

Discriminación por motivos de discapacidad:

La relación entre el Derecho de la UE y la CDPD
Los conceptos de discapacidad y ajustes razonables

EL DERECHO DE ANTIDISCRIMINACIÓN DE LA UE
CURSO ONLINE PARA JUECES Y FISCALES,
26-28 DE ABRIL DE 2021

DR. ANGELA VERNIA
JUEZ DE LO SOCIAL -TRIBUNAL DE BARI



Financiado por el Programa «Derechos, Igualdad y Ciudadanía 2014-2020» de la Comisión Europea

"Las personas con deficiencias físicas y mentales... son personas, pero aún no han sido incluidas, en las sociedades existentes, como ciudadanos en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos... las personas con deficiencias físicas y mentales, temporales o de por vida,... exigen una justicia plena e igualitaria"

M. Nussbaum, *Fronteras de la Justicia*, 2006

Resumen

- Evolución de la normativa
- Relaciones entre la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 y el Derecho de la Unión Europea
- El régimen de protección de la UE contra la discriminación por motivos de discapacidad -Directiva 2000/78/CE- y el previsto por la CDPD
- La definición de discapacidad
- Ajustes razonables
- Observaciones finales

3

3

El Tratado de Ámsterdam - La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE

- **1999:** el **Tratado de Ámsterdam** (artículo 13, actual **artículo 19 del TFUE**) establece por primera vez la **prohibición de la discriminación** por motivos de sexo, raza, origen étnico, religión, creencias, edad, orientación sexual y **discapacidad**.
- **2000:** **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea**
 - **Artículo 21 - No discriminación:** "Se 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, patrimonio, nacimiento, **discapacidad**, edad u orientación sexual"
 - **Artículo 26 - Integración de las personas discapacitadas:** la UE "reconoce y respeta el **derecho de las personas discapacitadas** a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad".
 - **Directiva 2000/78/CE (Directiva marco sobre la igualdad):** lucha contra la **discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, en el empleo y la ocupación**

4

4

El Tratado de Lisboa

- **2009:** el **Tratado de Lisboa** mantiene (TFUE, **artículo 19**) la disposición que establece la competencia de la UE para "luchar contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, **discapacidad**, edad u orientación sexual".
- También se introdujo la llamada **cláusula horizontal de no discriminación (TFUE, artículo 10)**: "En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, **discapacidad**, edad u orientación sexual."
- El objetivo de la cláusula, que hace referencia a la discapacidad, es integrar la lucha contra la discriminación en todas las políticas y acciones de la UE (obligación de *integración*)
- El TUE, en su **artículo 6.1**, también ha atribuido a la Carta de Niza el mismo valor **jurídico de los Tratados**, convirtiéndola así en fuente de Derecho primario: "La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000..., la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados."

Ratificación de la CDPD

- **2009:** adhesión de la UE a la Convención de la ONU de 13.12 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad
- La ratificación se llevó a cabo con la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26.11.2009, presentada ante la ONU el 23.12.2010
- Fecha de entrada en vigor en el ordenamiento jurídico de la UE: 22.01.2011
- **Artículo 5(2) de la CDPD - Igualdad y no discriminación:** "Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a las personas con discapacidad protección jurídica igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo"

La relación entre la CDPD y el Derecho UE

- La Convención de la ONU es un **Acuerdo Mixto**, es decir, aquellos acuerdos internacionales que la UE negocia con terceros y cuyo objetivo entra en parte en el ámbito de competencia exclusiva de la UE, y en parte, en el de los Estados miembros
- "...los acuerdos mixtos celebrados por la Comunidad, sus Estados miembros y terceros países tienen el mismo rango en el ordenamiento jurídico comunitario que los acuerdos puramente comunitarios en la medida en que las disposiciones entran en el ámbito de la competencia comunitaria" (TJUE, *Etang de Berre* 7.10.2004, asunto C-293/2003)
- Con la ratificación, la Convención se ha convertido en **parte integrante del Derecho de la UE** (véase TJUE, *HK Danmark* 11.4.2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11)
- En virtud del art. 216 (2) del TFUE, cuando la UE celebra acuerdos internacionales, éstos vinculan a sus instituciones y, en consecuencia, prevalecen sobre los actos de la propia UE
- En la **jerarquía de las fuentes**, la Convención, por ser un Acuerdo Mixto, tiene el rango de **fuerza intermedia**, inferior a la de los Tratados pero superior al derecho derivado de la UE

7

7

Efectos de la CDPD en el Derecho de la UE - Importancia interpretativa

- El Tribunal de Justicia afirma constantemente que la CDPD, a pesar de ser parte integrante del Derecho de la UE, no tiene efecto directo; es "**programática**" y sus disposiciones **no** son "**incondicionales y suficientemente precisas...** por lo tanto, **no** tienen **efecto directo** en el Derecho de la Unión Europea" (TJUE 7.11.2013, C-363/12, Z., punto 88 y siguientes; TJUE 22.5.2014, C-356/12, W. *Glatzel contra el Freistaat Bayern*, punto 69)
- Sin embargo, la Convención tiene un importante **efecto interpretativo**, basado en el principio de **interpretación coherente** (art. 216 (2), TFUE: "Los acuerdos celebrados por la Unión vinculan a las instituciones de la Unión y a sus Estados miembros"), lo que implica que:
 - 1) La legislación de la UE (y la nacional) debe interpretarse de conformidad con la CDPD (TJUE 11.4.2013, *HK Danmark* cit.; TJUE, 7.11.2013 Z. c. *Departamento de Gobierno*; TJUE, 4.7.2013 *Comisión c. Italia*)
 - 2) Si el texto de una resolución de rango secundario es susceptible de múltiples interpretaciones, siempre que sea posible, debe prevalecer la que haga que la disposición se ajuste a las disposiciones de la Convención
 - 3) Todas las instituciones de la Unión deben cumplir con la CDPD en el desarrollo, refuerzo e interpretación del Derecho de la Unión

8

8

El régimen comunitario de protección contra la discriminación por motivos de discapacidad - Directiva 2000/78/CE

La Directiva 2000/78/CE tiene por objeto establecer un **marco general** de **lucha contra la discriminación por** motivos de religión o convicciones, **discapacidad**, edad u orientación sexual en materia de **empleo y ocupación**

Considera que la discriminación basada, entre *otras cosas*, en la discapacidad puede socavar la consecución de los objetivos del Tratado y, en particular, la **consecución de un alto nivel de empleo y de protección social**, la elevación del nivel y la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas

Directiva 2000/78/CE - Ámbito de aplicación

- La Directiva se aplica a **todas las personas**, tanto en el **sector público como en el privado**, incluidos los organismos públicos en relación con (**artículo 3**):
 - a) **Condiciones de acceso al empleo, la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional**, incluida la promoción;
 - b) Acceso a todos los tipos y niveles de **orientación y formación profesional**;
 - c) **Condiciones de empleo y trabajo**, incluidos los despidos y la remuneración;
 - d) Pertenencia y **participación en una organización de trabajadores o empresarios**
- La Directiva no se aplica a los pagos de cualquier tipo efectuados por regímenes públicos o asimilados, incluidos los regímenes públicos de seguridad social o de protección social

Directiva 2000/78/CE - Definiciones

- **Discriminación directa (artículo 2.2.a):** cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada, por motivos de discapacidad, de manera menos favorable que una persona sin discapacidad en una situación análoga
- **Discriminación indirecta (letra b) del apartado 2 del artículo 2):** cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros puedan ocasionar a una persona con discapacidad una desventaja particular con respecto a otras personas.
- **Acoso (artículo 2.3):** comportamiento no deseado relacionado con la discapacidad que atenta contra la dignidad y la libertad de una persona con discapacidad, es decir, que crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo
- **Instrucción para discriminar (artículo 2.4) a una persona por motivos de discapacidad**

11

11

Directiva 2000/78/CE - Nociones y justificaciones

- **Irrelevancia del elemento subjetivo:** la discriminación opera objetivamente, es decir, como consecuencia de la mera relevancia del trato inferior reservado al trabajador por su pertenencia a una categoría protegida, con independencia de la actitud ilícita del autor de la discriminación
- La **discriminación indirecta** puede considerarse justificada si (artículo 2, letra b):
 - i) la disposición, el criterio o la práctica están objetivamente justificados **por una finalidad legítima y los medios para alcanzarla son adecuados y necesarios;**
 - ii) en el caso de las personas con una determinada discapacidad, el empresario está obligado **por la legislación nacional a adoptar las medidas adecuadas para eliminar las desventajas causadas por la disposición, el criterio o la práctica.**

12

12

Directiva 2000/78/CE - Ajustes razonables para las personas con discapacidad

- **Artículo 5:** los empresarios adoptarán **las medidas apropiadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las persona con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación**, salvo que dichas medidas supongan una carga **excesiva para el empresario** (rec. 20-21; véase más adelante). Esta carga no será excesiva cuando esté suficientemente paliada por medidas existentes en la política de del Estado miembro sobre discapacidades
- No se dice nada explícitamente respecto a las **consecuencias de no adoptar medidas razonables**: sin embargo, es plausible argumentar, desde el punto de vista interpretativo, que esto entra dentro de la noción de discriminación (véase más adelante)

13

13

CDPD - El principio de no discriminación

- El **principio de no discriminación (Artículo 3 - Principios Generales)** constituye el principio cardinal de la Convención
- El artículo 3 debe leerse conjuntamente con:
 - **Artículo 5 (1)** Los Estados Partes reconocen que **todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella**, y que **tienen derecho** a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida y **sin discriminación alguna**
 - (2) **Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad** y garantizarán a las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo
- El artículo 5 establece el **derecho** a no ser discriminado y la obligación de los Estados Partes de garantizar el cumplimiento del principio examinado en sus legislaciones nacionales

14

14

UNCPRD - No discriminación e igualdad

- **Artículo 5**

- más allá del modelo de igualdad "formal" y "sustancial"

- adopción de la **igualdad "inclusiva"** (Observación General nº 6, aprobada el 9.3.2018):

- dimensión de reconocimiento: reconocer la dignidad de todos los seres humanos y su posible pertenencia a diferentes categorías ("interseccionalidad"), luchar contra los estereotipos, los prejuicios y la violencia

- dimensión participativa: afirmar la relevancia social de los grupos desfavorecidos y promover su inclusión social efectiva

- dimensión de la distribución equitativa: resolver el problema de las desventajas económico-sociales

- dimensión de la acomodación como herramienta para garantizar la dignidad humana

15

15

CDPD - Prohibición de la discriminación por motivos de discapacidad

- **Art. 2 - Definiciones**

- Por "**discriminación por motivos de discapacidad**" se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en **igualdad de condiciones**, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo.

- Incluye **todas las formas de discriminación**, entre ellas, la **denegación de ajustes razonables**

16

16

CDPD - Ajustes razonables

- **La obligación de adoptar ajustes razonables**
- Artículo 5 (3), CDPD: A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, **los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar la realización de ajustes razonables**
- El artículo 2 de la CPDP define los **ajustes razonables** como las modificaciones y **adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida**, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, **en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales**

17

17

La prohibición de la discriminación por motivos de discapacidad- Observación General nº 6 (2018)

- Discriminación directa/Discriminación indirecta/Acoso (incluido el acoso y las modalidades de acoso en internet, por ejemplo, *el ciberodio*)
- Discriminación **múltiple**: cuando se discrimina a una persona en función de dos o más factores: **Múltiple ordinaria**: cuando se discrimina a un sujeto en base a dos o más factores, pero cada acto de discriminación se produce en momentos diferentes y se basa cada vez en factores distintos; **aditiva**: la discriminación se produce en la misma ocasión, pero en base a diferentes factores que se suman unos a otros manteniendo su propia individualidad; cada factor agrava la discriminación (e.p. ej., un joven trabajador ciego de nacionalidad extranjera cuyo empleador no concede aumentos salariales a sujetos menores de 35 años, a personas con deficiencias sensoriales o de distinta nacionalidad); **interseccional**: se basa en múltiples factores que interactúan entre sí de manera que ya no pueden ser distintos y separados (p. ej., la negativa a conceder a una mujer ciega el derecho a acceder a los servicios de planificación familiar)
- Discriminación de personas que tienen una discapacidad, que la han tenido en el pasado, o que tienen predisposición a una posible discapacidad futura
- Discriminación **por asociación**: contra personas vinculadas a personas discapacitadas
- Discriminación en forma de **denegación de ajustes razonables**

18

18

la CPDP frente a la legislación de la UE

La definición de discapacidad

- **CDPD** - noción finalista-relacional de la discapacidad
- **Artículo 1 (2): las personas con discapacidad** incluyen a aquellas que tienen **deficiencias** físicas, mentales, intelectuales o sensoriales **a largo plazo** que, al **interactuar con diversas barreras**, pueden impedir su **participación** plena y efectiva **en la sociedad, en** igualdad de condiciones con las demás.
- **Preámbulo, e):** la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la **interacción** entre las personas con deficiencias y las **barreras de** actitud y del entorno que impiden su **participación** plena y efectiva **en la sociedad en** igualdad de condiciones con las demás
- Superar el modelo "**médico**" de la discapacidad, centrado en las deficiencias y limitaciones funcionales del individuo (= la persona discapacitada es el problema, la cura o la asistencia el remedio)
- Adopción del **modelo "social"** de la discapacidad: la discriminación se deriva de las barreras impuestas por la sociedad a los discapacitados y de la falta de adaptación de la sociedad a sus necesidades
- **Modelo de "derechos humanos" (Observación General nº 6):** la discapacidad es una "construcción social" y las deficiencias no pueden justificar la denegación o la limitación del disfrute de los derechos humanos; las personas con discapacidad son titulares de derechos en igualdad de condiciones con los demás y no están sujetas a la caridad; la discapacidad es uno de los diversos estratos de la identidad

19

19

El concepto de discapacidad en la legislación de la UE

- **La Directiva 2000/78/CE no contiene una definición de discapacidad** ("handicap")
- El **Tribunal de Justicia** ha desempeñado (y desempeña) un papel estratégico en relación con la noción de discapacidad y su interpretación
 - > TJUE 11.7.2006, C-13/05, Chacón Navas
 - > TJUE 17.7.2008, C-303/06, Coleman
 - > TJUE 11.4.2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, HK Danmark
 - > TJUE 18.12.2014, C-354/13, Kaltoft
 - > TJUE 7.11.2013, C-363/12 Z
 - > TJUE 1.12.2016, C-395/15 Daouidi
 - > TJUE 9.3.2017, C-406/15 Milkova
 - > TJUE 18.1.2018, C-270/16 Ruiz Conejero
 - > TJUE 11.9.2019, C-397/18 DW contra Nobel Plastiques Ibérica SA

20

20

TJUE 11.7.2006, C-13/05, Chacón Navas

- El Tribunal define la noción de discapacidad (la Directiva utiliza la expresión "handicap" en la versión en italiano) pertinente en el marco de la Directiva como **"una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que supongan un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional"** (apartado 43) - la limitación debe ser **de larga duración** (apartado 45)
- El término "discapacidad" difiere del de "enfermedad" - Una persona que ha sido despedida por su empleador únicamente a causa de una enfermedad no entra en el marco general de la Directiva 2000/78/CE
- **modelo médico** de la discapacidad: la **causa de la desventaja** es la **"deficiencia"** que tiene un individuo, y es la deficiencia la que dificulta la participación en la vida profesional
- El problema radica en el individuo discapacitado, y no en la reacción de la sociedad ante la discapacidad

21

21

CJEU 11.4.2013, C-335/11 y C-337/11, HK Danmark

- Al referirse expresamente al artículo 1 (2) de la CDPD, el Tribunal afirma que el **concepto de «discapacidad»** debe entenderse en el sentido de que se refiere a una **limitación [a largo plazo] 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. (par. 38)
- Las deficiencias físicas, mentales, intelectuales y sensoriales deben ser **"a largo plazo"**

22

22

HK Danmark - Observaciones

- El Tribunal de Justicia abandona el modelo médico y acepta el **modelo social de discapacidad**
- Una referencia positiva a la línea e) del Preámbulo y al artículo 1 de la CDPD: se reconoce 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"**.

Papel positivo del Derecho Internacional:

- 1) En virtud del artículo 216, apartado 2, del TFUE, los acuerdos internacionales celebrados por la Unión Europea son vinculantes para sus instituciones y, por consiguiente, prevalecen sobre los actos de la Unión Europea;
- 2) la primacía de los acuerdos internacionales celebrados por la UE sobre los instrumentos de derecho derivado significa que estos instrumentos deben interpretarse, en la medida de lo posible, de forma coherente con dichos acuerdos;
- 3) la UE ha aprobado la Convención de la ONU (Decisión 2010/48), por lo que las disposiciones de la CDPD son parte integrante del ordenamiento jurídico de la UE, desde su entrada en vigor;
- 4) según el apéndice del anexo II de la Decisión 2010/48, la Directiva 2000/78/CE es uno de los actos de la Unión Europea que se refieren a cuestiones reguladas por la Convención de las Naciones Unidas; de ello se desprende que la Directiva debe interpretarse, en la medida de lo posible, de forma coherente con dicha Convención

23

23

CJEU 7.11.2013, C-363/12 Z

- El Tribunal de Justicia reitera la noción de discapacidad expresada en HK Danmark y aclara que el concepto de "discapacidad" en el sentido de la Directiva 2000/78/CE debe entenderse referido no sólo a la "imposibilidad" de ejercer una actividad profesional, sino también a un "dificultad" para el ejercicio de dicha actividad (ap. 77)
- El concepto de "discapacidad" en el sentido de la Directiva 2000/78/CE "supone que la limitación que aqueja a la persona, al interactuar con diversas barreras, puede impedir su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores" (par. 80)
- **"La imposibilidad de tener un hijo [...]** no impide por sí misma, en principio, que la madre solicitante tenga acceso a un empleo, participe en él o progrese en él" (apartado 81); de ello se desprende que la afección de la Sra. Z. no constituye una "discapacidad" en el sentido de la Directiva 2000/78/CE

24

24

Z - Observaciones

- El Tribunal parece referirse al modelo médico de discapacidad y, por lo tanto, parece restringir el enfoque en comparación con el adoptado por la Convención
- Este **enfoque más restringido** acaba por negar la concesión de prestaciones de carácter laboral, que **normalmente serían atribuibles al ámbito de aplicación de la Directiva, simplemente porque el estado del interesado no puede adscribirse al concepto más restringido de discapacidad adoptado por el Tribunal de Justicia**

TJUE 18.12.2014, C-354/13, Kaltoft

- El Derecho de la UE no establece ningún principio general de no discriminación por razón de la **obesidad** como tal, en lo que se refiere a las condiciones de empleo y trabajo
- El Tribunal reitera el concepto de "discapacidad" contenido en HK Danmark
- No obstante, en el caso de que, en determinadas circunstancias, **la obesidad** del trabajador en cuestión suponga una **limitación derivada, en particular, de deficiencias físicas, mentales o psicológicas que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir la participación plena y efectiva de esa persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y la limitación sea de larga duración**, la obesidad puede quedar cubierta por el concepto de "discapacidad" en el sentido de la Directiva 2000/78/CE
- Ejemplo: "si la obesidad del trabajador impidiera su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores a causa de su **movilidad reducida o a causa de la concurrencia de patologías que no le permitieran** realizar su trabajo o que le acarrearán una dificultad en el ejercicio de su actividad profesional. " (par. 60)

Kaltoft - Observaciones

- Por un lado, es una señal positiva que el Tribunal amplíe el enfoque de la discapacidad para incluir potencialmente la obesidad
- **Por otra parte, el hecho de que se exija a la persona afectada que experimente "limitaciones" causadas por su deficiencia podría excluir ciertos tipos de prácticas discriminatorias, como los estereotipos u otras actitudes prejuiciosas**

27

27

TJUE 1.12.2016, C-395/15 Daouidi

- La definición de discapacidad del Tribunal implica que la limitación debe considerarse "duradera"
- Entre los **indicios** que permiten considerar que una limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, **la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo** o, el que dicha **incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona (par. 56)**
- **En la comprobación del carácter «duradero» de la limitación de la capacidad del interesado, el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales" (par. 57)**

28

28

Daouidi - Observaciones

- El Tribunal parece referirse al planteamiento médico de la incapacidad como prueba de la "limitación de la capacidad del interesado", dando así una importancia probatoria primordial a los certificados médicos
- Existen dificultades para establecer el concepto de "elementos objetivos" a efectos probatorios (por ejemplo, discrepancia entre certificados, incertidumbre diagnóstica)
- Existen dificultades para aportar las pruebas solicitadas por el Tribunal en relación con los discapacitados psicosociales

29

29

TJUE 18.1.2018, C-270/16 Ruiz Conejero

- Se descarta una asimilación pura y dura de la noción de "discapacidad" con la de "enfermedad"
- **Un trabajador con discapacidad tiene el riesgo adicional de ausentarse por una enfermedad relacionada con su discapacidad**
- De este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de ausencia por enfermedad y, en consecuencia, de alcanzar los límites establecidos en el artículo 52, letra d), del Estatuto de los Trabajadores. Por lo tanto, es evidente que la norma de esta disposición puede perjudicar a los trabajadores discapacitados y, por lo tanto, provocar una diferencia de trato basada indirectamente en la discapacidad, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78/CE.

El artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78/CE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente.

30

30

TJUE 11.9.2019, C-397/18 DW contra Nobel Plastiques Ibérica SA

- *el estado de salud de un trabajador reconocido como especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del Derecho nacional, que no permite al trabajador desempeñar determinados puestos de trabajo al suponer un riesgo para su propia salud o para otras personas, solo está comprendido en el concepto de «discapacidad», en el sentido de dicha Directiva, en caso de que ese estado de salud implique una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden 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. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si en el asunto principal concurren tales requisitos*
- *... el despido por «causas objetivas» de un trabajador con discapacidad debido a que este cumple los criterios de selección tomados en consideración por el empresario para determinar a las personas que van a ser despedidas, a saber, presentar una productividad inferior a un determinado nivel, una menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y un elevado índice de absentismo, constituye una discriminación indirecta por motivos de discapacidad, ..., a no ser que el empresario haya realizado previamente con respecto a ese trabajador ajustes razonables*

31

31

Los últimos episodios de la "saga"

- **Solicitud de decisión prejudicial presentada por un tribunal administrativo búlgaro en el asunto C-824/19 *Komisija za zashita ot diskriminatsia*:**
 - si, a la luz de la CDPD, es admisible que una persona invidente actúe como jurado e intervenga en procesos penales
 - O si la discapacidad específica de una persona que ha perdido la vista de forma permanente una característica que afecta de forma esencial y determinante al ejercicio de la actividad de jurado, lo que justifica una diferencia de trato que no supone una discriminación por razón de «discapacidad»
- **Solicitud de decisión prejudicial presentada por un tribunal lituano en el asunto C-795/19 *Tartu Vangla*:**
 - si la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones de Derecho nacional que establecen que una deficiencia auditiva que no permite alcanzar el nivel exigido constituye un motivo de exclusión absoluto para ejercer la actividad de funcionario de prisiones y que no permiten el uso de dispositivos correctivos al apreciar si se cumplen los requisitos relativos a la capacidad auditiva

32

32

Directiva (UE) 2019/882 y más allá

- **Acta de Accesibilidad Europea** = sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios

Rec. 13 La CDPD de la ONU exige a sus Partes que adopten **las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones**, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales.[...].

Artículo 3 Definiciones: "personas con discapacidad»: aquellas personas que tienen 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"

- **La Propuesta de Directiva del Consejo de 2008 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato** entre las personas independientemente de su religión o convicciones, **discapacidad**, edad u orientación sexual

Rec. 19a) Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, en interacción con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás (véase el texto consolidado 26.6.2019)

Estrategia para los Derechos de las Personas con Discapacidad 2021 -2030

- Adoptado por la Comisión Europea el 3 de marzo de 2021
- **OBJETIVO:** garantizar que las personas con discapacidad puedan experimentar la plena inclusión social y económica en igualdad de condiciones con los demás y vivir libres de discriminación
- aplicar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y consolidar el corpus legislativo de la UE en materia de discapacidad
- la Estrategia establece iniciativas clave en torno a **tres temas principales:**
 - **Derechos de la UE:** Las personas con discapacidad tienen el mismo derecho que los demás ciudadanos de la UE a trasladarse a otro país o a participar en la vida política
 - **Vida independiente y autonomía:** Las personas con discapacidad tienen derecho a vivir de forma independiente y a elegir dónde y con quién quieren vivir
 - **No discriminación e igualdad de oportunidades:** La estrategia tiene como objetivo proteger a las personas con discapacidad de cualquier forma de discriminación y violencia y garantizar la igualdad de oportunidades y el acceso a la justicia, la educación, la cultura, el deporte y el turismo, todos los servicios sanitarios y el empleo

Definición de ajustes razonables de la CDPD

- **Artículo 2 - Ajustes razonables:** modificaciones y **adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida**, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, **en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.**
- Los **ajustes razonables:** un instrumento para lograr la igualdad sustancial de las personas con discapacidad
- **Ámbito de aplicación material:** la obligación de realizar ajustes razonables tiene por objeto "asegurar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales" (art. 2)
- **Ámbito de aplicación personal:** la obligación se aplica a todas las personas con discapacidad (art. 1 (2))

35

35

CDPD Requisitos de los ajustes razonables

- **Individual/individualizado:** eliminar las desventajas específicas a las que, **en el caso en cuestión**, estarían expuestas las personas discapacitadas, con el fin de garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos en igualdad de condiciones con los demás
- **Adecuado/eficaz:** adecuado en la situación concreta para eliminar la desventaja (Comité DPD, Observación General nº 4, agosto de 2016); medidas materiales y organizativas; esto implica una obligación de diálogo entre la persona con discapacidad y el titular de la obligación de realizar ajustes razonables
- **Obligación *ex nunc*** (Comité DPD, Observación General nº 2, abril de 2014): surge cuando se determina la situación en la que la persona discapacitada requiere una adaptación
- **La denegación de ajustes razonables** constituye una **discriminación** basada en la discapacidad (una forma *sui generis* de discriminación)

36

36

Ajustes razonables - Empleo

Artículo 27 - Trabajo y empleo

- Los Estados Partes reconocen el **derecho de las personas con discapacidad a trabajar**, en igualdad de condiciones con las demás; esto incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles para las personas con discapacidad (Art.27, 1)
- 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:
- ... i) Velar por que se realicen **ajustes razonables** para las personas con discapacidad **en el lugar de trabajo**.

37

37

Legislación de la UE

Ajustes razonables - definición?

- **La Directiva 2000/78/UE** no contiene una noción explícita de ajustes razonables, a diferencia de la Convención (artículo 2)
- **Artículo 5:** los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.

Considerando 20: "Es preciso establecer medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre".

38

38

Derecho de la UE

Ajustes razonables: requisitos

- En la sentencia HK Danmark, citada, el TJCE, haciendo referencia expresa al artículo 2 de la CPDP ha dictaminado que “en lo que atañe a la Directiva 2000/78, este concepto debe entenderse en el sentido de que se refiere a la eliminación de las barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas discapacitadas en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores” (apdo. 54)
- La lista de medidas apropiadas a la que se refiere el considerando 20 no es exhaustiva y, por tanto, la reducción de la jornada laboral puede considerarse una medida de adaptación en virtud del artículo 5 de la Directiva, cuando la reducción de la jornada laboral permite al trabajador poder seguir desempeñando su trabajo (HK Danmark)
- **Ámbito de aplicación material:** todos los empleadores públicos y privados, en los sectores de trabajo, empleo y orientación profesional, incluida la afiliación y la participación en una organización de trabajadores o empresarios
- **Ámbito de aplicación personal:** a favor de todas las personas con discapacidad según la noción del Tribunal de Justicia (véase más arriba)

39

39

Ley de la UE - Carga (financiera) excesiva

- **Limite**
- **Directiva:** la adaptación no debe suponer una **carga financiera excesiva**
- **Es necesario tener en cuenta,** en particular, los costes financieros y de otro tipo que éstas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda (considerando 21)

40

40

CDPD - Carga desproporcionada

- **CNUDPD: Desde el punto de vista de la Convención**, en cambio, lo que cuenta es la **relación proporcional** entre los **medios** utilizados para adoptar los ajustes razonables y la **finalidad**, es decir, el pleno disfrute por parte de la persona discapacitada de los derechos considerados en cada momento (Observación General nº 6)
- El **coste es uno de los indicadores** que hay que tener en cuenta, así como el hecho de que el compromiso financiero sea eventualmente reembolsado por la autoridad pública, así como el **alcance de la reducción o compensación de la discapacidad** que la medida hace posible; **equilibrar los intereses** de la persona discapacitada y del empleador evaluando las ganancias y pérdidas globales en la situación en cuestión (por ejemplo, no sólo la ventaja individual de la persona discapacitada, sino también la ventaja que otros trabajadores - discapacitados y no discapacitados- pueden obtener de las medidas que hacen que el entorno de trabajo sea generalmente más adaptable a las necesidades individuales).

41

41

Denegación de ajustes razonables

- La **Convención** establece que la **denegación de ajustes razonables constituye discriminación Artículo 2 (3) "La discriminación por motivos de discapacidad... Incluye todas las formas de discriminación, incluida la denegación de ajustes razonables"**
- Directiva sobre la igualdad en el empleo: No se dice nada explícitamente con respecto a **las consecuencias de no adoptar medidas razonables**
- Esto entra dentro de la noción de discriminación. Se puede llegar a esta conclusión de forma **interpretativa para la Directiva de la UE**, más aún por la obligación de interpretarla de acuerdo con la Convención
- La propuesta de Directiva de no discriminación de 2008: denegación de ajustes razonables = discriminación [Véase el artículo 2, 2, e), texto consolidado 26.6.2019].

42

42

La propuesta de Directiva sobre no discriminación de 2008 - Ajustes razonables

Artículo 4 bis Ajustes razonables para las personas con discapacidad

1. Con el fin de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidad, se realizarán ajustes razonables en los ámbitos establecidos en el artículo 3.

2. A efectos del apartado 1, se entenderá por ajustes razonables las modificaciones y adaptaciones necesarias y apropiadas que no impongan una carga desproporcionada, cuando se requieran en un caso concreto, para satisfacer las necesidades específicas de una persona con discapacidad a fin de permitirle el acceso, en igualdad de condiciones con las demás, a la medida específica de protección social, actividad educativa, bien o servicio de que se trate.

Artículo 2 Concepto de discriminación

par. 2, let. e) la denegación de ajustes razonables para las personas con discapacidad, que se entenderá que se produce cuando se incumpla el artículo 4 bis de la presente Directiva

(Ver texto consolidado 26.6.2019)

Conclusiones

- La Convención de la ONU de 13.12.2006 ha tenido sin duda un impacto considerable en la legislación de la UE contra la discriminación por discapacidad
- Sin embargo, todavía no se puede afirmar que se haya logrado la plena armonización entre la Convención y la legislación de la UE
- **En conclusión, se ha cancelado *formalmente* la larga historia de marginación de las personas con discapacidad, sin embargo, la consecución de *una* protección efectiva contra la discriminación por motivos de discapacidad, a través de la traducción de los objetivos y ambiciones de la Convención de la ONU en los actos legislativos de la UE, todavía representa un reto abierto**

Bibliografía

Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General Comment No. 6 (2018), UNDoc.CRPD/C/GC/6.

Degener T., *A New Human Rights Model of Disability*, in V. Della Fina, R. Cera, G. Palmisano, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A commentary*, 2017, Springer

Favalli S. – D. Ferri, *Tracing the Boundaries between Disability and Sickness in the European Union: Squaring the Circle?*, *Eur J Health Law*. Mar, 2016, 23, 15 et seq.

Ferri D., *L'accomodamento ragionevole per le persone con disabilità in Europa: da Transatlantic Borrowing alla Cross-Fertilization*, in *Comparative and European Public Law*, 2, 2017, 381 et seq.

Ferri D., *The conclusion of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities by the EC/EU: some reflections from a "constitutional" perspective*, European Documentation Centre - University di Catania - Online Working Paper 2010 – Special series no. 4, March 2010

The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities. A commentary. by S. Marchisio, R. Cera, V. Della Fina, Aracne Editrice, 2010

Bibliografía

Leonardi M. – Scaratti C., *Persone con malattie croniche nel mondo del lavoro in Europa e modello biopsicosociale della disabilità. Il progetto Pathways*. *Bollettino Adapt*, www.bollettinoadapt.it, 17 May 2016, 2 et seq.

Lourenço L. – Pohjankoski P., *Breaking Down Barriers? The Judicial Interpretation of "Disability" and "Reasonable Accommodation" in EU Anti-Discrimination Law* in U. Belavusau and K. Henrard, *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender*, 2018, Hart, 321 et seq.

Pastore M., *Disabilità e lavoro: prospettive recenti della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Rivista del Diritto e della Sicurezza Sociale*, XVI, 1, 2016, pp. 199 et seq.

Waddington L., *Saying All the Right Things and Still Getting it Wrong. The Court of Justice's Definition of disability and Non-Discrimination Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 22,4,2015, 56 et seq.

Waddington L., *The Influence of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities on EU Non-Discrimination Law*, in U. Belavusau and K. Henrard, *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender*, 2018, Hart, 363 et seq.

**Gracias
por su atención!**

angela.vernia@giustizia.it