La discriminación por razón de discapacidad por denegación de ajustes razonables: valoraciones al hilo de un caso concreto (sentencia Trib. Const. núm. 51/2021) y más allá*

*Discrimination on the basis of disability
due to denial of reasonable accommodation: assessments
in the context of a specific case (Constitutional
Court Ruling No. 51/2021) and beyond.*

FERNANDO PÉREZ DOMÍNGUEZ**

Universidad de Huelva

ORCID: 0000-0003-1727-9864

Fecha de recepción: 31 de julio de 2021

Fecha de aceptación: 27 de septiembre de 2021

SUMARIO: I. El Tribunal Constitucional español y la transición del modelo médico al modelo social de la discapacidad. II. Los hechos de la sentencia Trib. Const. núm. 51/2021: la dinámica asistencial como antesala de la conducta discriminatoria. III. La recepción constitucional de un modelo regulatorio acuñado internacionalmente. IV. La noción de discapacidad de la Convención DDD y el desarrollo de la tutela antidiscriminatoria. V. El derecho a ajustes razonables en el empleo: precisiones sobre su articulación práctica y efectos sobre la valoración de la conducta del trabajador con discapacidad. VI. Conclusiones.

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

** Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional: «<http://orcid.org/0000-0003-1727-9864>.»

RESUMEN: Con motivo de la sentencia del Tribunal Constitucional de España (TCE) *núm. 51/2021*, este trabajo analiza como este tribunal viene asimilando el nuevo concepto de discapacidad y el modelo regulatorio derivado de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad —modelo social—. Se hace balance de los pronunciamientos anteriores del Tribunal Constitucional en relación con los derechos de las personas con discapacidad y se estudia, en particular, la sentencia *núm. 51/2021*: primera que aprecia una vulneración de la prohibición de discriminación por razón de discapacidad en el ámbito de las relaciones laborales por denegación de ajustes razonables. Ello permite evidenciar las notas distintivas del concepto de discapacidad establecido por la Convención, su enorme potencial en materia de tutela antidiscriminatoria y advertir relevantes precisiones sobre el desenvolvimiento de derecho a ajustes razonables en el ámbito del empleo.

ABSTRACT: On the occasion of the Spanish Constitutional Court's judgment *no. 51/2021*, this paper analyzes how this court has assumed the concept of disability and the regulatory model derived from the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (social model). It's made a balance of the previous pronouncements of the Constitutional Court about rights of people with disabilities and, in particular, it's studied the judgment *no. 51/2021*: the first one that appreciates a violation of the prohibition of discrimination on grounds of disability in labor relations for denial of reasonable accommodation. This allows highlighting the distinctive features of the concept of disability established by the Convention, its enormous potential in terms of antidiscrimination protection and note relevant details about the development of the right to reasonable accommodation in the field of employment.

PALABRAS CLAVE: *discapacidad, igualdad de trato, discriminación, igualdad de oportunidades, modelo médico, modelo social, ajustes razonables, jurisprudencia.*

KEYWORDS: *disability, equal treatment, discrimination, equal opportunities, medical model, social model, reasonable accommodation, case law.*

I. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y LA TRANSICIÓN DEL MODELO MÉDICO AL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD

El actual modelo de tratamiento jurídico de la discapacidad es uno de los ejemplos más evidentes y desarrollados de construcción de un sistema de tutela multinivel de los derechos humanos. Igualmente, es comúnmente aceptado que el desarrollo de dicho sistema viene determinado decididamente por la acción normativa surgida en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) desde finales de la década de los 70 del siglo XX (Biel Portero 2009); cuyo último hito más representativo habría sido la aprobación en el año 2006 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad¹ (Convención DPD).

La Convención DPD, que constituye el primer instrumento internacional de protección de los derechos humanos de alcance universal del siglo XXI, ha supuesto la evolución y tránsito entre dos modos de tratamiento de la discapacidad que, partiendo de concepciones diferentes de la misma, han determinado regulaciones internacionales y nacionales igualmente diversas (Biel Portero 2009: 12-19). Muy sucintamente², el primero de ellos –el llamado modelo médico– entiende la discapacidad como un rasgo o atributo individual derivado, sin más, de una determinada condición de salud que limita, incapacita o invalida a la persona para la realización de distintas funciones vitales a nivel individual o social. Ante ello, desde el derecho y el Estado, procede una actuación reparadora, compensadora, asistencial o protectora de la persona afectada –diferente por su deficiencia– para adaptarla,

¹ La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad fue adoptada por la Resolución 61/106 de la Asamblea General de la ONU de 13 de diciembre de 2006. Fue firmada por España el 30 de marzo de 2007, entrando finalmente en vigor el 8 de mayo de 2008.

² La literatura científica sobre esta evolución de la respuesta jurídica y social a la discapacidad es vastísima y diversa en perspectivas. A título ilustrativo, véanse Cabra de Luna 2004; Palacios y Bariffi 2007; Palacios 2008; Padilla-Muñoz 2010; Victoria Maldonado 2013.

en la medida de lo posible, a la dinámica social normal o general. Por su parte, el modelo social entiende que la situación de exclusión o los impedimentos para que una persona con discapacidad pueda desarrollarse y participar plenamente en todos los ámbitos no derivan de sus condiciones individuales y funcionales sino de las actitudes, el entorno y la dinámica social, que no tiene en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad; siendo esa percepción social –y no su condición de salud– la causa de su exclusión o falta de integración. Como consecuencia, las personas con discapacidad son unos miembros más de la sociedad en pie de igualdad con el resto en cuanto a sus derechos y posibilidades de desarrollo y participación; de forma que debe ser la sociedad la que, aceptando la diversidad de aquéllas, elimine las barreras que las excluyen y disponga los apoyos y demás medidas necesarias para hacer posible el pleno y efectivo disfrute de sus derechos y, con ello, una integración plena con normalidad e igualdad.

La evolución entre un modelo y otro ha supuesto un largo e importante proceso de reforma de normas tanto de carácter técnico³ como jurídico⁴, advirtiéndose una estrecha influencia entre ellas.

³ En el plano de las normas técnicas, destaca la Organización Mundial de la Salud (OMS), que elaboró –con una voluntad unificadora– dos clasificaciones sucesivas que evidencian, desde el plano médico, la evolución de un modelo o concepción a otro: la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM) de 1980, y la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) de 2001; siendo esta última a la que se debe la generalización del término discapacidad como comprensivo de la compleja realidad que ésta encierra actualmente. Siguiendo a Biel Portero 2009: 22-25, “[l]a CIDDDM sigue el modelo de las consecuencias de las enfermedades, a través de una secuencia lineal. En esta secuencia, es la enfermedad o trastorno la que origina la aparición de una deficiencia, que dará lugar a una discapacidad que, a su vez, determinará la existencia de una minusvalía en el individuo”; mientras que “la CIF se refiere a la discapacidad, no como un componente, sino como un término genérico global que determina el fenómeno multidimensional resultante de la interacción de las personas con su entorno físico y social”. Sobre esta cuestión, véase igualmente Cáceres Rodríguez 2004: 74-77.

⁴ Un análisis detallado y sistemático de dicho proceso en el seno de la ONU, el Consejo de Europa y la Unión Europea en Biel Portero 2009: 37-172, 172-238

Desde el plano jurídico, la transformación ha tenido reflejo en instrumentos internacionales generales⁵ y, sobre todo, específicos⁶

y 240-300, respectivamente.

⁵ El cambio de enfoque jurídico de la discapacidad se aprecia con claridad si se contrastan los silencios y referencias a ella en los instrumentos generales de protección de los derechos humanos anteriores al proceso impulsado por la ONU a finales del siglo XX. Entre los silencios, destaca la no inclusión de la discapacidad en las prohibiciones generales de discriminación recogidas en los artículos 7 Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), 26 Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (ICCPR), 2.2 Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en el marco de la ONU; los artículos 1.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención ADH) y 3 del Protocolo de San Salvador (Pss), en el marco normativo propio de la Organización de los Estados Americanos (OEA); y el art 14 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (Convenio EDH) junto con su Protocolo 12 e incluso el art. E de la Carta Social Europea Revisada (Carta SER), en el contexto regional del Consejo de Europa. La excepción se encontraría, precisamente, en el marco normativo más actual de la Unión Europea, donde tanto el art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), como el art. 21.1 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta DFUE), sí contemplan la discapacidad entre las causas de discriminación prohibidas. Mayor trascendencia práctica –dado el carácter abierto de las cláusulas generales antidiscriminatorias– tienen las referencias expresas que los textos internacionales clásicos hacen a la discapacidad con motivo del reconocimiento de derechos *ad hoc* de carácter prestacional o del mandato a los Estados Parte de llevar a cabo una particular acción asistencial, protectora y compensadora de la discapacidad. Tal sería el caso de los arts. 25 DUDH o 9.1 del Protocolo de San Salvador, que reconocen derechos de sustitución de las rentas del trabajo bajo el régimen de seguridad social u otros. En tales preceptos subyace una concepción economicista y reduccionista de la discapacidad, pues la única discapacidad jurídicamente sería aquella que, por su entidad, impide a las personas obtener por sí mismas los medios económicos para sostenerse. El contraste lo pondría el art. 15 de la Carta SER de 1996 (frente a la redacción de la Carta original de 1960), al reconocer a las “personas minusválidas” un más rico y amplio “derecho a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad”.

⁶ Además de la paradigmática acción normativa desarrollada en la propia ONU, entre los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que tratan específicamente de la discapacidad destacan, de un lado, las Resoluciones y Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa de alcance general sobre integración y participación de las personas con disca-

de protección de los derechos humanos, así como en su posterior incorporación y desarrollo por los ordenamientos nacionales (De Asís Roig *et al.* 2008; Pérez Bueno 2012; Pérez Bueno y De Lorenzo 2016; Campoy Cervera 2017); dando lugar a un proceso que actualmente sigue vivo⁷. Como no puede ser de otra forma, dicho proceso no sólo se materializa en el terreno de la producción normativa sino, muy particularmente, en el ámbito de la interpretación y aplicación jurisprudencial.

En ese sentido, cobra especial interés valorar cómo viene asimilando el TCE la nueva concepción de discapacidad y el nuevo modelo de tratamiento jurídico de la misma que deriva de la Convención DPD. La reciente sentencia *Trib. Const. 51/2021* —15 marzo— a cuyo análisis se dedican fundamentalmente estas pá-

pacidad [supuso la asunción del modelo social de discapacidad la Resolución AP(84)3 del Comité de Ministros, de 17 de septiembre de 1984, a la que siguieron dos Recomendaciones en 1992 y 2006 y otros actos adoptados sobre la cuestión disponibles en: «<https://www.coe.int/en/web/disability/adopted-texts>» [Consultado el día 27 de septiembre de 2021]. De otro lado, destacan instrumentos específicos limitados a la lucha contra la discriminación por discapacidad, como la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (CIEFDPD), adoptada el 6 de julio de 1999; o bien otros instrumentos circunscritos al ámbito o sector concreto del trabajo y el empleo, como es el caso de determinados Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) —v.gr. la Recomendación núm. 99 y el Convenio núm. 159— y de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en el contexto de la Unión Europea (UE).

⁷ Sirvan de ejemplo algunas de las iniciativas legislativas aprobadas recientemente que se inspiran directamente en previsiones de la Convención DPD: Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente (BOE núm. 328, 17 diciembre 2020); Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (BOE núm. 340, 30 diciembre 2020), en relación con la educación inclusiva; Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE núm. 132, 3 junio 2021).

ginas— ofrece una ocasión propicia para ello; en primer lugar, por su fondo o sustancia y, en segundo lugar, porque permite advertir el sentido o tendencia de la acción del Tribunal Constitucional español en materia de tutela de los derechos de las personas con discapacidad.

De acuerdo con ello, la *sentencia Trib. Const. núm. 51/2021*, dictada en resolución de un recurso de amparo, es la última de las pocas sentencias del Tribunal Constitucional dictadas tras la entrada en vigor en España de la Convención DPD. Además, es la primera que acomete —y aprecia— una vulneración de la prohibición de discriminación por razón de discapacidad en el ámbito de las relaciones laborales por denegación de ajustes razonables. Es de suponer⁸ que tales circunstancias hayan llevado al Tribunal a considerar que el caso revestía especial trascendencia constitucional a efectos de su admisión a trámite por plantear un problema o afectar “a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal” (*Trib. Const., sentencia núm. 51/2021*, cit. Ant. Hec. 4).

Con anterioridad a la aprobación de la Convención DPD, los pronunciamientos en materia de discapacidad del CTE pueden clasificarse, principalmente, en dos grupos. De un lado, aquellas resoluciones que —directa o indirectamente— analizan concretas regulaciones legales que, sobre la base de la igualdad de oportunidades, establecen tratos jurídicos diferenciados bajo la premisa de la consideración de la discapacidad como un argumento legitimador de tal diferencia, ya sea objetiva y razonable —*ex art. 14 de la Constitución Española (CE)*— o en clave de acción positiva —*ex arts. 9.2 y 49 CE*—⁹. De otro lado, se aprecia una serie de senten-

⁸ Se supone y no se afirma porque el TCE, mantiene su costumbre de indicar de forma genérica el motivo por el que aprecia especial trascendencia constitucional para la admisión de una demanda, pero no procede a aplicarlo, contrastarlo y justificarlo en las circunstancias del caso concreto.

⁹ A este primer grupo pertenecen las cuestiones de inconstitucionalidad resueltas, en primer lugar, por la *sentencia Trib. Const. núm. 215/1994* (14 julio). Ésta avaló la despenalización de la esterilización forzosa de personas incapacitadas

cias del TCE sobre la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva y sus garantías —art. 24 CE— en el caso concreto de las personas con discapacidad¹⁰. En ellas se cuestiona la autonomía

judicialmente por padecer una grave deficiencia psíquica. Una lectura del art. 49 CE desde la perspectiva del modelo médico condujo a considerar no contraria a la CE la previsión de un sistema de sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad para disponer sobre su integridad física que ha estado vigente hasta su reciente derogación por la referida Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal (BOE núm. 328, 17/12/2020). En las *sentencias Trib. Const. núm. 197/2003* (30 octubre) y *78/2004* (29 abril) se cuestionaba la previsión de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) que impedía declarar en situación de gran invalidez a las personas mayores de 65 años, edad tras la que no cabían revisiones de la evolución o grado de las situaciones de invalidez permanente; cosa que sí resultaba posible con las personas menores de dicha edad. El Tribunal avaló la regulación legal diferenciadora por razón de edad entre personas “inválidas” sobre la base del “amplio margen de decisión que tiene el legislador en la configuración del sistema de Seguridad Social” (*Trib. Const., sentencia núm 197/2003*, cit.: Fund. Jur. 5), y de que “los arts. 41 y 50 CE no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos” (Fund. Jur. 3) para las situaciones de vejez e invalidez. Aun tratándose de un recurso de amparo, la *sentencia Trib. Const. núm. 269/1994* (3 octubre), por su parte, respaldó indirectamente la constitucionalidad de la reserva de un porcentaje de plazas para personas con discapacidad en los procesos selectivos de acceso a la función pública a raíz del recurso presentado por un aspirante del régimen general que resultó finalmente excluido como consecuencia de la existencia de tal reserva de plazas. El Tribunal deniega el amparo y confirma la adecuación constitucional de una medida de acción positiva conforme con el mandato promocional de la igualdad de oportunidades reales y efectivas (de acceso al empleo, en este caso) derivado de los arts. 9.2 y 49 CE, además de reconocer la discapacidad como una de las condiciones comprendidas en el listado abierto de causas de discriminación del art. 14 CE. Finalmente, cabe también en este primer grupo, la *sentencia Trib. Const. núm. 129/1999* (1 julio), que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad contra el (hoy derogado) art. 211.2 del Código Civil relativo al internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico; si bien su interés es menor al abordarse su resolución desde la perspectiva de la libertad personal y sus garantías (art. 17 CE) en vez desde la igualdad y la atención a la discapacidad.

¹⁰ En primer lugar, destaca la *sentencia Trib. Const. núm. 311/2000* (18 diciembre) que otorga el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia) y a la igualdad de la madre de una mujer incapacitada judicialmente a la que en la jurisdicción ordinaria se negó legitimación activa

en el ejercicio, así como la igualdad de trato —o no— en el disfrute

para interponer, como tutora de su hija, demanda de separación matrimonial contra el marido de ésta. La salvaguarda de la posición de la madre-tutora de la cónyuge con discapacidad que establece la sentencia, obedece claramente a la lógica del modelo médico de atención a la discapacidad, por el que se sustituye la acción de la persona con discapacidad por la mediación o representación de otra persona, al asumir como natural e inevitable su falta de autonomía o su condición limitada. En una línea similar, en la sentencia *Trib. Const. 174/2002* (9 octubre), se procede a la tutela indirecta de los derechos e intereses de una persona con discapacidad mediante el otorgamiento de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de su padre. Éste, que compartía la patria potestad con su exesposa y madre de la persona con discapacidad, no fue citado convenientemente en el proceso iniciado por esta última para proceder a la incapacitación judicial de su hija y rehabilitar la patria potestad exclusivamente a su favor. Según señala el Tribunal, la intervención del padre en dicho procedimiento “constituye un derecho del presunto incapaz que, por su singular enfermedad mental, no estaba posibilitado de ejercer personalmente su derecho de defensa” (Fund. Jur. 6), de manera que “en su cualidad de progenitor (...) el recurrente está legitimado para hacer valer todos aquellos derechos e intereses que pudieran corresponder a su hijo” (Fund. Jur. 4). La sentencia *Trib. Const. núm. 141/2003* (14 julio), recoge un supuesto en el que la condición de persona con discapacidad de la recurrente no supone diferencia alguna en el modo de ejercer o en el alcance sustantivo del derecho a la tutela judicial en su dimensión de derecho a la inmodificabilidad o intangibilidad de las resoluciones judiciales. El caso trataba de la impugnación de sendos autos judiciales dictados en trámite de aclaración de sentencia que, excediéndose, procedían a la modificación efectiva del grado de minusvalía y a la desestimación de una demanda previamente estimada en materia de pensión de invalidez no contributiva. Por último, la sentencia *Trib. Const. núm. 199/2006* (3 julio) parece apuntar en la línea que finalmente marcará la CDPD en relación con la plena integración de las personas con discapacidad y la plenitud de sus derechos. En el caso, una persona con discapacidad –cuyas circunstancias eran conocidas por el órgano judicial al tener constancia de un procedimiento de incapacitación en curso– fue procesada en rebeldía y condenada en un pleito sobre arrendamiento de vivienda sin que se llegase a articular mecanismo alguno para su representación y defensa que garantizara su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. El Tribunal señala que el órgano judicial en vía ordinaria no procedió “con la diligencia debida para una correcta constitución de la relación jurídico-procesal, que satisficiera las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión” (Fund. Jur. 5) en el particular caso de una persona con discapacidad; lo que parece anunciar la necesidad de proveer de los apoyos y ajustes razonables necesarios

de tal derecho por parte de las personas con discapacidad o, dicho en otros términos, su condición de sujeto pleno del derecho y la necesidad de adoptar determinadas cautelas o garantías en atención a la discapacidad que garanticen la posibilidad de ejercicio de todas las facultades de ese derecho.

Continuando con la línea recién apuntada en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional consideró la Convención DPD —art. 13— por primera vez en su sentencia núm. 7/2011 —14 febrero, Fund. Jur. 4—. En ella otorgó el amparo a una persona con discapacidad por vulneración del derecho a la asistencia letrada como garantía inexcusable en procesos de incapacitación ante la insuficiencia del nombramiento de defensor judicial y la falta de adopción, por el órgano judicial, de las medidas necesarias para que la persona cuya incapacitación había sido instada pudiera comparecer en el proceso con su propia defensa y representación, libremente designada o a través del turno de oficio. A la tutela del derecho reconocido en el art. 24 CE y sus garantías se dirigieron también las posteriores sentencias *Trib. Const. núm. 77/2014* —22 mayo—, por la omisión de diligencias complementarias en el emplazamiento personal de un acusado con discapacidad mental que permitieran asegurar la comprensión de las consecuencias de su incomparecencia; así como las sentencias *Trib. Const. núm. 31 y 85/2017* —27 febrero y 3 julio, respectivamente—, relativas a la celebración de una vista sin la presencia preceptiva del fiscal designado como defensor judicial en procesos sobre capacidad de las personas.

En definitiva, en esta serie de resoluciones, el Tribunal Constitucional interpreta el art. 24 CE a la luz del art. 13 Convención DPD, dando una respuesta garantista e inclusiva a situaciones planteadas en procesos jurisdiccionales en los que la presencia de una persona con discapacidad obliga a los órganos judiciales a llevar a cabo “ajustes de procedimiento” que aseguren de manera efec-

para el pleno disfrute del derecho en condiciones de igualdad con el resto de las personas sin discapacidad.

tiva el pleno ejercicio del derecho a la tutela judicial en igualdad de condiciones con el resto. En particular, ello supone, en muchos casos, no asumir –sin más– las omisiones de actos procesales por parte de las personas con discapacidad como una conducta normal y plenamente consciente; sino reparar en que esa pasividad puede deberse al hecho de no proporcionarse esos ajustes de procedimiento o una mayor diligencia en las actuaciones que permitan una correcta comprensión de los trámites procesales y sus consecuencias, de manera que la persona con discapacidad pueda así ejercer con plenitud e igualdad su derecho.

De forma más puntual¹¹, el Tribunal ha tutelado el derecho al honor y a la propia imagen de una persona con discapacidad en la

¹¹ Con posterioridad a la entrada en vigor en España de la Convención DPD, el Tribunal Constitucional ha resuelto, además de los reseñados, otros casos relativos a personas con discapacidad, si bien no se aprecia en ellos una particular incidencia de las previsiones de la Convención. De un lado, destaca la serie de sentencias relativas a la inobservancia de diversas garantías del procedimiento para el internamiento forzoso por razón de trastorno psíquico previsto en el art. 763 LEC —sentencias *Trib. Const. núms. 141/2012*, 2 julio; *13/2016*, 1 febrero; *34/2016*, 29 febrero; *132/2016*, 18 julio—. En tales casos, el Tribunal abordó el enjuiciamiento desde la exclusiva perspectiva de las garantías relativas a las privaciones de libertad derivadas del art. 17 CE y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal EDH) al respecto, sin entrar en consideraciones acerca de la falta de idoneidad de la medida de internamiento para el caso de las personas con discapacidad mental a la luz de las previsiones del Convención DPD a pesar de que la Fiscalía sí argumentó en tal sentido en alguno de esos casos —v.gr. *34/2016*—. Asimismo, en su Auto núm. 196/2016 —28 noviembre—, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de súplica contra la inadmisión de un recurso de amparo relativo a la exclusión legal de las personas incapacitadas judicialmente del derecho de sufragio. Para considerar que no hay vulneración del derecho fundamental, la resolución del Tribunal se escuda en el margen de configuración legal del derecho sufragio, que abarcaría la posibilidad de excluir a las personas declaradas incapaces en virtud de sentencia judicial firme como preveía entonces el art. 3.1.b Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG). A pesar de ello, el Auto cuenta con un voto particular que, sobre la base del art. 29 Convención DPD, 10.2 y 23 CE, aboga por la inconstitucionalidad de tal exclusión y por el reconocimiento pleno y efectivo del derecho de participación política a las personas con discapacidad en línea con la posterior

sentencia *Trib. Const. núm. 208/2013* —16 diciembre—, si bien entonces consideró la Convención DPD de forma muy matizada al no estar aún en vigor en España en el momento de los hechos y considerar, además, que el avance en la concepción de la tutela de las personas con discapacidad que la Convención entraña dependía de una “protección legislativa adecuada [...] aún no suficientemente desarrollada” (Fund. Jur. 6). Finalmente, en materia de tutela antidiscriminatoria el TCE ha acometido, aunque denegando el amparo, la discriminación por razón de discapacidad en relación con el derecho a la educación inclusiva frente a la escolarización en centros de educación especial —sentencia *Trib. Const. núm. 10/2014*, 27 enero—, y otorgando el amparo, sin embargo, la discriminación por razón de edad y discapacidad en relación con la exclusión del derecho a determinadas prestaciones del sistema de atención a la dependencia —sentencia *Trib. Const. núm. 3/2018*, 22 enero—; siendo estos dos últimos los antecedentes más inmediatos del caso que nos ocupa.

II. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA TRIB. CONST. NÚM. 51/2021: LA DINÁMICA MÉDICO-ASISTENCIAL COMO ANTESALA DE LA CONDUCTA DISCRIMINATORIA

Los hechos de los que trae causa la sentencia derivan de la sanción disciplinaria impuesta a un trabajador, empleado público —letrado de la Administración de Justicia—, por graves y reiterados incumplimientos, desatenciones y retrasos en las funciones inherentes a su puesto de trabajo. La detección de tales incumplimientos se produce en el marco de una inspección rutinaria del órgano judicial en que el trabajador desempeñaba sus funciones a cargo del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). Fruto del segui-

reforma de la LOREG que derogaría las exclusiones de los apartados b y c del art. 3.1. LOREG (Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, BOE núm. 294, 06/12/2018).

miento realizado tras la inspección se apunta a que el motivo de los incumplimientos advertidos se debe a la idoneidad y capacidad del trabajador para el concreto puesto que ocupaba, y no a una cuestión de indisciplina.

A la luz de tales circunstancias, la administración empleadora optó por acudir al régimen de la seguridad social incoando un expediente de jubilación por incapacidad permanente del trabajador. Sin embargo, esta vía resultó infructuosa pues, tras las valoraciones pertinentes, el órgano correspondiente de la seguridad social consideró que el trabajador-funcionario no sufría afecciones que le imposibilitaran totalmente para las funciones de su puesto de trabajo. En la medida en que los incumplimientos en el desempeño de sus funciones continuaban, la administración empleadora decidió iniciar la vía disciplinaria, entendiéndose que la denegación de la incapacidad permanente a efectos de la seguridad social respaldaba la culpabilidad del empleado al descartarse razones médicas que justificaran sus incumplimientos.

Es en el marco de la tramitación del expediente disciplinario donde el trabajador, al contestar al pliego de cargos, revela que sufre síndrome de Asperger aportando informe psiquiátrico acreditativo del diagnóstico y de su seguimiento desde hace más de diez años. Con tal motivo, propone diligencia de reconocimiento psiquiátrico, alega una posible discriminación por razón de discapacidad, así como el derecho a ajustes razonables en su puesto de trabajo. Adicionalmente, solicita la suspensión del procedimiento disciplinario alegando la conveniencia de esperar a la resolución del procedimiento administrativo de reconocimiento de discapacidad¹² que, de forma paralela, había iniciado. La resolución de dicho procedimiento —que se incorporó al expediente disciplinario tan pronto fue emitida y antes de su finalización— reconoció al trabajador, inicialmente, “un trastorno del desarrollo de etiología no filiada

¹² Al amparo del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (TRLGDDP, BOE núm. 289, 03/12/2013).

con una discapacidad del 10%”; si bien, fuera ya del marco temporal del procedimiento disciplinario, y a resultas de un procedimiento de revisión, se verá elevada posteriormente a un grado total del 34%.

Ninguna de las peticiones, diligencias y alegaciones del trabajador en relación con su discapacidad y en descargo de las infracciones atribuidas resultó atendida, de forma que la administración empleadora concluyó apreciando una infracción muy grave e imponiendo una sanción de suspensión de empleo y sueldo. El trabajador recurrió sucesivamente la sanción en vía administrativa y judicial alegando, de un lado, la vulneración de sus derechos a la no discriminación por razón de discapacidad no incapacitante —14 CE—, integridad moral —15 CE— y a mantenerse sin perturbaciones ilegítimas en el desempeño de sus funciones como empleado público —23.2 CE—; sin que en ninguna de las instancias fueran estimadas sus pretensiones en tal sentido.

De otro lado, también alegó en sus recursos la violación del derecho a un proceso con todas las garantías, a la defensa, a la prueba pertinente y a la presunción de inocencia —24.2 CE—. Estas últimas alegaciones se justificaban no sólo en el hecho de que ninguno de sus argumentos y peticiones formuladas en su descargo en el procedimiento disciplinario fuera atendido sino, particularmente, en la toma de declaración —durante la instrucción del expediente disciplinario— a cuatro testigos anónimos —secretos— y a otro testigo de cargo espontáneo —testigo sorpresa—; declaraciones que se produjeron sin conocimiento y sin posibilidad de que el demandado o su letrado pudieran intervenir en su práctica. Las denuncias de violación relacionadas con las garantías del 24.2 CE resultaron parcialmente estimadas en vía ordinaria por parte del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo; si bien, en la resolución del posterior recurso de apelación, la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional confirmó la sanción disciplinaria impuesta en todos sus extremos sin estimación alguna de las pretensiones del empleado público.

Concluida la vía judicial ordinaria tras la inadmisión del recurso de casación, quedó expedita la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, donde el trabajador encuentra, finalmente, amparo¹³. En su demanda ante este último, el demandante precisa sus alegaciones en la vulneración de los derechos a no sufrir discriminación por razón de discapacidad —14 CE—, al proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia —24.2 CE—.

III. LA RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE UN MODELO REGULATORIO ACUÑADO INTERNACIONALMENTE

La fundamentación jurídica del Tribunal en esta sentencia destaca, en primer término, por confirmar, al amparo del art. 10.2 CE, la recepción de todo el acervo jurídico internacional derivado de la Convención DPD a los efectos de definir y afirmar el modelo constitucional de tratamiento de la discapacidad, en general, y de la discriminación por razón de discapacidad, en particular. Si bien dicha recepción ya se había constatado en sentencias precedentes —v. gr. la núm. 3/2018, cit.—, en ésta se afirma que el Tribunal otorga “especial relevancia exegética a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad” (Fund. Jur. 3.a, párr. 2).

Además, el Tribunal observa que dicha recepción tiene lugar no sólo mediante la influencia directa de la Convención DPD sobre el legislador español¹⁴ derivada del compromiso internacional ad-

¹³ Merece destacarse el hecho de que tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal coincidieran en instar la denegación del amparo por vulneración del derecho a la no discriminación —la Fiscalía interesaba el amparo, aunque sólo por el 24.2 CE—. Esta circunstancia extraña sobremanera en el caso de la Fiscalía, que en procesos de amparo anteriores había mostrado un particular y loable activismo en la aplicación de los principios y criterios de tratamiento jurídico de la discapacidad dimanantes de la Convención DPD —v. gr. sentencias *Trib. Const. núms. 10/2014, 34/2016, 31/2017, 3/2018*, cit.—.

¹⁴ En particular, el Tribunal refiere como resultado directo de la Convención el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad (TRLGDPD) (Fund. Jur. 3.a, párr. 4).

quirido con su ratificación, sino también como consecuencia de la aceptación e integración del modelo normativo de la Convención DPD como fuente interpretativa por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal EDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE); esto es, los dos marcos regionales de protección internacional de los derechos humanos que más influencia ejercen en el ordenamiento jurídico español tanto por su vigencia en España —*ex art. 96 CE*— como por la vía del art. 10.2 CE (Fund. Jur. 3.a).

De esta forma, el Tribunal evidencia que el marco jurídico de protección de la discapacidad constituye uno de los ejemplos más claros de sistema de tutela multinivel de los derechos humanos determinado decididamente, en este caso, por una acción normativa surgida del marco ONU. La penetración del modelo establecido en la Convención en los demás sistemas de protección internacional, es reflejada por el Tribunal de forma particularmente pormenorizada¹⁵. En el caso del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (Convenio EDH), se señalan las concretas referencias jurisprudenciales en las que el Tribunal EDH ha afirmado, primero, la inclusión de la discapacidad en su cláusula general antidiscriminatoria —art. 14 Convenio EDH— y, segundo, en las que ha tomado la Convención DPD como fuente

¹⁵ A pesar de ello, debe constatar, y denunciarse, la —frecuente— ausencia en las resoluciones del TCE de referencias a la Carta Social Europea y a la doctrina de su órgano de control y garantía: el Comité Europeo de Derechos Sociales. Además del tratamiento específico de la discapacidad por el reconocimiento de derechos sociales concretos en la Carta, la doctrina del Comité viene asumiendo una lectura de los derechos de las personas con discapacidad en línea con los principios de igualdad de trato, no discriminación, inclusión, accesibilidad universal, etc. propios de la Convención DPD, así como la aplicación de técnicas como la de los ajustes razonables. El 29 de abril de 2021, España ratificó, por fin, la Carta SER, así como su Protocolo Adicional que establece el sistema de reclamaciones colectivas (BOE núm. 139, 11/06/2021). Sería deseable que este hecho determinara una mayor atención por parte del Tribunal Constitucional a la interpretación de los derechos sociales a la luz de la Carta SER y una mayor disposición a considerar la doctrina de su Comité, particularmente, aquella —más concreta y precisa— dictada en aplicación de tales reclamaciones colectivas.

para la interpretación de los derechos y garantías del Convenio EDH (Carmona Cuenca 2017; Larrazábal Basañez 2021).

En el caso del Derecho de la Unión Europea, por su parte, se indica el triple fundamento que en este contexto tiene la protección de la discapacidad: el reconocimiento expreso en la Carta DFUE — arts. 21 y 26—, la adhesión de la propia UE a la Convención DPD y su integración en el propio ordenamiento de la UE y, finalmente, la labor jurisprudencial del TJUE en aplicación, particularmente, de la Directiva 2000/78/CE. Esta última referencia comporta especial relevancia, pues la interpretación de esta Directiva a la luz de la Convención DPD ha dado lugar a una relevante serie de sentencias del TJUE —algunas de ellas referidas en el Fund. Jur. 3.a— en las que, con motivo del despido de trabajadores con enfermedad o condiciones de salud de duración incierta y previsiblemente prolongadas, se ha procedido a extender la noción de discapacidad a tales situaciones para considerar discriminatorias por tal razón las decisiones empresariales¹⁶.

¹⁶ En particular, el TCE cita en el Fund. Jur. 3.a de su resolución, las sentencias del TJUE de 11 de abril de 2013, C-335/11 y C-337/11 acumulados, asunto *HK Danmark y otros*; de 18 de marzo de 2014, Gran Sala, C-363/12, asunto *Z. vs. A Government department and the Board of management of a community school*; de 18 de diciembre de 2014, C-354/13, asunto *Fag og Arbejde (FOA) vs. Kommunernes Landsforening (KL)*; de 1 de diciembre de 2016, C-395/15, asunto *Mohamed Daouidi vs. Bootes Plus, S.L. y Otros*, y la de 9 de marzo de 2017, C-406/15, asunto *Petya Milkova vs. Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen control*. Al margen de la controversia que tales sentencias europeas están teniendo en la jurisdicción social española (Goñi Sein 2017; Martínez-Gijón Machuca 2017; Molina Navarrete 2019; Monereo Pérez 2019: 681-746), merece apuntar también su impacto sobre la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En particular, la sentencia *Trib. Const. núm. 62/2008* —26 mayo— afrontó desde la discriminación por razón de enfermedad o estado de salud un caso que, muy probablemente tendría hoy una resolución diferente a la luz de la interpretación del concepto de discapacidad sostenida por el TJUE en aplicación de su Directiva 2000/78 desde la perspectiva de la Convención DPD. La sentencia *62/2008* denegó el amparo a un albañil con una enfermedad grave de espalda —y de incierta duración— que fue despedido por su empresa. Aunque el Tribunal reconoció la enfermedad o el estado de salud como una de

Más allá de las referencias internacionales, con esta sentencia el Tribunal Constitucional tiene una nueva oportunidad de consolidar el modelo constitucional de la discapacidad, ya avanzado en algunas resoluciones anteriores¹⁷, basado en la tríada formada por los arts. 14, 9.2 y 49 CE (Bastida Freijedo 2013; Álvarez García 2017). El tratamiento de la discapacidad desde la perspectiva integrada de esas tres previsiones constitucionales supone una relevante evolución que Rey Martínez describe con elocuencia:

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

las causas de discriminación amparables en el art. 14 CE, consideró que en el caso concreto el despido no obedecía a la enfermedad del trabajador y a una intención excluyente, sino al hecho de que el trabajador ocultara su dolencia al empresario en el momento de su contratación. El voto particular discrepante del Magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez exponía con elocuencia: “Las circunstancias expuestas sitúan —al recurrente— en un dilema de consecuencias indeseables [...]. Las resoluciones del Inss le fuerzan [...] a continuar en el mercado de trabajo, ya que el Estado social y Democrático de Derecho le niega la acción protectora de la Seguridad Social, mediante el reconocimiento de una situación de discapacidad [...]. Si acude, no obstante, a la relación laboral [...] se verá despedido [...] por vulnerar la buena fe contractual y ocultar que sufre una lesión-enfermedad”. Ante ello, el Magistrado señalaba: “que existen enfermedades o afecciones crónicas que no alcanzan el grado de una discapacidad, a efectos de los arts. 4.2 c) y 17.1 LET o de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 y que, sin embargo, constituyen una categoría intermedia entre ésta y la simple enfermedad estrictamente funcional para el trabajo y generan, en casos como el enjuiciado en este amparo, acciones discriminatorias”. Esa categoría intermedia que reclamaba estaría siendo reconducida y reconocida actualmente mediante la extensión del concepto de discapacidad a determinadas enfermedades de larga duración por parte del TJUE.

¹⁷ V.gr. sentencias Trib. Const. núms. 269/1994, 3/2018 (cit.).

La discriminación por razón de discapacidad por denegación...

técnica jurídica, la de un principio (art. 49 CE), en el vigente modelo de autonomía, estamos en presencia de un auténtico derecho fundamental (art. 14 CE), con un contenido que en gran parte es exigible judicialmente” (Rey Martínez 2017: 163-164).

Tras el triple fundamento constitucional de la atención a la discapacidad es posible identificar las diferentes técnicas normativas que pueden aplicarse bajo el común objetivo de la plena integración de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad con el resto (Fund. Jur. 3.a, párr. 1; art. 1 Convención DPD): la protección contra toda forma de discriminación como garantía de la igualdad de trato (art. 14 CE), de un lado, y las medidas promocionales de protección, incluidas aquellas de acción positiva, para procurar la igualdad real de oportunidades (arts. 9.2 y 49 CE).

IV. LA NOCIÓN DE DISCAPACIDAD DE LA CONVENCIÓN DPD Y EL DESARROLLO DE LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA

La Convención DPD afirma en su Preámbulo 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” —letra e— para, posteriormente, identificar en su art. 1 a las personas con discapacidad como “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 demás¹⁸”.

¹⁸ Este concepto ha sido asumido en términos muy similares tanto por la legislación española como por el Derecho de la UE. Así, el art. 2.a TRLGDPD define la discapacidad como “una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Por su parte, ante la falta de una definición de discapacidad en la Directiva 2000/78 y circunscrito al ámbito del empleo y la ocupación, el TJUE “ha estimado que el concepto de ‘discapacidad’ en el

Los elementos integrantes de dicha noción de discapacidad establecida por la Convención permiten advertir la asunción del modelo social de la discapacidad antes referido, dotan al concepto de un particular dinamismo y, finalmente, contribuyen a potenciar el alcance y eficacia de la tutela antidiscriminatoria.

La discapacidad se compondría, en primer lugar, de un elemento técnico u objetivo que el art. 1 Convención DPD identifica con la concurrencia de “deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales” (art. 1) en cualquier persona. Se trata, por tanto, de un elemento atinente a la integridad física y la salud de las personas que abarca todo tipo de pérdida o anormalidad de una estructura corporal o de una función fisiológica, con independencia de su causa u origen; cuya apreciación requiere de un criterio técnico de carácter médico basado en la experiencia de la salud.

En tal sentido, la sentencia *Trib. Const. núm. 51/2021* confirma el carácter objetivo de este primer elemento, de manera que desde el plano jurídico no procede hacer valoraciones ni, por tanto, entrar a cuestionar el criterio médico en relación con la concurrencia de la deficiencia en cuestión ni con los síntomas y trastornos en que se manifiesta. El juicio, por tanto, sobre este primer elemento es exclusivamente técnico¹⁹; cuestión que adquiere mayor

sentido de la Directiva 2000/78 debe entenderse como referido a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, 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” —se reitera tal definición en sus sentencias de 11 de abril de 2013, *HK Danmark*, C-335/11 y C-337/11, apartado 38; de 18 de marzo de 2014, *Z.*, C-363/12, apartado 76; de 18 de diciembre de 2014, *FOA*, C-354/13, apartado 53; de 18 de enero de 2018, *Ruiz Conejero*, C-270/16, apartado 28; de 1 de diciembre de 2016, *Mohamed Daouidi vs. Bootes Plus, S.L.*, y otros, C-395/15, apartado 42; y de 11 de septiembre de 2019, *DW vs. Nobel Plastiques Ibérica, S.A.*, C-397/18, apartado 41, entre otras—.

¹⁹ Reveladora resulta en este sentido la afirmación del Tribunal sobre este punto en el Fund. Jur. 6, al remitirse a normas técnicas propias del ámbito de la medicina: “queda fuera del ámbito de esta sentencia cualquier consideración general sobre la naturaleza del síndrome de Asperger, o sobre el grado o supues-

relevancia práctica, como ocurre en el caso, en relación con deficiencias “invisibles” o de difícil percepción como son las de tipo mental, cognitivo o intelectual (Fund. Jur. 4, párr. 10).

En segundo lugar, cabe apreciar un elemento relacional o contextual que introduce de manera esencial en la concepción de la discapacidad la interacción de las personas con deficiencias con su entorno físico y social. Se trata de la principal consecuencia de la asunción del modelo social de la discapacidad, en cuya virtud ésta no trae causa exclusivamente de la condición de salud que supone la deficiencia de una persona —cualquiera que ésta sea—, sino del contexto físico y social y el modo en que éste la percibe, gestiona, responde o reacciona ante ella. Como consecuencia, no toda deficiencia es en sí y por sí discapacitante o, en otros términos, la concurrencia aislada de una deficiencia será condición necesaria, pero no suficiente, para apreciar la existencia de discapacidad.

En directa relación con la consideración del contexto, se aprecia un tercer elemento finalista o funcional que atiende al efecto *barrera* o impeditivo que el entorno físico o social tiene sobre el ejercicio pleno y efectivo de cualquiera de los derechos de las personas con deficiencias y su participación social. Así, la disposición física del entorno —v. gr. lugar de trabajo— o la actitud colectiva —política empresarial, relación con el resto de los trabajadores— con la que se percibe o responde en el ámbito laboral o profesional a las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales del traba-

tos en que puede llegar a limitar de manera significativa la capacidad de quien lo padece. Baste aquí con recordar que recientemente la Organización Mundial de la Salud ha incluido el síndrome de Asperger en la categoría de ‘Trastornos del Espectro del Autismo’ (Clasificación Internacional de Enfermedades, CIE-11, 2018), y que conforme a la Resolución de la Asamblea Mundial de la Salud sobre ‘Medidas integrales y coordinadas para gestionar los trastornos del espectro autista’, las manifestaciones de esos trastornos ‘varían mucho en cuanto a las combinaciones y la gravedad de los síntomas’, y que las personas que los sufren pueden encontrar ‘barreras para participar en condiciones de igualdad en la sociedad’ y ser, en definitiva, víctimas de discriminación por razón de discapacidad (WHA67.8, 19-24 de mayo de 2014, pág. 13)”.

jador debe generar una consecuencia o impacto limitativo o diferenciador sobre los concretos derechos de esas personas y su plena integración. Es esa barrera derivada del entorno o de la interacción entre éste y las deficiencias la que genera o lleva a apreciar, en último término, la discapacidad.

De acuerdo con ello, los elementos contextual —interacción con el entorno— y funcional —generación de barreras— dotan a la discapacidad de una naturaleza dinámica que obliga a admitir que ante un mismo tipo de deficiencia unos entornos generen barreras y otros no, que la tipología e intensidad de éstas varíe y que cada entorno pueda generar barreras diferentes —afectando o impidiendo el pleno ejercicio de derechos diversos— en función de la deficiencia con que interaccionen. Todo ello determina la necesidad de una labor de enjuiciamiento de los hechos y circunstancias concretas concurrentes para determinar si, efectivamente, los impedimentos u obstáculos sufridos por el afectado en sus derechos derivan del modo en que su entorno afronta o responde —por acción u omisión— a su trastorno²⁰.

Así lo hace el Tribunal Constitucional en el caso de la sentencia analizada. En ella, más allá de la evidencia de los incumplimientos y retrasos en las funciones del empleado y la conexión con su trastorno, destaca el valor probatorio de los indicios de discriminación que el Tribunal atribuye al hecho de que, en el marco del seguimiento practicado sobre la actividad del empleado durante la tramitación de expediente disciplinario, se observara una cierta mejoría en su desempeño asociada a la recepción de una puntual acción formativa; lo que acredita la capacidad de influencia decisiva del entorno laboral en la intensificación o mitigación de las

²⁰ Queda patente esta forma de discurrir cuando el Tribunal afirma: “Partiendo de que en este caso estamos, por tanto, ante un trastorno que puede derivar en discapacidad mental, corresponde al Tribunal analizar si [...] esa discapacidad debió provocar en la Administración, y no lo hizo, una serie de ajustes razonables en el puesto de trabajo, y si de la falta de ajustes pudo derivarse la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones laborales que desencadenó la apertura del expediente disciplinario” (Fund. Jur. 6).

dificultades que experimentaba el trabajador (Fund. Jur. 6.a, párr. 3). De acuerdo con ello, la prestación o denegación de ajustes razonables tiene un efecto directo sobre el surgimiento o evitación de la barrera “discapacitante” (art. 2 Convención DPD).

En cuarto lugar, la Convención DPD —y las normas y resoluciones que se basan en ella— sujeta la noción de discapacidad a la concurrencia de un elemento temporal que, si bien no plantea controversia alguna en el caso analizado, debe ser también referido. En efecto, la apreciación de discapacidad requiere que las personas afectadas presenten deficiencias —de cualquier tipo— “a largo plazo”. De esa forma, se pone el acento en la duración de las consecuencias y no en el pronóstico final de la deficiencia. Este factor o elemento temporal se erige en parte esencial del concepto de discapacidad, sobre todo desde la perspectiva de la tutela antidiscriminatoria, pues la negativa percepción de la prolongada duración de los efectos de las deficiencias es la que, en muchos casos concretos, motiva la conducta discriminatoria²¹ que hace emerger la barrera que impide el pleno ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos de las personas que sufren tales deficiencias.

Finalmente, resulta discutible la consideración de un quinto elemento formal como parte integrante del concepto general de discapacidad dimanante de la Convención DPD. Este elemento se concretaría en la exigencia de un reconocimiento, certificación o acreditación formal de la discapacidad, o de su grado o alcance²². A este respecto, la sentencia *Trib. Const. núm. 51/2021* sugiere

²¹ Tal es el caso de las sentencias del TJUE antes referidas en las que se ha procedido a extender la noción de discapacidad a casos de enfermedades o condiciones de salud de duración incierta y previsiblemente prolongada. Véase *supra* nota 16.

²² Tal exigencia aparece mencionada en algunos instrumentos internacionales específicos sobre discapacidad; en particular, así ocurre en algunos Convenios y Recomendaciones de la OIT que tratan de las personas con discapacidad en relación con la readaptación profesional y el empleo, como el Convenio núm. 159 y la Recomendación núm. 99. Asimismo, las normas reguladoras de medidas de carácter prestacional, de acción protectora o incluso de acción positiva justifican la necesidad de contar con un reconocimiento formal de la discapacidad

un par de reflexiones. De una parte, se pone de manifiesto el carácter contingente de dicho elemento formal, al menos, en el particular ámbito de la tutela antidiscriminatoria. Obsérvese a este respecto que el Tribunal no considera relevante el hecho de que el trabajador no acreditara mediante una certificación oficial de algún tipo la discapacidad asociada a su trastorno. Inicialmente, éste se limitó en el curso de la tramitación del expediente sancionador a aportar el informe particular de su psiquiatra al objeto de ofrecer una justificación de sus incumplimientos y solicitar ajustes razonables en su puesto de trabajo. Posteriormente, puede deducirse de los hechos, que el trabajador sí trató de obtener certificación administrativa de reconocimiento de discapacidad al amparo del Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad (TRLGDPD) al objeto de reforzar sus alegaciones y oposición al expediente disciplinario.

Sin embargo, ni el hecho de carecer inicialmente de certificación oficial, ni el hecho de que ésta fuera aportada posteriormente acreditando una discapacidad “ciertamente menor” (Fund. Jur. 6.a), resultan decisivos, a juicio del Tribunal, para dar efectividad al derecho a la no discriminación por denegación de ajustes razonables. Lo realmente relevante a tales efectos parece ser la presentación de un panorama indiciario suficiente de la motivación discriminatoria de la medida disciplinaria adoptada. A la luz del caso, la acreditación de tales indicios puede deducirse de otros elementos tales como la propia declaración del trabajador y los datos revelados por la actuación inspectora sobre el funcionamiento del órgano judicial en que trabajaba el empleado y las concretas evaluaciones y seguimientos realizados sobre su desempeño. En definitiva, la gravedad del acto discriminatorio no depende de que la discapacidad de la víctima esté o no acreditada formalmente,

que acredite, incluso, su grado o nivel de intensidad y alcance, pues tal información no sólo puede ser relevante a efectos de cumplimiento de los requisitos formales para el reconocimiento o la prestación del servicio en cuestión, sino que también puede ser determinante de la selección concreta de la medida a aplicar en cada caso y de su efectividad.

o de que ésta –de existir– establezca una mayor o menor graduación, sino del carácter especialmente rechazable de la motivación del acto, para cuya apreciación puede ser suficiente la constancia de meros indicios de discapacidad.

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

No obstante, más preocupante resulta, como segunda apreciación, las consecuencias que para el trabajador se derivan de la negativa del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) al reconocimiento de la incapacidad permanente pretendida. Como apunta la propia Sentencia, esta circunstancia fue interpretada por la empleadora conforme al “sofisma de que al no ser declarado como ‘totalmente incapacitado’ por el informe del Equipo de Valoración de Incapacidades del INSS, está ‘totalmente posibilitado’ para las funciones que desempeña en su puesto de trabajo” (Fund. Jur. 6); de donde deducía con simpleza la culpabilidad del empleado respecto a los incumplimientos de sus funciones. Sin embargo, como afirma con contundencia el Tribunal: “El hecho de que una persona no esté totalmente imposibilitada para ejercer una actividad profesional, que es lo que afirma el informe del Equipo

de Valoración de Incapacidades, no es óbice para que experimente obstáculos o barreras en el ejercicio de la misma debido a una discapacidad” (Fund. Jur. 8.d.i).

Una segunda manifestación de confusión en torno a las certificaciones de la discapacidad del trabajador tiene lugar en relación con el procedimiento de reconocimiento administrativo de discapacidad iniciado por el trabajador al amparo del TRLGDPD, en cuya virtud se le reconoció inicialmente un grado de discapacidad —leve— del 10%. Durante la vía de recurso contra la sanción disciplinaria impuesta ante la jurisdicción ordinaria, esta circunstancia fue tomada en cuenta para determinar que, por su grado de discapacidad acreditado, el trabajador no tenía derecho a exigir la aplicación de los ajustes razonables, además de otras medidas de garantía, previstos en el referido TRLGDPD. La Audiencia Nacional llegaba a tal conclusión sobre la base de una interpretación errónea²³, por reduccionista, del ámbito subjetivo de esta norma *ex art. 4.2 TRLGDPD*; en cuya virtud el reconocimiento de la condición de persona con discapacidad quedaría limitado a aquellas que pudieran acreditar formalmente el reconocimiento de un grado de discapacidad igual o superior al 33% (antecedente de hecho núm. 2.j). Esta posición supone desconocer el concepto “abierto y dinámico” de discapacidad dimanante del art. 1 Convención DPDP —y del propio TRLGDPD *ex art. 2.a y 4.1*— que se ha expuesto en los párrafos precedentes, así como el carácter contingente del elemento formal en lo que respecta a la eficacia de la tutela antidiscriminatoria.

²³ Sobre este particular, véase en el antecedente de hecho núm. 3.a párr. 3 la elocuente refutación del demandante de amparo.

V. EL DERECHO A AJUSTES RAZONABLES EN EL EMPLEO: PRECISIONES SOBRE SU ARTICULACIÓN PRÁCTICA Y EFECTOS SOBRE LA VALORACIÓN DE LA CONDUCTA DEL TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD

Como ya se apuntó, la sentencia *Trib. Const. núm 51/2021* constituye la primera en la que se aprecia discriminación por razón de discapacidad en el ámbito del empleo por denegación de ajustes razonables. El propio Tribunal constata y subraya este dato —Fund. Jur. 3.a— al referir sus pronunciamientos anteriores sobre el derecho a ajustes razonables en otros contextos; en particular, en los ámbitos de la educación, de la tutela judicial y del acceso a la asistencia o servicios sociales (respectivamente, sentencias Trib. Const. núms. 10/2014, 77/2014 y 3/2018, cit.).

A la novedad que supone el reconocimiento del derecho en un ámbito distinto a los contemplados en casos anteriores, se une el dato, no menor, de que en el empleo la condición de garante de los ajustes razonables —el empleador— puede recaer tanto en una administración pública como en un particular; lo que contrasta con los pronunciamientos anteriores, siempre referidos a ámbitos de intervención y responsabilidad de las administraciones públicas. Si bien en el caso resuelto en la sentencia *núm. 51/2021*, la entidad empleadora es también una administración pública, el Tribunal parece consciente del potencial alcance general sobre el ámbito del empleo de su doctrina sobre los ajustes razonables a partir de este caso. En tal sentido, se aprecia como en distintos pasajes de su resolución, el Tribunal, introduce matices o precisiones, en relación con el empleo público²⁴, adicionales a las afirmaciones previas de alcance general sobre los ajustes razonables en el empleo.

Al igual que ocurriera con la referencia a las diversas fuentes internacionales sobre las que se erige el actual modelo de tratamiento jurídico de la discapacidad, es de destacar el empeño que el Tribunal pone en señalar los fundamentos normativos y jurisprudencia-

²⁴ V.gr. Fund. Jur. 4, párr. 10 y Fund. Jur. 8.d.ii.

les, de ámbito tanto internacional como interno, del derecho a los ajustes razonables (Fund. Jur. 3.a). Así, tras las referencias generales al reconocimiento del derecho a los ajustes razonables, a la calificación de su denegación como una forma más de discriminación y a la obligación de los Estados de asegurar su realización (arts. 2 y 5.3 Convención DPD, arts. 2.m, 63 y 66 TRLGDPD), el Tribunal precisa el *papel fundamental* que desempeña la adopción de los ajustes razonables en el particular ámbito del empleo para combatir la discriminación por discapacidad (Fund. Jur. 4). A tal objeto, incide tanto en las previsiones normativas que evidencian la particular función instrumental de los ajustes razonables al servicio del pleno ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos laborales de las personas con discapacidad (arts. 35 TRLGDPD y 59.2 del Estatuto Básico del Empleado Público), como en las resoluciones que proceden a la exigencia de su realización por parte del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD), del Tribunal EDH y del TJUE²⁵.

A la luz de tales previsiones, el Tribunal conceptúa el derecho a los ajustes razonables como parte integrante del derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación²⁶. Tales ajustes se conciben, además, con una clara función instrumental, “como herramienta para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad” (Fund. Jur. 4, párr. 4). La inclusión de los ajustes razonables entre las facetas o contenidos específicos del derecho a la no discriminación comporta que éstos se vean afectados por el alcance horizontal

²⁵ En concreto, el Tribunal refiere la Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD/C/GC/6), la sentencia Tribunal EDH de 30 de enero de 2018, asunto *Enver Şahin c. Turquía*, y la sentencia TJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto *Dw, C-397/18*.

²⁶ De forma quizá más contundente el Tribunal afirma que “el derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad que consagra el art. 14 CE comprende el derecho a los ajustes razonables, que no impongan una carga desproporcionada o indebida y que son necesarios para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en condiciones de igualdad” (Fund. Jur. 4, párr. 7).

de su eficacia. La principal consecuencia de ello es la importancia de la posición que pasa a ocupar el obligado a prestarlos o *garante* del derecho a la no discriminación de la persona con discapacidad, esto es, el empleador en el caso del entorno laboral. De esta forma, a la tradicional obligación negativa o de abstención que se deriva para el sujeto pasivo del derecho a la no discriminación —no incurrir en conductas discriminatorias—, se añadiría un “deber positivo” (sentencia *Trib. Const. núm. 77/2014*, cit. Fund. Jur. 2) o una “obligación por parte del empleador” de carácter positivo, cuyo incumplimiento “priva de legitimidad la adopción de medidas como el despido o la adopción de medidas disciplinarias” que, pudiendo “estar fundadas, en principio, en razones objetivas y aparentemente neutras” relacionadas con el desempeño de un trabajador, “incurren en discriminación si no se ha garantizado antes la observancia del principio de igualdad de trato de las personas discapacitadas mediante los debidos ajustes” (sentencia *núm. 51/2021*, Fund. Jur., párr. 7).

Fruto de su eficacia horizontal, la condición de garante del derecho a no ser discriminado y, por tanto, de obligado a realizar los ajustes razonables necesarios, puede recaer tanto en particulares como en administraciones públicas. No obstante, el Tribunal introduce por dos veces un matiz en relación con la naturaleza e intensidad de tal obligación en el caso de la administración pública, para quien la realización de ajustes responde a “una triple exigencia constitucional [...] dado que por una parte debe velar por el respeto del derecho fundamental consagrado en el art. 14 CE” —exigencia que habría que entender compartida con los *garantes* particulares— “y, por otra, sobre la misma recaen directamente los mandatos de los arts. 9.2 y 49 CE” (Fund. Jur. 4, párrs. 3 y 10).

De un lado, la afirmación del específico o adicional fundamento de la posición de la administración pública como garante de los ajustes no debe restar importancia y vigencia al mismo deber que recae sobre los particulares y, además, tal planteamiento resulta coherente con la previsión del art. 66.2 TRLGDPD que establece

un régimen de ayudas públicas para contribuir a sufragar los costes derivados de la obligación de realizar ajustes razonables por parte de las personas, entidades u organizaciones obligadas a ello. De otro, sin embargo, el énfasis sobre la dependencia y responsabilidad pública de los ajustes puede desencadenar un cierto efecto diluyente o debilitador del deber de los particulares de realizar tales ajustes; deber que ya se encuentra por sí mismo condicionado al juicio de necesidad, adecuación y proporcionalidad inherente al propio concepto de ajuste razonable.

En otro orden de cosas, una de las aportaciones más relevantes de la sentencia *núm. 51/2021*, por su concreción y trascendencia aplicativa, es la relativa a las condiciones de ejercicio y articulación práctica del derecho y, paralelamente, de activación y alcance de la obligación del garante de los ajustes. En tal sentido, el Tribunal establece que, como regla general, la realización efectiva del derecho a ajustes razonables pasa por la solicitud expresa y formal de los ajustes por parte del trabajador con discapacidad y la acreditación del alcance de la misma; tras lo que habrá de producirse la respuesta del empleador. Ésta deberá ser “expresa y estar debidamente motivada, en particular, cuando deniegue los ajustes solicitados [...], de lo contrario incurrirá en una denegación tácita carente de la debida justificación que vulnera dicho derecho” (Fund. Jur. 4, párr. 8).

A ese supuesto general y obvio, el Tribunal añade un doble supuesto de activación de la obligación de realizar ajustes razonables alternativo a la petición expresa de la persona con discapacidad (Fund. Jur. 4, párr. 9). Así, dicha obligación alcanzará también a los supuestos en que, no habiéndose producido una solicitud formal por la persona con discapacidad, el garante del derecho a no ser discriminado “tenga conocimiento de dicha discapacidad” o, incluso, cuando “debería haberse dado cuenta de que la persona en cuestión tenía una discapacidad que tal vez obligara a realizar ajustes” para superar obstáculos al ejercicio de sus derechos²⁷.

²⁷ El Tribunal Constitucional apoya esta extensión y precisión de la obligación del garante de la realización de los ajustes en la ya referida Observación general

La discriminación por razón de discapacidad por denegación...

En este último caso, esto es, cuando la obligación del empleador derive de su mera sospecha o apreciación personal de la posible discapacidad —no declarada— de un trabajador, su alcance se modula o gradúa en razón de la falta de datos necesarios que permitan constatar la discapacidad y precisar el ajuste adecuado; de forma que el deber del empleador se limitará, en tales circunstancias, a informar al trabajador de su derecho. A este deber mínimo e inicial de información le seguirá, no obstante, inmediatamente, un deber de intervención “tan pronto como se constate la discapacidad”, independientemente de que ello tenga lugar por la confirmación de la propia persona afectada por la discapacidad detectada, o por otros datos y elementos de juicio que obren en manos del empleador o garante de los ajustes²⁸. Tanto en un caso como en otro, todo apunta a que la posición de garante u obligado a realizar los ajustes se concibe bajo las notas de intermediación, activismo y proactividad. Ello resulta coherente con la lógica inclusiva del modelo social de la discapacidad y con la consideración de su elemento o dimensión relacional o contextual, estableciendo así una dinámica muy diferente al carácter rogado de la lógica asistencialista.

Esta configuración del derecho a los ajustes razonables y de la obligación del garante de los mismos determina, finalmente, la resolución del caso —favorable a todas las alegaciones del recu-

núm. 6 (2018) *CRPD/C/GC/6* y en las conclusiones de la abogada general Eleanor Sharpston —puntos 39 y 41—, de 19 de octubre de 2017, en el citado asunto *Ruiz Conejero, C-270/16*, resuelto por sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018.

²⁸ En relación con las particulares circunstancias del caso resuelto por la sentencia de referencia, el Tribunal se detiene en apuntar que tales situaciones de “actuación de oficio” para la realización de ajustes razonables, sin que conste la previa petición expresa de la persona afectada, se producen con mayor frecuencia en el caso de personas con discapacidad mental. Los prejuicios sociales existentes para con las enfermedades y trastornos mentales, así como la propia autopercepción que tienen las personas afectadas de su discapacidad, generarían un “efecto silenciador” que obstaculiza en estos casos el desenvolvimiento de los ajustes razonables y justifica la extensión y precisión de la obligación del garante de los ajustes más allá de los casos en que se solicitan expresamente o en los que la discapacidad es evidente (Fund. Jur. 4, párr. 11).

rente²⁹— y la segunda gran aportación de la sentencia *Trib. Const. núm. 51/2021* en términos doctrinales. Ésta se refiere a la aplicación de la doctrina sobre la distribución de la carga de la prueba en un supuesto de discriminación por discapacidad por denegación de ajustes razonables vinculado a una actuación de la administración en materia disciplinaria³⁰. La clave la da el propio Tribunal al final de su exposición sobre el alcance de la obligación de realizar ajustes razonables sin que conste la previa petición expresa del trabajador afectado o cuando el empleador pueda percatarse de la discapacidad (Fund. Jur. 4, párr. 11): “[...] en estos casos es particularmente importante que el empleador adopte los ajustes razonables [...] tan pronto como tenga conocimiento de tal discapacidad; y, en todo caso, *antes de emprender cualquier acción* que pueda ir en menoscabo del empleo y trabajo de una persona que la sufre, como lo es en todo caso el despido, la jubilación, o *la imposición de medidas disciplinarias*” (la cursiva ha sido añadida).

Sobre la base de esa premisa, el Tribunal afronta las alegaciones relativas a la tramitación del procedimiento disciplinario que concluyó con la sanción del empleado afectado por discapacidad mental y sus posteriores recursos. Desde esa perspectiva, el Tribunal aprecia que, los datos de incumplimiento y retrasos arrojados por la inspección del órgano judicial en que prestaba servicios el recurrente, la constatación de una mejora de su rendimiento a resultas

²⁹ El Tribunal termina apreciando la vulneración de todos los derechos alegados por el recurrente en amparo (igualdad de trato y no discriminación por razón de discapacidad *ex art. 14 CE*) y los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia *ex art. 24.2 CE*), así como del principio de culpabilidad (art. 25.1 *CE*); procediendo finalmente a declarar la nulidad de las resoluciones tanto administrativas como judiciales que establecieron y mantuvieron la medida disciplinaria.

³⁰ Con tal motivo el Tribunal recuerda, de un lado, su doctrina sobre la distribución de la carga de la prueba como instrumento de tutela antidiscriminatoria, en particular, frente a la actuación de la administración tanto discrecional como reglada (Fund. Jur. 3.b); y de otro, su doctrina sobre el principio de culpabilidad y la presunción de inocencia en materia de Derecho administrativo sancionador (Fund. Jur. 5).

de la práctica de una puntual actividad formativa y las alegaciones formuladas por éste en su descargo —entre las que manifestaba su trastorno mental, el reconocimiento de una discapacidad (inicialmente leve) y la petición de ajustes razonables—, conformaban un panorama suficientemente amplio y preciso de indicios de una posible discriminación por discapacidad.

Esta circunstancia debería haber activado para la administración la carga de probar que su actuación disciplinaria obedecía a causas ajenas a cualquier intención discriminatoria. Sin embargo, la motivación de la medida disciplinaria adoptada por la administración —y validada posteriormente por la justicia ordinaria— se ciñó a la verificación objetiva de los incumplimientos y retrasos en sus funciones del empleado, y a la apreciación de su culpabilidad a partir de una errónea deducción de la denegación de la jubilación por incapacidad permanente del INSS, tal como antes se indicó. El Tribunal Constitucional valora tal motivación como no razonable ni suficiente al no reparar en los indicios de discriminación aportados y, particularmente, en el efecto eximente que sobre el juicio de culpabilidad por la comisión de la infracción disciplinaria debió haber jugado la denegación de ajustes razonables en su puesto de trabajo a los que tenía derecho el empleado con discapacidad mental.

VI. CONCLUSIONES

El proceso de implementación y desarrollo del modelo de tratamiento jurídico de la discapacidad establecido a nivel internacional por la Convención DPD de 2006 se viene desarrollando con cierta lentitud tanto a nivel legislativo como jurisprudencial. Dicha parsimonia podría encontrar cierta justificación en el profundo calado del cambio de modelo normativo introducido por la Convención en relación con las personas con discapacidad y sus derechos.

En efecto, el llamado modelo social de atención a la discapacidad queda establecido, desde el punto de vista de su articulación jurídica, en los arts. 1, 3 y 5 Convención DPD. De acuerdo con ellos, la afirmación —como premisa esencial— de la igual dignidad de las personas con discapacidad y, en consecuencia, de su plena autonomía individual, conduce inevitablemente a un viraje normativo a favor de la igualdad de trato en materia de derechos humanos frente a la tradicional acción asistencial basada en la diferencia. Al servicio de la consecución de esa igualdad de trato se pondría el recurso de la tutela antidiscriminatoria como principal ariete y garante de ésta. Prueba de ello es también el refuerzo de la prohibición de discriminación mediante la obligación de realizar ajustes razonables y su amplia extensión a todos los tipos de discriminación (arts. 2 y 5.2 Convención DPD). En última instancia, el modelo culmina —a modo de complemento— con la posibilidad de adoptar “las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad” (art. 5.4 *in fine* Convención DPD); lo que incluiría a las medidas de acción positiva.

El caso resuelto por la sentencia *Trib. Const. núm. 51/2021* refleja con claridad la dificultad que supone interiorizar e integrar la nueva relación de técnicas normativas con que atender la discapacidad, así como la necesidad de corregir disfunciones. El planteamiento normativo tradicional, propio de un Derecho rígido y estático basado en el modelo médico, y que subyace en muchas de las instituciones de protección social vigentes, se centraba fundamentalmente en el establecimiento de medidas de carácter prestacional o asistencial concebidas con una lógica protectora y compensadora de la diferencia con que era percibida la discapacidad. Frente a ello, la actual concepción dinámica de la discapacidad, resultante de la realidad viva y variable de las barreras y los entornos concretos con que interaccionan las personas con deficiencias, requieren de un tratamiento normativo más rico, amplio e integrador de técnicas tuitivas que se conciben, primordialmente, desde la igualdad de trato.

Como puede advertirse en el caso analizado, el carácter dinámico de la noción de discapacidad resulta mejor acogido desde la perspectiva de la tutela antidiscriminatoria. En efecto, el enfoque antidiscriminatorio puede prescindir, incluso, de la acreditación formal de la concurrencia de una discapacidad, para valorar en cada caso y circunstancias concretas los elementos contextual y funcional que se han apuntado. Ello dota a la tutela antidiscriminatoria de una enorme fuerza transformadora al servicio de la igualdad de trato y la plena integración de las personas con discapacidad (Rey Martínez 2017: 128) que contrasta con la lógica asistencial y compensadora (no inclusiva) propia del modelo médico.

En tal sentido, la sentencia *núm. 51/2021* pone de manifiesto la insuficiencia del recurso a la jubilación por incapacidad permanente, propia del sistema de seguridad social, para atender la situación de un empleado público aquejado de una deficiencia mental que afectaba a su rendimiento. En particular, la denegación de dicha prestación conforme a su estricta definición legal, no prejuzga o determina la consideración de dicha deficiencia como una discapacidad en el sentido de la Convención y, por tanto, digna de tutela por la vía del derecho a ajustes razonables como forma de plena integración en el entorno laboral en lugar de la *exclusión asistida* que supondría la jubilación por incapacidad.

El casuismo y dinamismo propios de la tutela antidiscriminatoria al servicio de la igualdad de condiciones de disfrute de los derechos de las personas con discapacidad, obliga a realizar un particular seguimiento de los pronunciamientos jurisprudenciales que vayan concretando para cada contexto y derecho el desenvolvimiento del propio concepto de discapacidad, la apreciación de las distintas formas de discriminación proscritas y la articulación concreta de la obligación de realizar ajustes razonables. De todo ello da cuenta el Tribunal Constitucional, por primera vez, en la sentencia analizada para el caso de la discriminación por discapacidad por denegación de ajustes razonables en el empleo.

Además, debe advertirse que resoluciones judiciales como la analizada, estarían evidenciando ciertas distorsiones o disfunciones en el conjunto del sistema normativo de atención a la discapacidad —v.gr. normas laborales, sociales y prestacionales—. Ello pondría de manifiesto la necesidad de llevar a cabo adaptaciones y mejoras en las normativas prestacionales nacionales (Iturri Gárate, 2020), de forma que su configuración y su aplicación práctica estén en sintonía con la lógica de la plena integración de las personas con discapacidad en lugar de inducir, en ocasiones, a ofrecer soluciones asistenciales diferenciadoras no inclusivas o, incluso, materialmente discriminatorias. En tal sentido, y con las reservas que corresponden al análisis de un caso concreto, convendrá estar atentos por si la proliferación de resoluciones similares no acaba por provocar o inducir nuevas reformas legislativas que añadir a la ya larga lista de reformas inspiradas por la Convención DDD.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez García, Héctor (2017): “La tutela constitucional de las personas con discapacidad”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 1027-1055.
- Bastida Freijedo, Francisco J. (2013): “Constitución, derechos fundamentales y entendimiento constitucional de la discapacidad”, en, *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Presno Linera, Miguel (coord.), Instituto de la Procuradora General del Principado de Asturias, Universidad de Oviedo, España, 147-184.
- Biel Portero, Israel (2009): *Los Derechos de las personas con discapacidad en el marco jurídico internacional y europeo*, Tesis Doctoral, Universidad Jaume I, España.
- Cabra De Luna, Miguel Ángel (2004): “Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación

y la accesibilidad universal”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 50, 21-46.

Cáceres Rodríguez, Celsa (2004): “Sobre el concepto de discapacidad. Una revisión de las propuestas de la OMS”, en *Auditio: Revista Electrónica de Audiología*, vol.2, 74-77.

Campoy Cervera, Ignacio (2017): “*La recepción y aplicación en España de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*”, Laborum, España.

Carmona Cuenca, Encarna (2017): “Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del TEDH”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 1209-1238.

De Asís Roig, Rafael (2008): “*La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español*”, Instituto de Derecho Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, España.

Goñi Sein, José Luis (coord.) (2017): “Discapacidad, enfermedad y extinción del contrato de trabajo”, en *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, número extraordinario 6.

Iturri Gárate, Juan Carlos (2020): “¿No puedo trabajar y no soy persona con discapacidad? Sobre la equiparación de situaciones de incapacidad permanente y el reconocimiento de situación de discapacidad”, en *Anales de Derecho y Discapacidad*, núm. 5, 37-64.

Larrazábal Basañez, Santiago (2021): “La discriminación por discapacidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos durante la última década (2009-2019)”, en *Retos del Derecho ante un mundo global*, Emaldi Cirión,

Aitziber y La Spina, Encarnación (ed.), Tirant Lo Blanch, Italia, 903-931.

Martínez-Gijón Machuca, Miguel Ángel (2017), “*La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*”, Bomarzo, España .

Molina Navarrete, Cristóbal (coord.) (2019): “*Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*”, colección Monografías de temas laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, España.

Monereo Pérez, José Luis (2019): “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel”, *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*, vol. 9, núm. 1, 681-746.

Padilla-Muñoz, Andrea (2010): “Discapacidad: contexto, concepto y modelos”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 16, 381-414.

Palacios, Agustina (2008): “*El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*”, Colección cermi.es, núm 36, Grupo editorial CINCA, España.

Palacios, Agustina y Bariffi, Francisco (2007): “*La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*”, Telefónica, CERMI, Grupo editorial CINCA, España.

Pérez Bueno, Luis Cayo (dir.) (2012): “*2003-2012, 10 Años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*”, Grupo editorial CINCA, España, 95-119.

Pérez Bueno, Luis Cayo. y De Lorenzo, Rafael (2016): “*La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad 2006/2016. Una década de vigencia*”, Grupo editorial CINCA, España.

Rey Martínez, Fernando (2017): “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 125-171.

Victoria Maldonado, Jorge A. (2013): “Hacia un modelo de atención a la discapacidad basado en los derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, núm. 138, 1093-1109.