear ya la sistematización doctrinal y delimitación conceptual del Derecho europeo sobre discapacidad, cuya base jurídica y configuración jurisprudencial concretan los fundamentos y evidencian las carencias del denominado “marco europeo de la discapacidad” y de las reformas legislativas que, con distinta intensidad y finalidad, deben afrontar de forma inminente los Estados miembros. Tres consideraciones debemos realizar al respecto.

En primer lugar, el Derecho europeo de la discapacidad es resultado del proceso de incorporación normativa e integración jurídica que Naciones Unidas ha impulsado al am-

² Según el apartado 68 y el fallo de la Sentencia de 4 de julio de 2013, “La República Italiana ha faltado a su obligación de transponer de forma correcta y completa el artículo 5 de la Directiva 2000 / 78/CE del Consejo de 27 de noviembre 2000, que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y las condiciones de trabajo”. Sentencia del TJUE DE 4 de julio de 2013 *Asunto Comisión contra Italia*, C-312/11, Rec. 2013. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62011CJ0312:IT:HTML>

³ 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. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:303:0016:0016:ES:PDF>; SOLER ARREBOLA, J.A., “Particularidades en el acceso al empleo público de personas con discapacidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº 6/2009, pp. 72-73.

⁴ *Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020*, http://www.msssi.gob.es/ssi/discapacidad/docs/estrategia_espanola_discapacidad_2012_2020.pdf; y 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. *BOE* núm. 289, de 3 de diciembre de 2013.

paro del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (en adelante, DUDH) sobre los derechos socioeconómicos de las personas con discapacidad (*the socio-economic rights of people with disabilities*) y del derecho a un adecuado nivel de vida de las personas (*the right to an adequate standard of living*), incluyendo el derecho a los alimentos, vestido, vivienda, asistencia sanitaria y servicios sociales, y el derecho a la seguridad en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, viudedad y tercera edad. El artículo 7 de la propia Declaración garantiza la igualdad ante la ley y la igualdad protección de la ley para todas las personas y contra la discriminación, y proclama un objetivo que fue retomado especialmente en la 85ª Reunión Plenaria de Naciones Unidas, concretada en la Resolución A/RES/48/96 reguladora de las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con discapacidad, de 22 de diciembre de 1993⁵, cuyo mayor protección se alcanzó con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo de 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU)⁶. Estas disposiciones son de capital en importancia puesto que asumieron el cambio de paradigma del enfoque de las políticas sobre discapacidad -incluida la terminología: personas con discapacidad y no discapitados- y superaron la perspectiva asistencial a favor de una teoría basada en los derechos humanos: las personas con discapacidad son plenamente tratadas como sujetos titulares de derechos y no como meros objetos de tratamiento y protección social⁷.

En cumplimiento del citado objetivo, la Convención de 2006 se fundamenta en la existencia de una sociedad abierta e inclusiva que ha acoger a las personas con discapacidad y lograr la igualdad de oportunidades con respecto al conjunto de los ciudadanos, adoptando la perspectiva de las capacidades diferenciadas y de la diversidad funcional de una importante parte de la población mundial, que se estima en 650 millones de personas, un diez por ciento de los seres humanos. Asimismo, la Convención asume los principios de respeto a la dignidad inherente a la persona, la autonomía individual, incluida la libertad para tomar las propias decisiones, la independencia de cada ser humano, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, la

⁵ Resolución aprobada por la Asamblea General, Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con discapacidad, de 22 de diciembre de 1993, <http://www.un.org/documents/ga/res/48/ares48-96s.htm>

⁶ España ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo el día 21 de abril de 2008, y entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año.

⁷ FLYNN, E., *From rhetoric to action: Implementing the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. Cambridge. New York. Cambridge University Press, 2011, pp. 27-35; 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, pp. 17-25.

igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como manifestación de la diversidad y la condición humana.

En segundo lugar, el Derecho europeo de la discapacidad se inserta en el concepto de ciudadanía social europea, concebido previamente por el Consejo de Europa en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de la Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y en la Carta Social Europea de 1961⁸, basada esencialmente en el derecho de todos los ciudadanos a no sufrir discriminación. En desarrollo de ese concepto de ciudadanía, el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDF), prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional (...) discapacidad (...); y su artículo 26, bajo la rúbrica *Integración de las personas discapacitadas*, reconoce el derecho de las “personas discapacitadas”, que representan más del 15% de la población de la Unión Europea, a “beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”⁹.

Así regulado, y bajo el impulso de los principios de la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 de 15 de noviembre de 2010, así como de las orientaciones de los informes de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA) -que aprobó en 2009 su primer proyecto sobre discapacidad en 2009 y publicó el día 25 de julio de 2013 el citado Informe sobre Derechos Fundamentales de las personas con discapacidad intelectual y personas con problemas de salud mental¹⁰-, el Derecho europeo de la discapacidad queda vinculado a los derechos de todas las personas que se encuentren en situación legal de discapacidad, que ya forma parte sustantiva del estatuto de ciudadanía de la Unión Europea. Como disponen los apartados 80 y 81 de la sentencia TJCE\2011\222, de 21 de julio, invocando las sentencias de 20 de septiembre de 2001, TJCE 2001/235, Grzelczyk, C-184/99, apartado 31; D’Hoop, TJCE 2002/221, apartado 28, y de 23 de abril

⁸ Carta Social Europea de 1961, artículo 15; BIEL PORTERO, I., “El primer Tratado de Derechos Humanos celebrado por la Unión Europea: La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 21, 2010, pp. 14-17.

⁹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Título III, Igualdad, artículo 26. Integración de las personas discapacitadas. Diario Oficial nº 303 de 14 de diciembre de 2007, p. 8. C2010/083/02. *Diario Oficial* nº C 083 de 30 de marzo de 2010, pp. 389 - 403.

¹⁰ Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones*. Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras, de 15 de noviembre de 2010. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0636:FIN:ES:PDF>, y Agencia Europea de Derechos Fundamentales, *Fundamental rights of persons with intellectual disabilities and persons with mental health problems*, <http://fra.europa.eu/sites/default/files/legal-capacity-intellectual-disabilities-mental-health-problem.pdf>. Consultado: 7 de octubre de 2013.

de 2009, TJCE 2009,/97, Rüffler, C-544/07, el estatuto de ciudadano de la Unión está destinado a convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros, permitiendo que los ciudadanos que se encuentran en la misma situación puedan obtener el mismo trato jurídico en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto.

En el caso de las personas con discapacidad, el principio de igualdad de oportunidades, la protección contra la discriminación y la promoción de la participación en la vida de la comunidad de todas las personas con independencia de su discapacidad, también han sido los fundamentos del marco normativo de la accesibilidad y el diseño universal en la Unión Europea, aplicable al transporte, la educación o la sanidad, o al régimen jurídico de la igualdad en el empleo¹¹. Concretamente, según la Estrategia 2012-2020, se entiende por “accesibilidad” el acceso de las personas con discapacidad, en las mismas condiciones que el resto de la población, al entorno físico, al transporte, a las tecnologías y los sistemas de la información y las comunicaciones (TIC), y a otras instalaciones y servicios.

En tercer lugar, el Derecho europeo sobre la discapacidad está situado entre dos principios contrapuestos cuyo incorrecto entendimiento puede comprometer el alcance y la protección de las personas con discapacidad: por una parte, el principio de igualdad de oportunidades y, por otra, el principio de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera motivados por la crisis económica. Como afirma la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020, la crisis económica ha repercutido negativamente en la situación de las personas con discapacidad¹² y en la vigencia del Estado social, que ha sido limitado por el principio de estabilidad presupuestaria, tanto en el Derecho de la Unión Europea como en el ordenamiento estatal. En el ordenamiento español, el artículo 135 de la Constitución de 1978 (en adelante, CE), reformado el 27 de septiembre de 2011, y la LO 2/2011, de 27 de abril, Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Finan-

¹¹ Resolución, de 11 de mayo de 1981, sobre la integración económica, social y profesional de los minusválidos en la Comunidad; Resolución, de 15 de enero de 2004, sobre la Comunicación sobre el futuro de la asistencia sanitaria y la atención a las personas mayores; y Resolución, de 8 de septiembre de 2005, sobre nuevas perspectivas y los nuevos retos para un turismo europeo sostenible. Véase SOLER ARREBOLA, J.A., “Particularidades en el acceso al empleo público de personas con discapacidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº 6, 2009, pp. 63-69; y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., “Igualdad y acceso al empleo de las personas con discapacidad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 138, 2008, pp. 377-378.

¹² *Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020*, cit., p. 4; PRESNO LINERA, M.A., “Introducción: lo esencial de la crisis sigue siendo invisible” y SARLET, I.W., “Los derechos sociales a las prestaciones en tiempos de crisis”, en PRESNO LINERA, M.A. (coor.), *Crisis económica y atención a las personas y grupos vulnerables*. Universidad de Oviedo. 2012, pp. 15-38, y pp. 41-52, respectivamente; ANDREW POWER, J., *Active citizenship and disability: implementing the personalisation of support*. New York. Cambridge University Press. 2013, pp. 11-51.

ciera, elevan los principios de estabilidad, sostenibilidad y eficiencia a la condición de límites del Estado social y canon de constitucionalidad, con efectiva repercusión desde 2012 en las políticas sobre servicios sociales y, en particular, los destinados a las personas con discapacidad¹³. De gran impacto han sido sus consecuencias en la aplicabilidad a nivel estatal y autonómico del Derecho europeo con discapacidad, particularmente por la paralización y restricción de la financiación de las prestaciones de servicios sociales y a las personas dependientes¹⁴.

2. La evolución del acervo normativo de la discapacidad

Con el antecedente de la Resolución del Consejo, de 27 de junio de 1974, relativa al establecimiento del primer programa de acción comunitaria para la readaptación profesional de los minusválidos¹⁵, la evolución normativa europea sobre la discapacidad ha cursado conforme al siguiente itinerario:

2.1. *La etapa de la integración social (1981-1996)*

Esta fase está formada por la aprobación de la Resolución del Parlamento Europeo sobre la integración económica, social y profesional de los minusválidos en la Comunidad, de 11 de mayo de 1981, y por otros diversos documentos normativos y no normativos: la Comunicación de la Comisión sobre las líneas directrices de una acción comunitaria para la inserción social de los minusválidos, de 4 de noviembre de 1981; la Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros reunidos en la sede del Consejo, de 22 de diciembre de 1981, sobre la integración social de los minusválidos; la Recomendación 86/379/CEE, de 24 de julio de 1986, sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad, que estableció un marco de orientación que enumera ejemplos de acciones positivas para el fomento del empleo y de la formación profesional de los minusválidos; el Programa Helios I (1988); la Resolución del Consejo y los ministros de Educación reunidos en Consejo, de 31 de mayo de 1990, relativa

¹³ Léase sobre la regresión de los niveles constitucionales de protección social en el contexto del Estado social, RUIZ-RICO RUIZ, G., "La Constitución normativa y el principio de la estabilidad presupuestaria", *Istituzioni del Federalismo. Rivista di studi giuridici e politici*, nº 1, 2013, pp. 229-262 http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/Rivista_1_2013/Ruiz.pdf

¹⁴ Véase 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, p. 5.

¹⁵ Resolución del Consejo, de 27 de junio de 1974, relativa al establecimiento del primer programa de acción comunitaria para la readaptación profesional de los minusválidos. *Diario Oficial* nº C 080 de 09/07/1974 p. 0030 - 0032; Sobre la aceptación de estos principios por el Derecho de la Unión Europea, MANGAS MARTÍN, A., "Integración de las personas discapacitadas", MANGAS MARTÍN, A. (coord.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*. Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 459-472.

a la integración de los niños y jóvenes minusválidos en los sistemas educativos ordinarios¹⁶, el Programa Helios II (1993) y la Comunicación sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Minusvalías (1996).

También debemos enumerar en esta fase un conjunto de otras resoluciones del Parlamento Europeo además de la citada de 1981, particularmente la Resolución sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad (1995), que urge a la Comisión Europea, a tomar medidas para garantizar la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad; la Resolución sobre las amenazas al derecho a la vida de las personas con discapacidad (1996), que tiene por objeto proteger el derecho a la vida y afirma que el Parlamento Europeo se opone a la práctica de la eutanasia activa de los pacientes en estado vegetativo persistente y de recién nacidos “discapacitados” (sic), y la Resolución sobre la Comunicación de la Comisión sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidades (1997), cuyo contenido reconoce que hay 37 millones de personas con discapacidad en la Unión Europea que no disfrutaban de los derechos civiles y humanos plenos y recuerda a los Estados miembros de su responsabilidad de aplicar las leyes de protección de la discapacidad en el ámbito nacional¹⁷.

2.2. La etapa del impulso del Tratado de Ámsterdam (1997-1999)

Esta fase constituyó un hito en la evolución del Derecho europeo de la discapacidad porque el Tratado de Ámsterdam (1997), cuyo texto recogió aspectos relacionados con la discriminación, hace referencia en los artículos 6 y 13 a la adopción de planes de acción para la integración social de las personas con discapacidad por parte de los países de la Unión Europea.

A tal fin, resultó decisiva la introducción del artículo 13 del TCE: “Sin perjuicio de las otras disposiciones del presente tratado y dentro de los límites de las competencias que éste confiere a la Comunidad, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y

¹⁶ Resolución del Consejo y los ministros de Educación reunidos en Consejo, de 31 de mayo de 1990, relativa a la integración de los niños y jóvenes minusválidos en los sistemas educativos ordinarios. *Diario Oficial* n° C 162 de 03 de julio de 1990 pp. 2-3.

¹⁷ Debe destacarse también la actividad de control parlamentaria sobre la discapacidad, Pregunta escrita E-0793/03 de Sérgio Marques (PPE-DE) a la Comisión. Año Europeo de las personas con discapacidad - 2003. *Diario Oficial* n° 222 E de 18 de septiembre de 2003, pp. 235 - 236; Pregunta escrita E-2350/02 de Alexandros Alavanos (GUE/NGL) a la Comisión. Niños con discapacidades múltiples. *Diario Oficial* n° 192 E de 14 de agosto de 2003, p. 59-60. C2003/100/14. Pregunta escrita E-0961/02 de Reinhold Messner (Verts/ALE) a la Comisión. Discriminación de personas discapacitadas. *Diario Oficial* n° 229 E de 26 de septiembre de 2002, p. 167-167; Pregunta escrita n. 3671/97 del Patricia McKENNA a la Comisión. Derechos a prestaciones sociales de las personas con discapacidades que se trasladan de un Estado a otro dentro de la UE. *Diario Oficial* n° C 174 de 8 de junio de 1998, p. 96. Pregunta escrita n. 2748/97 del Glenys KINNOCK a la Comisión. Derechos de los trabajadores discapacitados en la UE. *Diario Oficial* n° C 082 de 17 de marzo de 1998, p. 136. Pregunta escrita n. 1034/96 del Richard HOWITT a la Comisión. Política de desarrollo y discapacidades. *Diario Oficial* n° C 297 de 8 de octubre de 1996, p. 72.

previa consulta al Parlamento europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. No solo se reconocía por vez primera la discapacidad como causa de discriminación, aunque sin prohibirla, sino que además se autorizaba al Consejo a adoptar las medidas necesarias para luchar contra la discriminación.

Asimismo, debemos citar la Resolución de 11 de abril 1997 sobre igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía; y la Resolución de 17 de junio de 1999, relativa a la igualdad de oportunidades laborales de las personas con minusvalías afirmó la importancia de prestar una atención específica, en particular, a la contratación, al mantenimiento de los trabajadores en el empleo y a la formación y formación permanente de los minusválidos¹⁸.

2.3. *La Carta de Derechos Fundamentales de la UE y la Directiva 2000/78/CE*

En el mismo año de la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 2000), se aprueba la citada Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, cuyo considerando 11º dispone que la discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular, el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas¹⁹.

Como complemento de la Directiva 2000/78, debemos mencionar la Comunicación 284, de 12 de mayo de 2000, *Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad*, de la Comisión Europea; la Comunicación 529, de 25 de septiembre de 2001, *de Accesibilidad de los sitios Web públicos y de su contenido*; la Resolución sobre Principios de Diseño Universal en los currícula de todas las actividades relacionadas con el entorno de la construcción de 15 de febrero de 2001; la Comunicación e_Europe 2002 sobre la accesibilidad de los sitios Web públicos y de su contenido, de 13 de junio de 2002; la Comunicación 650, de 30 de octubre de 2003, de Igualdad de Oportunidades para las personas con discapacidad, un plan de acción europeo; y finalmente cuatro importantes Resoluciones del Consejo: la Resolución del Consejo de 15 de julio de 2003

¹⁸ Resolución del Consejo, de 17 de junio de 1999, relativa a la igualdad de oportunidades laborales de las personas con minusvalías. *Diario Oficial* n° C 186 de 2 de julio de 1999, pp. 3-4.

¹⁹ Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación L 303/16 ES *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 2 de diciembre de 2000. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:303:0016:0016:ES:PDF>

sobre el fomento del empleo y de la inclusión social de las personas con discapacidad; la Resolución del Consejo de 6 de mayo de 2003 sobre la accesibilidad de las infraestructuras y las actividades culturales para las personas con discapacidad; la Resolución del Consejo de 5 de mayo de 2003 sobre la igualdad de oportunidades en educación y formación para los alumnos y estudiantes con discapacidad; y la Resolución del Consejo de 6 de febrero de 2003 sobre *Accesibilidad electrónica: Mejorar el acceso de las personas con discapacidad a la sociedad del conocimiento*²⁰.

También en esta etapa debemos ubicar la Resolución de 15 de enero de 2004, sobre la Comunicación sobre el futuro de la asistencia sanitaria y la atención a las personas mayores, garantizar la accesibilidad, la calidad y la sostenibilidad financiera; la Resolución de 8 de septiembre de 2005, sobre nuevas perspectivas y los nuevos retos para un turismo europeo sostenible; la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de abril de 2007, sobre la situación de las mujeres con discapacidad en la Unión Europea (2006/2277(INI))²¹; la Resolución del Consejo de la Unión Europea y los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el Consejo el 17 de marzo de 2008 relativa a la situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea²²; el Reglamento (CE) n° 365/2008 de la Comisión, de 23 de abril de 2008, por el que se adopta el programa de módulos *ad hoc*, que cubre los años 2010, 2011 y 2012, para la encuesta muestral de población activa establecida en el Reglamento (CE) n° 577/98²³; y el Reglamento (UE) n° 317/2010 de la Comisión, de 16 de abril de 2010, por el que se adoptan las especificaciones del módulo *ad hoc* de 2011 sobre el empleo de las personas con discapacidad, para la encuesta muestral de población activa establecida en el

²⁰ Resolución del Consejo de 15 de julio de 2003 sobre el fomento del empleo y de la inclusión social de las personas con discapacidad. *Diario Oficial* n° C 175 de 24 de julio de 2003, p. 1 - 2; la Resolución del Consejo de 6 de mayo de 2003 sobre la accesibilidad de las infraestructuras y las actividades culturales para las personas con discapacidad. *Diario Oficial* n° C 134 de 07/06/2003 p. 0007 - 0008; Resolución del Consejo de 5 de mayo de 2003 sobre la igualdad de oportunidades en educación y formación para los alumnos y estudiantes con discapacidad. *Diario Oficial* n° C 134 de 7 de junio de 2003, pp. 6-7; Resolución del Consejo de 6 de febrero de 2003 sobre "Accesibilidad electrónica" - Mejorar el acceso de las personas con discapacidad a la sociedad del conocimiento. *Diario Oficial* n° C 039 de 18 de febrero de 2003, pp. 5-7.

²¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de abril de 2007, sobre la situación de las mujeres con discapacidad en la Unión Europea (2006/2277(INI)). *Diario Oficial* n° 074 E de 20 de marzo de 2008, pp. 742-747.

²² Resolución del Consejo de la Unión Europea y los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el Consejo el 17 de marzo de 2008 relativa a la situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea, *Diario Oficial* n° C 075 de 26 de marzo 2008, pp. 1-4.

²³ 2008/164/CE: Decisión de la Comisión, de 21 de diciembre de 2007, sobre la especificación técnica de interoperabilidad relativa a las personas de movilidad reducida en los sistemas ferroviarios transeuropeos convencional y de alta velocidad, notificada con el número C(2007) 6633. *Diario Oficial* n° L 064 de 07 de marzo de 2008, pp. 72-207.

Reglamento (CE) nº 577/98 del Consejo²⁴. Completan esta etapa un conjunto de Dictámenes sobre el Derecho europeo de la discapacidad²⁵.

Por último, como anticipo del denominado “Marco europeo de la discapacidad” y de la Estrategia 2010-2020, en 2006 se aprobó la Recomendación Rec(2006)5 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”, entre cuyos principios fundamentales cabe citar la no discriminación, la igualdad de oportunidades y la plena participación en la sociedad de todas las personas con discapacidad²⁶.

²⁴ Reglamento (UE) nº 317/2010 de la Comisión, de 16 de abril de 2010, por el que se adoptan las especificaciones del módulo ad hoc de 2011 sobre el empleo de las personas con discapacidad, para la encuesta muestral de población activa establecida en el Reglamento (CE) nº 577/98 del Consejo (Texto pertinente a efectos del EEE). *Diario Oficial* nº L 097 de 17 de abril de 2010, pp. 3-9.

²⁵ Dictamen del Comité de las Regiones sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones - Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad”. *Diario Oficial* nº C 144 de 16 de mayo de 2001, p. 0067 - 0069; Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - Hacia un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad” (COM(2003) 16 final), *Diario Oficial* nº C 133 de 6 de junio de 2003, p. 50 - 52; Dictamen del Comité de las Regiones sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo. *Diario Oficial* nº C 121 de 30 de abril 2004, p. 28 - 31; Dictamen del Comité Económico y Social Europeo Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. *Diario Oficial* nº C 093 de 27 de abril de 2007, p. 32 - 0038; Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Inclusión social” (Dictamen exploratorio). *Diario Oficial* nº C 128 de 18 de mayo de 2010, pp. 10-17.

²⁶ Sobre el desarrollo normativo sectorial de esta materia, deben destacarse las siguientes normas: la Resolución de 2 de abril 2002, Derechos de las personas con discapacidad y de edad avanzada en los países ACP; la Resolución de 15 de julio 2003, sobre fomento del empleo y de la inclusión social de las personas con discapacidad; la Resolución de 6 de mayo 2003, sobre Accesibilidad de las infraestructuras y las actividades culturales para las personas con discapacidad; la Resolución de 6 de febrero 2003, “Accesibilidad electrónica» para mejorar el acceso de las personas con discapacidad a la sociedad del conocimiento; el Reglamento (CE) nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos; el Reglamento (CE) 1107/2006, de 5 de julio, sobre Derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo; el Reglamento (CE) 1371/2007, de 23 de octubre, Derechos y obligaciones de los viajeros de ferrocarril; la Decisión 2008/164/CE, de 21 de diciembre, de especificación técnica de interoperabilidad relativa a las “personas de movilidad reducida” en los sistemas ferroviarios transeuropeos convencional y de alta velocidad y la Decisión 2011/940/UE, de 14 de septiembre, sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional; el Reglamento (CE) 987/2009, de 16 de septiembre, Adopta las normas de aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004, de 29-4-2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social; el Reglamento (UE) 1177/2010, de 24 de noviembre, Derechos de los pasajeros que viajan por mar y por vías navegables y que modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004, de 27-10; y el Reglamento (UE) 181/2011, de 16 de febrero, sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar y que modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004, de 27-10-2004. 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.

De cara al futuro, como conjunto normativo y conceptual exigido por la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020²⁷ y, en general, por el denominado marco europeo sobre discapacidad, el Derecho europeo de la discapacidad se ha enfrentado a cinco limitaciones: a) Su deficiente delimitación conceptual, parcialmente resuelta a partir de su progresiva configuración jurisprudencial -la STJUE de 11 de abril de 2013-; b) Su confuso anclaje en la teoría constitucional europea de los derechos fundamentales; c) Las dificultades del contexto presupuestario, motivadas por las exigencias del principio de estabilidad presupuestaria en los Estados miembros; d) Su complejo sistema competencial a partir de la regulación del artículo 19 del TFUE; y e) El fragmentario planteamiento del Derecho europeo de las personas con discapacidad como política de la Unión, necesitado de una vinculación con el principio de responsabilidad social. Como afirma la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020, los marcos político y regulatorio no reflejan adecuadamente las necesidades de las personas con discapacidad²⁸.

II. LA DISCAPACIDAD EN LA TEORÍA EUROPEA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. El nuevo entendimiento equilibrado sobre la discapacidad: Igualdad, diversidad e integración

En el contexto de un largo debate científico habido durante tres décadas y con el fundamento que le proporciona la teoría constitucional de la igualdad, el Derecho europeo sobre discapacidad ha adoptado una doctrina que supera la tesis de la integración y la tesis de la diversidad en esta materia para dar paso recientemente a un entendimiento equilibrado que toma contenidos de ambos métodos de justificación de las políticas para las personas con discapaci

con discapacidad, que se dirige a su integración social a través de la generalización y equiparación con los derechos que reconocen a las personas sin discapacidad²⁹. Conforme a esta fundamentación, el ámbito subjetivo de la discapacidad queda delimitado por su situación en el artículo 1 de la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, conforme al cual las personas con discapacidad “incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelec-

²⁷ Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones*, cit., pp. 1-4.

²⁸ *Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020*, cit., p. 4.

²⁹ BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*. Trad. de P. Ara , Barcelona, 1993, pp. 21 y ss.

tuales 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”

de los derechos de las Personas con Discapacidad, y su asunción se evidencia en su denominación, que alude a los “derechos de los discapacitados” (sic) y no a los derechos de las personas que se encuentran en situación de discapacidad, así como en su artículo 12.2, cuyo tenor dispone bajo la rúbrica “Igual reconocimiento como persona ante la ley” que todos los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida³⁰.

En segundo lugar, y frente a este método de la integración, se asume la fundamentación basada en la identidad de las personas con discapacidad (modelo de la diversidad o social), defendida por la Declaración de Madrid de 2000³¹ y presente en algunos preceptos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006³² y en España por la Ley 51/2003, de 3 de diciembre, de igualdad de las personas con

30

a las personas o colectivos en situación de discapacidad.

³¹ La Declaración de Madrid (2000), firmado los días 20-23 de marzo de 2002, sienta las bases de un nuevo marco conceptual para la Unión Europea, a escala nacional, regional y local, bases que pueden encontrarse en el preámbulo de la misma y que se presentan a continuación de forma textual, dada la riqueza de su contenido: 1. La discapacidad es una cuestión de derechos humanos. Las personas con discapacidad son titulares de los mismos derechos fundamentales que el resto de los ciudadanos. El primer artículo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos declara: "Todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos". A fin de alcanzar esta meta, todas las comunidades deben celebrar la diversidad en el seno de sí mismas, y deben asegurar que las personas con discapacidad puedan disfrutar de las distintas clases de derechos humanos: civiles, políticos, sociales, económicos y culturales reconocidos por las distintas Convenciones internacionales, el Tratado de la Unión Europea y en las constituciones nacionales. 2. Las personas con discapacidad desean la igualdad de oportunidades y no la caridad. La Unión Europea, al igual que otras muchas otras regiones del mundo, ha recorrido un largo camino durante las últimas décadas desde una concepción paternalista sobre las personas con discapacidad hasta otra que les faculta a decidir sobre sus propias vidas. Los viejos enfoques basados en gran medida en la compasión y en la indefensión se consideran inaceptables...

³² Art. 27.1 de la Convención: “Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables”, 13 de diciembre de 2006. <http://www.un.org/esa/socdev/enabled/documents/tcccconvs.pdf>; CUENCA GÓMEZ, P. (ed.), *al sobre los Derechos de las Personas con discapacidad*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 31-45.

discapacidad³³), con el objetivo de regular derechos específicos de las personas con discapacidad a partir de los caracteres o limitaciones que identifican a ciertas personas o colectivos.

Pues bien, aunque doctrinalmente parece defenderse la preferencia del modelo de la diversidad o social frente al modelo de la integración rehabilitador, a nuestro entender la jurisprudencia europea ha demostrado, como analizamos más abajo, la necesidad técnica de una coexistencia de estos dos modelos complementarios que permiten combinar equilibradamente elementos integradores y al mismo tiempo elementos respetuosos con la diversidad³⁴. De esta forma, conforme a una superación constructiva de ambos modelos y mediante su fusión en un modelo mixto, tácitamente avalada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por los ordenamientos estatales, desde 2011 se regula el estatuto de “la persona con discapacidad” a partir de políticas a la vez integradoras y respetuosas con la diversidad que promueven su vida independiente y sus valores, bien a través de la igualdad de oportunidades o en la línea de salida (eliminación de barreras, ajustes en los puestos de trabajo, sistemas de adaptabilidad laboral), bien a través del sistema de respeto por la diversidad o de igualdad en el punto de llegada (cuotas en las convocatorias de empleo público, carácter permanente de la discapacidad, diferenciación de las enfermedades no invalidantes)³⁵. Como regla general, y salvadas las excepciones que estudiamos en los siguientes apartados, mientras el modelo de la integración justifica las discriminaciones constitucionalmente admisibles con el fin de garantizar la igualdad real, el modelo social justifica la diferenciación normativa para lograr la diversidad e incluso -con las dificultades teóricas y prácticas que ello implica- los valores de un colectivo dado. Además, por exigencias del principio de seguridad jurídica, la definición de

³³ i-
 lidad Universal de las personas con discapacidad. BOE 289, de 3 de diciembre de 2003;
 , D. (ed.), *Los derechos de las personas mayo*
 . 40, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 11-17.

³⁴ , R. de, “Las situaciones de dependencia desde un enfoque de derechos humanos”, en RAMIRO Y PUENCA, M.A. (ed.), , Dykinson, Madrid, 2010, pp. 175-180; M. V. Benedettelli, *Il giudizio di eguaglianza nell’*
pee. Padua: CEDAM, 1989, pp. 71-82; 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. 81-84.

³⁵ REY MARTÍNEZ, F., “La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, Asunto “Muñoz Díaz vs. España”: ¿un caso de igualdad en general o de discriminación étnica en particular?”, *Diario La Ley*, nº 7344, 2010, y “El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, Nº 1, 2000, pp. 1719-1734. Véase en su aplicación jurisprudencial por el TEDH, Sentencia de 30 abril 2009. TEDH 2009\47, Caso Glor contra Suiza, en relación con el derecho al respeto de la vida privada y familiar de persona declarada no apta para prestar el servicio militar; y sentencia de 8 noviembre 2012 del TEDH, Caso Z.H. contra Hungría, detención preventiva y condiciones de encarcelamiento de persona especialmente vulnerable con inexistencia de adopción de medidas necesarias en tiempo razonable para garantizar unas condiciones adecuadas a la persona con discapacidad.

este modelo mixto debe ser una tarea previa de los legisladores competentes en la materia (europeo, estatal y autonómico), realizada a partir de una identificación subjetiva y de unos criterios jurisprudenciales de naturaleza objetiva que pasamos a analizar.

1. La identificación subjetiva del Derecho de la discapacidad: Derechos de las personas

Tres principios han tomado gran protagonismo durante los últimos ocho años como criterios normativos y jurisprudenciales del Derecho de la Unión Europea sobre la discapacidad, del “marco europeo” que lo organiza normativamente y de la futura directiva que se defiende por relevantes grupos políticos para avanzar en el proceso de igualación de derechos.

Conforme al primer principio, la regulación de este ámbito de protección jurídica debe descansar primordialmente en la teoría constitucional de los derechos fundamentales como parte del Derecho constitucional común europeo y tomando como presupuesto jurídico lo establecido en la CDF (Preámbulo, artículos 1, 2, 3, 9, 21 y 26 TUE), los Tratados europeos (artículos 8, 19, 39.2, 153, 157.3 del TFUE) y las Constituciones estatales (sistema competencial, derechos y principios rectores de la política social y económica)³⁶. Esa teoría constitucional europea de los derechos de las personas con discapacidad descansa en una fundamentación basada en el principio de igualdad promocional como contenido del Estado social regulado originariamente en el antiguo Tratado fundacional de la Comunidad Económica Europea de 1957, continuado por el Derecho Primario posterior y consagrado en la mayoría de las Constituciones de los Estados miembros.

En relación con el Derecho de la Unión Europea, aunque los tres tratados vigentes de la Unión Europea no regulan expresamente una equivalente “cláusula de transformación” al estilo de las Constituciones mencionadas -“remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud” (de la igualdad real y efectiva)-, no debemos olvidar que sus contenidos fundamentales forman parte de las tradiciones constitucionales comunes de casi todos los Estados miembros, pero sobre todo de los principios de promoción de la igualdad y prohibición de la discriminación que incluye el Derecho primario de la Unión Euro-

³⁶ HÄBERLE, P., “Derecho constitucional común europeo”, *REP*, 79, 1993, p. 12-25; y *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid. Tecnos, 2000, pp. 11 ss; *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid. Tecnos, 2002, pp. 23 ss; DOLLAT, P., “personnes dans l’”, *Revue de Droit Européen*, marzo 2002, pp. 57 y ss; LENAERTS, K. y SMIJTER, E de, “A “Bill of rights” for the European Union”, *Common Market Law Review*, nº 38, 2001, pp. 273-300; LENAERTS, K., “L’ communautaire. Un principe unique aux apparences multiples”, *Cahiers de Droit Eu*, 1, 1991, pp. 17 y ss.

pea: Preámbulo, artículos 1, 2, 3, 9, 21 TUE, artículos 8, 19, 39.2, 153, 157.3 del TFUE, Preámbulo y artículos 1, 20, 21, 25, 26, 30, 31, 34 y 35 de la CDF³⁷.

En relación con los sistemas constitucionales estatales, se trata de invocar un contenido constitucional común de la mayoría de los Estados miembros, bien conforme a una configuración jurisprudencial (Reino Unido), bien a partir de la concepción de las Constituciones sociales regulada en Italia (1947), Alemania (1949), Portugal (1976) y España (1978), que se proyecta en las tres áreas que, según López Guerra, delimitan el contenido del Estado social: Estado regulador, con intervención normativa en las relaciones entre los particulares; Estado benefactor o proveedor, que suministra una serie de prestaciones que son exigibles por los ciudadanos; y Estado empresario o patrón, como titular de determinadas empresas. Como asegura Pérez Luño a este fin, en el Estado social “el papel de los derechos fundamentales deja de ser el de meros límites de la actuación estatal para transformarse en instrumentos jurídicos de control de su actividad positiva, que debe estar orientada a posibilitar la participación de los individuos y los grupos en el ejercicio del poder”³⁸.

En segundo lugar, la regulación de los derechos de las personas con discapacidad no se entiende como un estatuto de un “grupo de personas” concebido como minoría a integrar, sino como un régimen jurídico equilibrado -combinando las citadas técnicas de integración y técnicas de la diversidad- de los derechos de todas las personas residentes en territorio de uno de los veintiocho Estados miembros, esto es, de ciudadanos europeos que pueden encontrarse o no a lo largo de su vida en una situación de discapacidad. A tal efecto, dispone la mencionada Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 que el objetivo general de la Estrategia se dirige a capacitar a las personas con discapacidad para que puedan disfrutar de todos sus derechos y beneficiarse plenamente de una participación en la economía y la sociedad europeas³⁹.

Y, en tercer lugar, debemos explicar que los derechos de las personas con discapacidad, regulados equilibradamente a partir de los dos principios anteriores, se han de regular y defender tomando en consideración su esencial conexión material y procesal con

³⁷ BIFULCO, R., M. CARTABIA y A. CELOTTO, coords. *L'Europa dei Diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2001, pp. 11 y ss.

³⁸ Por ejemplo, en España, en virtud del artículo 49 CE, “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con deficiencias físicas, sensoriales y psíquicas, a los que prestarán atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que en su Título Primero otorga a todos los ciudadanos”, lo que representa una manifestación del superado -solo parcialmente- modelo médico o rehabilitador, predominante en el momento de su aprobación en 1978, cuando se consideraba la discapacidad como un problema de la persona, causado directamente por una enfermedad, accidente o condición de su salud, que requería asistencia médica y rehabilitadora, en forma de un tratamiento individualizado prestado por profesionales. Esta filosofía rehabilitadora o médica quedó plenamente revisada por la Convención de la ONU de 2006, cuyo texto asume la perspectiva social y de derechos y capacidades, configurando “la discapacidad como un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales están originadas o agravadas por el entorno social”. Véase PÉREZ-LUÑO, A.E., “El Estado de Derecho y su significación constitucional”, *Sistema*, 57, 1983, p. 66; L. LÓPEZ GUERRA, “Las dimensiones del Estado Social de Derecho”, *Sistema*, 38-39, 1980, p. 175; E. FORSTHOFF, “Problemas constitucionales del Estado social”, en ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E. Y DOEHRING, K., *El Estado social*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 43-67.

³⁹ *Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020*, cit., p. 4.

acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual". Además, según su párrafo 2, no obstante lo dispuesto en el apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo "podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, los principios básicos de las medidas de la Unión de estímulo", con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1.

Pues bien, para comprender la importancia de este precepto esencial en el sistema competencial compartido (Unión Europea-Estados miembros) del Derecho europeo de la discapacidad debemos remontarnos al día 1 de diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 2007, que sustituiría el artículo 13 del TCE por el citado artículo 19 del TFUE. Desde entonces, el TFUE se erige una base jurídica de las políticas antidiscriminatorias por motivos de discapacidad, si bien con carácter potestativo. Se trata, además, de un ejercicio competencial que está vinculado a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, cuya motivación queda justificada en el considerando 37º de la Directiva 2000/78, aprobada de conformidad con el principio de subsidiariedad contemplado en el artículo 5 del antiguo Tratado CE, vigente artículo 5.3 del TUE. En todo caso, el desarrollo normativo en materia de discriminación todavía depende del criterio de oportunidad política de la Unión Europea, con los únicos límites de su procedimiento de adopción y la exclusión de toda medida armonizadora de las legislaciones y normas reglamentarias de los Estados miembros.

En cuanto a la competencia de los Estados miembros, y como base jurídica competencial del Derecho europeo sobre discapacidad, el artículo 7 de la citada Directiva habilita la compartición competencial de las políticas de igualdad entre la Unión Europea y los Estados miembros bajo el epígrafe "Acción positiva y medidas específicas", disponiendo que con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, el principio de igualdad de trato no impide que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 de la Directiva. Y, según su apartado 7.2, el principio de igualdad de trato no constituye un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas

en el mundo laboral⁴². En España, el art. 23 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre), establece en su artículo 10 que “el Gobierno, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las comunidades autónomas y a las entidades locales, regulará las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación que garanticen los mismos niveles de igualdad de oportunidades a todas las personas con discapacidad”⁴³. Se trata, pues, de un desarrollo del artículo 149.1.1ª de la Constitución de 1978, en cuya virtud “el Estado tiene competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”, admitiéndose así que, respetando estas bases, se trata de una materia compartida entre la Unión Europea, el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales.

Por último, en el ámbito concreto de la discapacidad en las relaciones laborales, el artículo 151 del TFUE dispone que la Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones. Y respecto al acoso, declara el apartado 60 de la STJUE 2008\176 que el concepto de acoso podrá definirse de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro.

2. El sistema competencial sobre igualdad y diferencias de trato en materia de discapacidad

Uno de los aspectos capitales del sistema competencial europeo de la discapacidad reside en la justificación de las diferencias de trato que, para lograr la igualdad del artículo 19 TFUE y los artículos 21 y 6 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, pueden aprobar los distintos poderes legislativos con competencia en la materia, particularmente la Unión Europea y los Estados miembros. A tal efecto, los apartados 77 a 92 de la citada Sentencia de 11 de abril de 2013, Asunto *Jette Ring y Dansk almennyttigt Bo*

⁴² 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*, nº 11, 2006, p. 212-214.

⁴³ Sigue el contenido establecido anteriormente por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad. *BOE* nº 289, de 3 de diciembre.

ligsselskab, C-335/11, Rec. 2013, p. examinaron tres cuestiones relevantes para dilucidar la competencia de los Estados miembros: en primer lugar, si la diferencia de trato puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima; en segundo lugar, si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados; y, en tercer lugar, si no exceden de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido.

A tal fin, la configuración de este régimen se fundamenta en el artículo 1 de la Directiva 2000/78, norma que tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivo de discapacidad, con el objetivo de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato. A partir de esta norma, la doctrina jurisprudencial del TJUE se fundamenta en dos criterios. En primer lugar, el TJUE afirma que los Estados miembros gozan de un amplio margen de apreciación no sólo en lo referente a la opción de perseguir un objetivo determinado en materia de política social y de empleo, sino también en la definición de las medidas idóneas para alcanzarlo⁴⁴. En particular, el TJUE mantiene que la promoción de la contratación constituye un objetivo legítimo de la política social o de empleo de los Estados miembros y que esta apreciación es evidentemente válida en lo que respecta a los instrumentos de la política del mercado de trabajo nacional con los que se pretende mejorar las oportunidades de inserción en la vida activa de ciertas categorías de trabajadores. En este sentido, según la Sentencia TJCE\2007\272, de 16 de octubre, *Palacios de la Villa*, C-411/05, Rec. p. I-8531, apartado 65), una medida adoptada con objeto de favorecer la flexibilidad del mercado de trabajo puede considerarse como una medida comprendida dentro de la política de empleo.

En segundo lugar, según el TJUE, el amplio margen de apreciación reconocido a los Estados miembros se extiende a la opción de perseguir un objetivo determinado en materia de política social y de empleo, y también a la definición de las medidas idóneas para alcanzarlo. En el caso examinado en la citada Sentencia del TJUE de 16 de octubre de 2007, C-411/05, se puede admitir como incentivo para la contratación y el mantenimiento en el puesto de trabajo el derecho a recurrir a un preaviso abreviado para despedir a trabajadores que hayan estado de baja por enfermedad durante más de 120 días, tenga, respecto a los empleadores. Y con objeto de examinar si la regla de los 120 días excede de lo necesario para alcanzar las finalidades perseguidas, el TJUE afirma que corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si el legislador danés, al perseguir los objetivos legítimos de la promoción de la contratación de las personas enfermas, por un lado, y de un equilibrio razonable entre los intereses opuestos del empleado y del empleador en lo que atañe a las bajas por enfermedad, por otro lado, no tuvo en cuenta

⁴⁴ Apartado 32 de la Sentencia del TJUE de 5 de julio de 2012, Asunto *Hörnfeldt*, C-141/11, Rec. p. I-0000, apartado 32, y Sentencia del TJUE de 6 de diciembre de 2012, Asunto *Odar*, C-152/11, Rec. p. I-0000, apartado 47.

datos relevantes que se refieren, en particular, a los trabajadores con discapacidad, no debiéndose ignorar “el riesgo que corren las personas afectadas por una discapacidad, que en general encuentran más dificultades que los trabajadores sin discapacidad para reincorporarse al mercado de trabajo y tienen necesidades específicas ligadas a la protección que requiere su estado (en el mismo sentido, la Sentencia del TJUE de 6 de diciembre de 2012, Asunto Odar, C- 152/11, Rec. 2012, apartados 68 y 69).

En síntesis, en aplicación de estos dos criterios, según el apartado 92 de la citada sentencia de 16 de octubre de 2007, la Directiva 2000/78 se opone a una disposición nacional según la cual un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador con discapacidad de que se trate ha estado de baja por enfermedad -manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses- cuando esas bajas sean consecuencia de su discapacidad. Se exceptúa de esta regla general el caso de que tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional estatal.

3. Dimensión competencial de la carga de la prueba de la discriminación por discapacidad

En la configuración del Derecho europeo de la discapacidad, la inversión de la carga de la prueba se considera una de las técnicas procesales más garantistas y útiles que se reconocen a las personas con discapacidad para proteger jurisdiccionalmente sus derechos y libertades en caso de discriminación. A tal fin, la jurisprudencia se basa en el considerando 31 de la Directiva 2000/78, según el cual las normas relativas a la carga de la prueba deben modificarse cuando haya un caso de presunta discriminación y, en el caso en que se verifique tal situación, a fin de que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada. En síntesis, se puede afirmar que no corresponde a la parte demandada probar que la parte demandante pertenece a una determinada religión, posee determinadas convicciones, presenta una determinada discapacidad, es de una determinada edad o tiene una determinada orientación sexual.

Pues bien, en lo que a su dimensión competencial se refiere, conforme al artículo 10 de la Directiva 2000/78 sobre la carga de la prueba, los Estados miembros han debido adoptar -con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional- las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato (respecto a hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta). Así, por ejemplo, en el asunto de referencia, según los apartados 54 y 55 de la Sentencia del TJUE de 17 de julio de 2008, Asunto *S. Coleman contra Attridge Law*, C-303/06, dado que las normas relativas a la carga de la

prueba deben modificarse cuando haya un caso de presunta discriminación, la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato “exigirá que la carga de la prueba recaiga en los demandados en el litigio principal, quienes habrán de demostrar que no hubo violación de dicho principio” y “acoso en las circunstancias del caso concreto”⁴⁵.

IV. LA CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD POR EL TJUE: ÁMBITO SUBJETIVO

Estableció 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” -expresión superada doctrinal y legislativamente a favor de “personas con discapacidad”- 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. Según la Decisión 2010/48, 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 discapacidad⁴⁶, la Convención de la ONU forma parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión, y en virtud del apéndice adjunto al anexo II de dicha Decisión, en el ámbito de la vida independiente y la inclusión social, el trabajo y el empleo, la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, figura entre los actos de la Unión relativos a las materias regidas por la Convención de la ONU, conforme a la cual debe interpretarse, en la medida de lo posible, la propia Directiva⁴⁷.

Pues bien, como hemos analizado en el apartado II de este estudio, 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

⁴⁵ 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*, nº 101, 2009, pp. 321-339.

⁴⁶ Decisión 2010/48, 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. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:023:0035:0061:ES:PDF>

⁴⁷ Naciones Unidas (1975): Resolución 3447, de 9 de diciembre de 1975, “Declaración de los Derechos de las Personas Discapacitadas”; Naciones Unidas (1982): Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad; Naciones Unidas (ONU) (1993): Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad. Disponible en: www.un.org/spanish/disabilities; Naciones Unidas (ONU) (2006): Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006. Disponible en: www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf; Naciones Unidas (ONU) (2011): “La población mundial alcanza hoy los 7.000 millones”. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/News>; Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) (2005): International Classification of Functioning, Disability and Health. Disponible en: www.who.int. Disponible en: www.wto.org.

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, 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”⁴⁸. Por su parte, ampliando el concepto, el art. 2 del Reglamento (CE) 1107/2006, 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”⁴⁹.

En el segundo caso, conforme al método de la diversidad, y en virtud del citado artículo 3.1 c) de la Directiva, 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. En el mismo sentido, según el artículo 2.1 de la misma Directiva, se define el principio de igualdad de trato como la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1, con inclusión, pues, de la discapacidad. Y con arreglo al apartado 2, letra a), del citado artículo 2, existe discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo, entre otros, de discapacidad.

¿Qué ha aportado la jurisprudencia del TJUE en este caso? La determinación del método y del ámbito subjetivo de la discapacidad fue especialmente analizada por la Sentencia del TJUE, de 17 julio de 2008, *Caso S. Coleman contra Attridge Law*, Asunto C-303/06, que responde a cuatro cuestiones básicas sobre el ámbito subjetivo de la protección de las personas con discapacidad: 1) En el contexto de la prohibición de discrimi-

⁴⁸ Reglamento (CE) nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) nº 295/91. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:046:0001:0007:ES:PDF>

⁴⁹ Reglamento (CE) nº 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. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:003:es:PDF>

minación por motivo de discapacidad: ¿protege la Directiva sólo a las propias personas con discapacidad frente a la discriminación directa y el acoso?; 2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿protege la Directiva a los trabajadores que, aun sin estar ellos mismos sometidos a discapacidad, reciben un trato menos favorable o sufren acoso por su vinculación a una persona con discapacidad?; 3) Cuando un empresario trata a un trabajador de forma menos favorable en comparación con la forma en la que trata o trataría a otros trabajadores y consta que el motivo del trato del referido trabajador es el hecho de que tiene un hijo con discapacidad a su cuidado, ¿constituye dicho trato una discriminación directa que vulnera el principio de igualdad de trato establecido por la Directiva 2000/78?; y 4) Cuando un empresario acosa a un trabajador y consta que el motivo del trato de dicho trabajador es el hecho de que tiene un hijo con discapacidad a su cuidado, ¿vulnera ese acoso el principio de igualdad de trato establecido por la Directiva?

Pues bien, según el apartado 51 de esta sentencia de 17 de julio de 2008, una vez demostrado que un trabajador que se encuentra en una situación análoga a la controvertida en el litigio principal es víctima de discriminación directa por motivo de discapacidad, toda interpretación de la Directiva 2000/78 que circunscriba la aplicación de ésta exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas personas con discapacidad “podría privar a dicha Directiva de una parte considerable de su efecto útil y reducir la protección que pretende garantizar”. Antes al contrario, de las citadas disposiciones de la Directiva 2000/78 no se desprende que el principio de igualdad de trato que ésta pretende garantizar se circunscriba a las personas que padezcan ellas mismas una discapacidad en el sentido de dicha Directiva. En la medida en que la Directiva tiene por objeto, en lo relativo al empleo y al trabajo, combatir todas las formas de discriminación basadas en la discapacidad, el principio de igualdad de trato que en esta materia consagra la citada Directiva no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en el artículo 1 de la propia Directiva.

En definitiva, conforme a los apartados 42 y 42 de esta sentencia, el hecho de que las disposiciones de la Directiva se refieran específicamente a las personas que padecen una discapacidad (medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo y para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad de esas personas) no permite llegar a la conclusión de que el principio de igualdad de trato que la misma consagra deba interpretarse de manera restrictiva, es decir, en el sentido de que prohíbe únicamente las discriminaciones directas por motivo de discapacidad que afecten exclusivamente a las propias personas con discapacidad. Según el apartado 56, la prohibición de discriminación directa que establece la Directiva no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que estén ellas mismas someti-

das a discapacidad, de manera que cuando un empresario trate a un trabajador que no sea una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, “tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa enunciada en el citado artículo 2, apartado 2, letra a)”.

Delimitando aún más la cuestión, afirman los apartados 58 y 59 de esta sentencia que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que no se limita a prohibir el acoso frente a personas con discapacidad cuando se demuestre que el comportamiento no deseado constitutivo del acoso sufrido por un trabajador sin discapacidad está relacionado con la discapacidad de un hijo suyo, al que el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal comportamiento resulta contrario al principio de igualdad de trato consagrado por la Directiva. Insistiendo en este principio de ampliación del ámbito subjetivo de la discapacidad al entorno de la persona con discapacidad, según el apartado 63 de esta sentencia del *Caso S. Coleman contra Attridge Law*, los artículos 1 y 2. 1 y 3 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de acoso que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas con discapacidad.

V. LA CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD POR EL TJUE: ÁMBITO OBJETIVO

El Derecho europeo de la discapacidad adopta un concepto de discapacidad que ha sido configurado jurisprudencialmente por el TJUE entre los años 2006 y 2013 a partir de la regulación establecida en la Directiva 2000/78. Según la Sentencia de 11 de julio de 2006, Asunto *Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades, S.A.*, C-13/05, Rec. 2006, p. I-6467), el concepto de “discapacidad” no viene definido en la propia Directiva 2000/78, la cual tampoco remite al Derecho de los Estados miembros a efectos de la definición de dicho concepto. A tenor de su artículo 1 de la Directiva 2000/78, esta disposición tiene por objeto establecer un marco general para luchar, en el ámbito del empleo y la ocupación, contra la discriminación por cualquiera de los motivos mencionados en dicho artículo, entre los que figura la discapacidad, término que no define. Y, según su artículo 2, titulado “Concepto de discriminación”, se entiende por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1, teniendo en cuenta que, en primer lugar, existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de discapacidad y que, en segundo lugar, se produce discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o

práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas.

Se prevén asimismo los supuestos de diferenciación jurídicamente admisible: que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima, que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios, o que respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la Directiva 2000/78, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica⁵⁰. Y, por otra parte, dispone la Directiva 2000/78 que el acoso constituirá discriminación “a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 2 (toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1)” cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1 que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

Pues bien, la citada Sentencia del TJUE de 11 de abril de 2013, Asunto *Jette Ring y Dansk almennyttigt Boligselskab*, Asunto C-335/11, en relación con el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por la Directiva 2000/78/CEE, debe partirse de la premisa establecida en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 (DO 2010, L 23, p. 35), “reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”⁵¹.

Por otra parte, el apartado 40 de la citada Sentencia de 11 de julio de 2006, Asunto *Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades, S.A.*, C-13/05, afirma que de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad “se desprende que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y

⁵⁰ 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. 81-83.

⁵¹ BARTLETT, P., LEWIS O., THOROLD, O., *Mental disability and the European Convention on Human Rights*. Leiden, Boston. Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 37 y ss.

uniforme en toda la Comunidad”, la cual debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar.

Tomando como base esta premisa, según las dos sentencias mencionadas, la finalidad de la Directiva 2000/78 es combatir determinados tipos de discriminación en el ámbito del empleo y de la ocupación y respecto a un ámbito personal de la discapacidad que, en virtud del artículo 3 (ámbito de aplicación) de la Directiva 2000/78 y dentro del límite de las competencias conferidas a la Unión Europea (“Comunidad” en la sentencia), se aplica a todas las personas, tanto del sector público como del privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: a) Las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, así como los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional; b) El acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, y dentro de este apartado, la experiencia laboral práctica; c) Las condiciones de empleo y trabajo, comprendiendo las de despido y remuneración; y d) La afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas. Respecto al acoso, la Directiva 2000/78 también dispone que puede definirse el concepto de acoso -tomando como motivo la discapacidad- de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro.

Más recientemente, en la citada Sentencia de 11 abril de 2013, el TJUE completa esta configuración al responder a las siguientes cuestiones prejudiciales formuladas por el órgano jurisdiccional danés, *Sø-og Handelsretten*: a) ¿Está comprendida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78 la situación de una persona que, a causa de dolencias físicas, mentales o psíquicas, no puede llevar cabo su trabajo, o sólo puede hacerlo en medida limitada, durante un período de tiempo que se ajusta al requisito de duración especificado en el apartado 45, siguiendo los términos expresados en la sentencia *Chacón Navas*?; b) ¿Puede estar comprendida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como incurable?; c) ¿Puede estar comprendida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable?; d) ¿Puede considerarse como una discapacidad, en el sentido en que se utiliza ese término en la Directiva 2000/78, una reducción permanente de la capacidad funcional que no origina la necesidad de medios auxiliares especiales o similares sino que consiste, sólo o esencialmente, en que la persona afectada no es capaz de trabajar a tiempo completo?; y e) ¿Se opone la Directiva 2000/78 a la aplicación de una norma legal nacional conforme a la que un empresario está faculta-

do para despedir a un trabajador con un preaviso abreviado si el trabajador ha percibido su salario durante períodos de baja por enfermedad de un total de 120 días a lo largo de un período de doce meses consecutivos, en el caso de un trabajador al que se deba considerar “discapacitado” en el sentido de la Directiva cuando la baja laboral fue causada por la discapacidad?⁵²

Antes de analizar la respuesta del TJUE conviene advertir de que, meses antes de la mencionada Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo de 13 de diciembre de 2006, ratificada por la Unión Europea mediante Decisión de 26 de noviembre de 2009, el TJUE había afirmado en la citada sentencia Chacón Navas en su apartado 43 que debe entenderse que el concepto de discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional⁵³. El considerando e) de la Convención dispondría que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, ampliando su definición en el artículo 1, párrafo segundo: son personas con discapacidad 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”.

Pues bien, como se deriva de los apartados 28 a 32 y 38 de la Sentencia de 11 de abril de 2013, la respuesta del TJUE implica una ampliación del concepto de discapacidad, que debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Esta definición queda, pues, completada con tres elementos delimitadores:

- a) La equiparación de la discapacidad con la enfermedad a largo plazo.- En la sentencia de 11 de julio de 2006, el órgano jurisdiccional remitente había puesto de relieve que existe una relación de causalidad entre enfermedad y discapacidad. Para definir el término “discapacidad” acudía a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) de la Organización Mun-

⁵² EUROPEAN COMMISSION. DIRECTORATE-GENERAL FOR EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS AND EQUAL OPPORTUNITIES. *Disability and non-discrimination law in the European Union: An analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field*. Luxembourg. Publications Office of the European Union, 2009.

⁵³ Sentencia del TJUE de 11 de julio 2006, *Asunto Sonia Chacón Navas* contra Eurest Colectividades, S.A, C-13/05, cit., apartado 43.

dial de la Salud, de la que resulta que la “discapacidad” es un término genérico que incluye las deficiencias y los factores que limitan la actividad y la participación en la vida social. La enfermedad, precisa, puede producir deficiencias que discapaciten al individuo y, teniendo en cuenta que frecuentemente la enfermedad puede dar lugar a una discapacidad irreversible. Por ese motivo, el órgano jurisdiccional remitente sugirió que se considerase que la enfermedad constituye una señal identitaria no específicamente citada que debe añadirse a aquéllas en relación con las cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación.

Pues bien, según el apartado 44 de la Sentencia *Caso Sonia Chacón Navas* y el apartado 75 de la Sentencia *Caso Jette Ring y Dansk*, es preciso excluir la equiparación pura y simple de los conceptos de “discapacidad” y de “enfermedad” toda vez que al utilizar en el artículo 1 de la mencionada Directiva el concepto de “discapacidad”, el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de “enfermedad”. Sin embargo, según afirman los apartados 40 a 42 de la citada Sentencia del *Caso Jette Ring y Dansk almennyttigt Boligselskab*, la Directiva 2000/78 no sólo pretende comprender las discapacidades de nacimiento o debidas a accidentes, excluyendo las causadas por una enfermedad, lo que sería contrario al objetivo mismo de la Directiva, que consiste en hacer realidad el principio de igualdad de trato.” Antes bien, lo cierto es que una enfermedad curable o incurable puede acarrear una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78.

Por el contrario, como establece el apartado 57 de la sentencia del *Caso Sonia Chacón Navas*, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78 puesto que la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación. Además, como afirma el apartado 54 de esta sentencia del *Caso Chacón Navas*, aunque ninguna disposición del TCE (actual TFUE) contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad en cuanto tal, entre los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario figura el principio general de no discriminación, que vincula a los Estados miembros cuando la situación nacional sobre la que versa el litigio principal esté incluida en el ámbito de aplicación del Derecho

comunitario (sentencias de 12 de diciembre de 2002, TJCE 2002, 375, Rodríguez Caballero, C-442/00, apartados 30 y 32, y de 12 de junio de 2003, TJCE 2003, 165, Schmidberger, C-112/00, apartado 75), si bien de ello no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva.

Por otra parte, conforme al apartado 39 de la Sentencia de 11 de abril de 2013, del artículo 1, párrafo segundo, de la Convención de la ONU se deduce que las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales deben ser “a largo plazo”. Según el apartado 45 de la citada sentencia Chacón Navas, el decimosexto considerando de la Directiva 2000/78 establece que “la adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad”. La importancia que el legislador comunitario atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad “demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período” y, por lo tanto, para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de “discapacidad”, se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración⁵⁴.

b) La discapacidad es compatible con el desempeño profesional limitado.- Para que exista discapacidad basta un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, sin necesidad de una imposibilidad de ejercer tal actividad. Según los apartados 43 y 44 de la Sentencia de 11 de abril de 2013, *Caso Jette Ring y Dansk almennyttigt Boligselskab*, la circunstancia de que la persona de que se trate sólo pueda desempeñar su trabajo de manera limitada no impide que a su estado de salud se le aplique el concepto de “discapacidad”, puesto que una discapacidad no implica necesariamente la exclusión total del trabajo o de la vida profesional. El estado de salud de una persona con discapacidad que puede trabajar, aunque sólo sea a tiempo parcial, puede entrar dentro del concepto de “discapaci-

⁵⁴ Según la Sentencia de 11 de julio de 2006, *Caso Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades, S.A.*, la Directiva 2000/78 no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos en virtud de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfermedad y de las consideraciones anteriores resulta que una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad. Sentencia de 11 de julio de 2006, *Caso Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades, S.A.*, C-13/05, cit., apartado 52. CARDONA, J., “La protección de los derechos de los discapacitados en Europa” en 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, pp. 333-380.

dad” porque lo contrario sería incompatible con el objetivo de la Directiva 2000/78, que tiene como finalidad que una persona con discapacidades pueda acceder al empleo o tomar parte en él.

c) La discapacidad es un concepto independiente de los ajustes o medidas.- En virtud del apartado 45 de la Sentencia del *Caso Jette Ring y Dansk*, la constatación de la existencia de una discapacidad no depende de la naturaleza de los ajustes, como la utilización de equipamiento especial. Antes al contrario, el concepto de “discapacidad” en el sentido del artículo 1 de la Directiva 2000/78 precede a la determinación y a la apreciación de las medidas de ajuste adecuadas a que se refiere el artículo 5 de la propia Directiva. Según el apartado 46, el considerando 16 de la Directiva 2000/78 establece que estas medidas tienen por objeto la adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad, siendo aplicables sólo a condición de que exista una discapacidad puesto que son la consecuencia y no el elemento constitutivo del concepto de discapacidad.

En síntesis, sobre la base de lo establecido en el Convenio, el TJUE y la Directiva 2000/78, se configura jurisprudencialmente el concepto de discapacidad en el apartado 47 de la Sentencia de 11 de abril de 2013, *Caso Jette Ring y Dansk almennyttigt Boligselskab* como una enfermedad diagnosticada médicamente incurable o curable que acarrea una limitación de larga duración, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional. Se trata de un concepto que al no exigir la necesidad de una imposibilidad total de trabajar, también incluye persona con discapacidad que puede trabajar, aunque sólo sea a tiempo parcial, sin que la naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar sea determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto.

Por último, dos casos examinados jurisprudencialmente, uno por el TJUE y otro por el TEDH - la discriminación por residencia (prestaciones sociales) y la discriminación en materia de derechos políticos (tutela parcial)-, han completado la configuración de los niveles de protección contra la discriminación en materia de prestaciones y de derechos políticos.

En primer lugar, la sentencia del TJUE de 5 de mayo de 2011, *Comisión contra República Federal de Alemania*, Asunto C-206/10, analiza la legislación de algunos *länder* que sometían la concesión de prestaciones en favor de “invidentes, sordos y discapacitados” a la residencia o al domicilio habitual en dichos Estados. Por una parte, según el apartado 34 de esta sentencia, aunque no se discute que las prestaciones concedidas por los *Länder* a los “invidentes, sordos y discapacitados” (sic) constituyen una ventaja

social en el sentido del artículo 7, apartado 2, del Reglamento 1612/68, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la regla de igualdad de trato recogida en el artículo 7 de ese Reglamento prohíbe no sólo las discriminaciones manifiestas, basadas en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado (sentencias del TJUE de 27 de noviembre de 1997, Asunto *Meints*, C-57/96, apartado 44; y de 10 de septiembre de 2009, Asunto *Comisión/Alemania*, C-269/07, apartado 53).

Por otra parte, según el apartado 37, a menos que esté justificada objetivamente y sea proporcionada al objetivo legítimo perseguido, una disposición de Derecho nacional debe considerarse indirectamente discriminatoria cuando, por su propia naturaleza, pueda afectar más a los trabajadores migrantes que a los trabajadores nacionales e implique por consiguiente el riesgo de perjudicar, en particular, a los primeros (las citadas sentencias de los asuntos *Meints*, apartado 45, y *Comisión/Alemania*, apartado 54). Se trata del caso del requisito de residencia exigido para la concesión de prestaciones en favor de los “invidentes, sordos y discapacitados”, más fácilmente cumplido por los trabajadores alemanes que por los de Estados miembros distintos de la República Federal de Alemania. Su exigencia, según el TJUE, permite concluir que la República Federal de Alemania “ha incumplido las obligaciones” que le incumben en virtud del artículo 4, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 1408/71, en relación con el Título III, Capítulo 1, de este Reglamento, y del artículo 7, apartado 2, del Reglamento 1612/68, al supeditar la concesión de las prestaciones a un requisito de domicilio o de residencia habitual en el *Land* de que se trate (apartado 41).

En segundo lugar, en cuanto a la discriminación en materia de derechos políticos (tutela parcial), resulta de gran interés el fundamento jurídico 42º de la Sentencia del TEDH de 20 mayo 2010, *Caso Alajos Kiss contra Hungría*. Sirva para entender el alcance de esta doctrina que Alajos Kiss había perdido su derecho a voto como resultado de la imposición de una restricción automática y global del derecho a voto de aquellas personas que están bajo tutela parcial. Pues bien, por una parte, el Tribunal afirma que no puede especular sobre si el demandante “aún hubiera estado privado de su derecho a voto incluso si se hubiera impuesto una restricción más limitada en los derechos de los “discapacitados mentales” en cumplimiento de los requisitos del artículo 3 del Protocolo número 1”, y además declara que tratar como una única clase a aquellas personas con discapacidad intelectual o mental es una clasificación cuestionable, pero que el recorte de sus derechos deberá estar sujeto a un examen minucioso, concluyendo que una eliminación indiscriminada del derecho a voto, sin una evaluación judicial individual y exclusivamente basada en una discapacidad mental que precise una tutela parcial, no pue-

de considerarse compatible con las bases legítimas para restringir el derecho a voto, lo que provoca una violación del artículo 3 del Protocolo número 1 del Convenio.

En particular, según el TJUE, no se puede “aceptar que una prohibición absoluta de votar para cualquier persona bajo tutela parcial, independientemente de sus facultades reales, quede dentro de un margen de apreciación aceptable”. De hecho, aunque el Tribunal reitera que este margen de apreciación es amplio, afirma que no es global (fundamento 82º de la Sentencia del TEDH de 6 de febrero de 2005, *Asunto Hirst contra el Reino Unido* (Case Hirst No2 v. United Kingdom 74025/01)⁵⁵ y que si se aplica una restricción de derechos fundamentales a un colectivo especialmente vulnerable de la sociedad como el de los “discapacitados mentales” (sic), que ya ha sido objeto de una considerable discriminación en el pasado, entonces el margen de apreciación del Estado es sustancialmente más estrecho y deberá contar con razones de peso para las restricciones en cuestión⁵⁶. La razón de este enfoque reside en que estos colectivos han sido objeto de prejuicios con consecuencias a largo plazo que han provocado su exclusión social y estos prejuicios pueden incluir estereotipos legislativos que prohíben la evaluación individualizada de sus capacidades y necesidades.

VI. CONCLUSIONES

En cumplimiento y desarrollo del marco europeo sobre la discapacidad, las sentencias del TJUE de 11 de abril de 2013, *Asunto Jette Ring y Dansk almennyttigt Boligselskab*, C-335/11, y de 4 de julio de 2013, *Asunto Comisión contra Italia*, C-312/11, así como el Informe sobre Derechos Fundamentales de las personas con discapacidad intelectual y personas con problemas de salud mental, publicado el 25 julio de 2013 por la Agencia Europea de Derechos Fundamentales, coinciden en el tiempo con un proceso de reformas legislativas sobre discapacidad que deben afrontar casi todos los Estados miembros, entre ellos Italia, que ha sido condenada por la citada de Sentencia de 4 de julio de 2013, y España, obligada a promulgar un texto refundido sobre la materia antes del 31 de diciembre de 2013 por exigencia de la Disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto. Se trata de un proceso de reformas promovido por la Estrategia Europea 2010-2020 -según la cual los marcos político y regulatorio actuales no reflejan adecuadamente las necesidades de las personas con discapacidad-, que debe abordar-

⁵⁵ [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=003-1463854-1529848#{"itemid":\["003-1463854-1529848"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=003-1463854-1529848#{)

⁵⁶ Como caso de trato distinto debido a su género: Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra el Reino Unido, 28 de mayo de 1985 (TEDH 1985, 8), punto 78, Serie A núm. 94, raza- D. H. y Otros contra la República Checa, núm. 57325/00, punto 182, u orientación sexual - E. B. contra Francia (TEDH 2008, 4, núm. 43546/02, punto 94). (Caso Shtukaturov contra Rusia, núm. 44009/05, punto 95, 27 de marzo de 2008).

se conforme a un sistema competencial coordinado entre la Unión Europea y los Estados miembros y que ha de respetar la doctrina jurisprudencial que el TJUE ha ido elaborando en el periodo 2006-2013 a partir de la regulación establecida en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, el TUE y el TFUE. No en vano, este acervo normativo y jurisprudencial ha configurado un auténtico Derecho europeo de la discapacidad, esencial para la existencia de una ciudadanía social europea, que en este artículo hemos analizado en sus principales contenidos: concepto de discapacidad, los elementos objetivos y subjetivos que caracterizan su contenido, la base jurídica de su sistema competencial, así como su fundamentación jurídica vinculada al derecho de igualdad y no discriminación, con posible inversión de la carga probatoria. De su análisis podemos extraer tres conclusiones y un comentario final de síntesis.

En primer lugar, el Derecho de la Unión Europea ha superado su incompleta delimitación conceptual a partir de su configuración jurisprudencial para asumir un concepto amplio de discapacidad, identificada con una limitación derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. En este concepto resulta esenciales los siguientes elementos característicos: a) La equiparación de la discapacidad con la enfermedad delimitada por el largo plazo; b) La compatibilidad de la discapacidad con el desempeño profesional limitado; y c) La independencia de la discapacidad de los ajustes o medidas que ha de adoptarse “siendo aplicables sólo a condición de que exista una discapacidad puesto que son la consecuencia y no el elemento constitutivo del concepto de discapacidad” (Sentencia de 11 de abril de 2013, *Caso Jette Ring y Dansk almennyttigt Boligselskab*).

En segundo lugar, el Derecho europeo de la discapacidad encuentra en el marco europeo y en la Estrategia 2010-2010 los elementos necesarios para corregir su defectuoso anclaje en la teoría europea de los derechos fundamentales. Ahora bien, esta mejor inculcación de la discapacidad en la teoría de los derechos exige en todo momento un entendimiento equilibrado de las políticas de discapacidad que combine la tesis de la integración y de la tesis de la diversidad a través de una determinación *ad hoc* de cada situación. Si, con carácter general, los títulos jurídicos que amparan el Derecho europeo de la discapacidad son los derechos de igualdad y no discriminación y la dignidad humana inviolable (artículo 1), con carácter específico la tesis de la integración se construye a partir del derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse de medidas que garanticen “su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad” (artículo 26 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

Y, en tercer lugar, la Estrategia 2010-2020 ha organizado un marco de acción a escala europea y nacional para abordar las distintas situaciones de hombres, mujeres y niños con discapacidad, con ocho ámbitos primordiales de actuación: accesibilidad, participación, igualdad, empleo, educación y formación, protección social, sanidad y acción exterior. En el seno de este marco de acciones y políticas se inserta el sistema competencial europeo de la discapacidad con la base jurídica derivada de los artículos 10 y 19 del TFUE. En principio, la Estrategia 2010-2020 solo prevé el establecimiento de mecanismos de coordinación basados en instrumentos existentes tanto entre los servicios de la Comisión y las instituciones de la Unión como entre la UE y los Estados miembros, lo que se debatirá periódicamente en el Grupo de Alto Nivel en materia de Discapacidad con representantes de los Estados miembros y de sus organismos gubernamentales nacionales, con la Comisión, con personas con discapacidad y sus organizaciones, y con otras partes interesadas.

Ante tal indefinición, parece necesaria la implantación de un sistema de relaciones intergubernamentales bien coordinado que, bajo los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, delimiten y complementen sin duplicidades las políticas de discapacidad de todos los poderes con competencias en esta materia compartida por la Unión Europea, los Estados miembros y los entes territoriales. En este sentido, habiendo ocho políticas relevantes implicados (accesibilidad, empleo, educación y formación, protección social, sanidad...), resultaría de interés la aprobación de una Recomendación que organice y coordine competencialmente a nivel europeo el procedimiento de diseño y ejecución de las políticas de discapacidad entre todos los gobiernos en presencia.

Para terminar, un comentario final merecen las dificultades del contexto presupuestario actual provocadas por aplicación de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, cuyo impacto en las políticas de igualdad para las personas con discapacidad están comprometiendo seriamente el concepto de ciudadanía social europea y, por tanto, la misma integración de la Unión Europea en su dimensión ciudadana.

Debe recordarse a este respecto que, conforme a la teoría jurídica de los derechos de las personas con discapacidad concebidos como "derechos de las personas", compatible con la libre circulación en la Unión Europea, cuando en algunos Estados miembros se limitan las políticas de igualdad y no discriminación en materia de discapacidad, no solo se está impidiendo o restringiendo del ejercicio de derechos que han sido configurados legislativamente en los ámbitos educativo, sanitario, social, transportes, empleo... como parte de la ciudadanía común. Al mismo tiempo, se menoscaba la aplicación de sus elementos y garantías de configuración jurisprudencial, como las medidas de accesibilidad, las normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros en el transporte, el régimen de exportabilidad de las prestaciones para compatibilizar los requisitos de

residencia y la libre circulación de los trabajadores en la Unión Europea, la regulación de los criterios determinantes de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, incluidos los ajustes razonables en el empleo, la reducción de la jornada de trabajo y la proporcionalidad de la carga impuestas al empleador, el régimen de bajas laborales por discapacidad y la discapacidad como causa de despido (Sentencia de 11 de abril de 2013, *Caso Jette Ring y Dansk almennyttigt Boligselskab*). Ni la fundamentación jurídica de los derechos de las personas con discapacidad a partir del derecho de igualdad y no discriminación, ni el sistema competencial sobre esta materia ni tampoco la extensión jurisprudencial realizada por el Tribunal de Justicia (enfermedad, prestaciones, despido) son susceptibles restricciones de los derechos de las personas con discapacidad, que forman parte de la ciudadanía europea y del Derecho constitucional común europeo.