

## CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDADE A NIVEL INTERNACIONAL E EUROPEO

ELENA CASTRO SURÍS

Doutoranda de Dereito do Traballo e da Seguridade Social  
Universidade de Vigo (España)

[ecassur@gmail.com](mailto:ecassur@gmail.com)

### RESUMO

A protección de persoas que contan cunha discapacidade constitúe o reflexo do compromiso cos dereitos humanos a nivel internacional e coa procura dun desenvolvemento económico arraigado no benestar social. Este estudo busca, a partir de fontes xurídicas actualizadas, darlle resposta á delimitación do contido substantivo do concepto de discapacidade, con especial referencia á adaptación, e promover a inclusión e protección efectiva deste colectivo.

**Palabras chave:** Discapacidade; discriminación por discapacidade; modelo social, adaptación; axustes razoables.

### RESUMEN

La protección de personas que cuentan con una discapacidad constituye el reflejo del compromiso con los derechos humanos a nivel internacional y con la búsqueda de un desarrollo económico arraigado en el bienestar social. Este estudio busca, a partir de fuentes jurídicas actualizadas, darle respuesta a la delimitación del contenido sustantivo del concepto de discapacidad, con especial referencia a la adaptación, y promover la inclusión y protección efectiva de este colectivo.

**Palabras clave:** Discapacidad; discriminación por discapacidad; Modelo social; adaptación; ajustes razonables.

**ABSTRACT**

The most vivid proof of the international community's commitment to the advancement of human rights as well as to an economic development deeply rooted in social welfare is, indeed, the birth of Disability Rights Law. The ultimate purpose of this study is to delve deeper into the conceptualization of disability, with a special focus on adaptation, and to promote the inclusion and effective protection of this group.

**Keywords:** Disability; disability discrimination; social model; adaptation; reasonable accommodation.

**SUMARIO**

1. Introducción; 2. Especial referencia á adaptación; 2.1. Undue hardship; 2.2. Promoción pública; 3. Discriminación por asociación; 4. Discriminación múltiple e intersectorial; 5. Acceso a bens e servizos; 6. Conclusións.

**1. INTRODUCCIÓN**

A protección de persoas que contan cunha discapacidade constitúe o reflexo do compromiso cos dereitos humanos a nivel internacional e coa procura dun desenvolvemento económico arraigado no benestar social. Este estudo busca, a partir de fontes xurídicas actualizadas, darlle resposta á delimitación do contido substantivo do concepto de discapacidade, con especial referencia á adaptación, e promover a inclusión e protección efectiva deste colectivo.

Vaise prescindir aquí dunha descrición pormenorizada da evolución, relativamente recente, da normativa internacional, europea e interna sobre a discriminación por discapacidade. Baste dicir que, indubidablemente, a Convención de Nacións Unidas de 2006 constituíu un fito fundamental, a partir do cal se desenvolve unha lexislación multinivel que ten as súas orixes en épocas previas, pero que debe adaptarse a aquela, da cal debe predicarse que, máis aló de ser un mínimo común denominador, supuxo un importante revulsivo en todos o niveles xurídicos. Tanto a Directiva 2000/78/CE, do Consello, do 27 novembro, relativa ao establecemento dun marco xeral para a igualdade de trato no emprego e a ocupación, como a lei

española, refundida no Real decreto legislativo 1/2013, do 29 novembro, recibiron un impulso decisivo a partir da asunción da Convención.

Non por casualidade, a doutrina xudicial do TXUE, do TEDH e, en canto ao ordenamento español, do TC, do TS e dos órganos xudiciais inferiores alcanzou un nivel de desenvolvemento moi significativo nos últimos anos. É máis, é moi perceptible unha evolución da xurisprudencia multinivel, bastante en sintonía cos principios internacionais, que se mostraron particularmente fecundos e, dende logo, aínda susceptibles de novos criterios interpretativos, que deben profundar aínda máis na protección contra a discriminación das persoas con diversidade funcional.

## 2. ESPECIAL REFERENCIA Á ADAPTACIÓN

### 2.1. UNDUE HARDSHIP

Durante a pasada década, co nacemento do modelo social como novo prisma para entender a orixe das diferentes discapacidades, os Estados tiveron máis presente a necesidade de mellora da inserción laboral das persoas que contan con elas<sup>1</sup>. Isto débese a que o paradigma social concibe a discapacidade como *unha situación* na que se haxa o individuo por mor da contorna. Noutras palabras, unha persoa non conta cunha discapacidade en termos absolutos senón relativos. O grao de discapacidade dependerá da maior ou menor *falta de adaptación* do posto de traballo en cuestión.<sup>2</sup>

O equivalente xurídico desta teoría materialízase na obriga recollida na lexislación internacional e nacional de realizar *axustes razoables* no posto de traballo. É dicir, na necesidade de facilitar o acceso ao posto laboral, de levar a cabo modificacións sobre el coa finalidade de que non exista desigualdade entre persoas con ou sen condicións físico-

---

<sup>1</sup> COLOMINAS GUTIÉRREZ D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual. Una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, 2008, Universidad Autónoma de Barcelona, España, p.19.

<sup>2</sup> SHAKESPEARE, T., 'The Social Model of Disability', *The disability studies reader*, vol.2 (2006), p.215.

psíquicas que poidan derivar nunha discapacidade *de facto*. Os axustes razoables, en suma, preveñen que as persoas afectadas por estas condicións se enfronten a unha *undue hardship* ou dificultade innecesaria ou desproporcionada á hora de acceder ao mercado laboral<sup>3</sup>.

Non obstante, o imperativo legal de realizar axustes razoables non inclúe absolutamente calquera tipo de adaptación. A configuración da obriga supón implicitamente un límite, o de non constituír unha *carga excesiva* para o suxeito ao que se refire a normativa. O límite e, en consecuencia, o contido dos axustes razoables a efectuar, dependerá da contorna cultural e do sistema legal nacional ou -habitualmente- multinivel ante o que se atope a persoa cunha discapacidade<sup>4</sup>.

Primeiro, a nivel internacional, a aprobación da Convención sobre os Dereitos das Persoas con Discapacidade [CIDPD] e o seu Protocolo Facultativo en 2006, supuxo un paso significativo cara á efectiva protección das persoas con discapacidade en materia de axustes razoables. O art. 3 CIDPD sinala como principios que inspiran o seu articulado: "a) *O respecto da dignidade inherente, a autonomía individual, incluída a liberdade de tomar as propias decisións, e a independencia das persoas; b) A non discriminación; [...]; d) O respecto pola diferenza e a aceptación das persoas con discapacidade como parte da diversidade e a condición humanas; e) A igualdade de oportunidades*". De aquí derívase a aceptación do modelo social e a personalidade dinámica das persoas con discapacidades por parte da comunidade internacional. Isto confírmase, especialmente, tendo en conta o apartado e) do seu preámbulo: "*a discapacidade é un concepto que evoluciona e que resulta da interacción entre as persoas con deficiencias e as barreiras debidas á actitude e á contorna que evitan a súa participación plena e efectiva na sociedade, en igualdade de condicións coas demais*".

---

<sup>3</sup> COOPER, J.O., 'Overcoming barriers to employment: the meaning of reasonable accommodation and under hardship in the Americans with disabilities Act', *University of Pennsylvania Law Review*, vol.139:1991 (1990). p.1423-1427.

<sup>4</sup> *Supra* 2, p.219.

En base á asunción deste modelo polos Estados membros, o art. 27.i) CIDPD recolle a obriga de realizar axustes razoables para garantir a igualdade de oportunidades do art. 3.e): “*Os Estados Partes recoñecen o dereito das persoas con discapacidade a traballar, en igualdade de condicións coas demais; iso inclúe o dereito a ter a oportunidade de gañarse a vida mediante un traballo libremente elixido ou aceptado nun mercado e unha contorna laborais que sexan abertos, inclusivos e accesibles ás persoas con discapacidade [...] adoptando medidas pertinentes, incluída a promulgación de lexislación, entre elas, velar por que se realicen axustes razoables para as persoas con discapacidade no lugar de traballo*”. Un incumprimento dos preceptos supoñería unha conduta discriminatoria, de acordo con o art. 2 CIDPD.

A Convención, con todo, alberga unha serie de carencias á hora de delimitar a extensión da necesidade de realizar axustes razoables<sup>5</sup>. O art. 2 CIDPD define *que se entende por un axuste razoable*: “*entenderanse as modificacións e adaptacións necesarias e adecuadas que non impoñan unha carga desproporcionada ou indebida, cando se requiran nun caso particular, para garantir ás persoas con discapacidade o gozo ou exercicio, en igualdade de condicións coas demais, de todos os dereitos humanos -incluído o dereito ao traballo- e liberdades fundamentais*”.

A pesar de que se cristalizou que se entende por «axustes», isto é, modificacións ou adaptacións xa sexa - en sentido estrito- no ámbito do traballo ou -en sentido amplo- no que calquera dereito ou liberdade se vexa comprometido/a, non existe un contido substantivo fixo con respecto a cando o dito axuste é «razoable». A falta de precisión da razoabilidade ou non dun axuste débese a dous motivos. Primeiro, tentar promover unha flexibilidade para o suxeito que debe realizar o axuste e que non supoña unha carga excesiva para el, concepto que tampouco se precisa

---

<sup>5</sup> COLOMINAS GUTIÉRREZ D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual. Una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, 2008, Universidad Autónoma de Barcelona, España, p.92,93.

con suficiencia. Segundo, evitar unha enumeración exhaustiva de adaptacións ou modificacións que poida chegar a prexudicar a persoas que contan con condicións físico-psíquicas que non se previron á hora de realizar a enumeración dos axustes pertinentes<sup>6</sup>.

Convén pois, facer referencia a sistemas rexionais ou nacionais a teor da remisión indirecta que realiza o CIDPD. As principais diferenzas concernirán á caracterización do imperativo legal de realizar axustes razoables e do concepto de persoa con discapacidade, amplamente influenciada pola tradición cultural e a maior ou menor influencia do modelo social -a pesar da aprobación do CIDPD- no territorio<sup>7</sup>.

A nivel da Unión Europea, o texto legal por excelencia que versa sobre a protección de persoas que contan con discapacidades é a Directiva 2000/78 CE de Igualdade de Trato no Emprego e na Ocupación, previa á CIDPD. Fontes legais europeas orixinarias tales como o *Tratado de Lisboa* e a súa incorporada Carta de Dereitos Fundamentais [CDF] xa incidiran sobre a necesidade de protección deste grupo vulnerable. Con todo, da súa redacción legal non se podían inferir medidas claras para a implementación efectiva do modelo social. A Directiva 2000/78 CE supuxo por aquel entón un fito para a unificación -e para o comezo de homoxeneización- da aplicación práctica do modelo social. En particular, no seu artigo 5 precisa que, para profesar de forma adecuada a teoría social da discapacidade, os axustes razoables son un compoñente crucial a ter en conta.

O precepto expón que: "*a fin de garantir a observancia do principio de igualdade de trato en relación coas persoas con discapacidades, realizaranse axustes razoables*". Matizando, de novo, que é un axuste razoable para a UE, apunta que: "*os empresarios tomarán as medidas adecuadas, en función das necesidades de cada situación concreta, para permitir ás persoas con discapacidades acceder ao emprego, tomar parte nel ou progresar profesionalmente, ou para que se lles*

---

<sup>6</sup> COLOMINAS GUTIÉRREZ D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual. Una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, 2008, Universidad Autónoma de Barcelona, España, p.92,93.

<sup>7</sup> *Ibid*, p.39.

*ofreza formación, salvo que esas medidas supoñan unha carga excesiva para o empresario. A carga non se considerará excesiva cando sexa paliada en grao suficiente mediante medidas existentes na política do Estado membro sobre discapacidades".* A pesar de que unicamente fai referencia ao sector privado, o seu art. 3 expande a obriga ao sector público.

O avogado xeral do TXUE, como conclusión á cuestión prejudicial *HR rail SA*<sup>8</sup>, elaborou sobre o ámbito de aplicación dos axustes razoables. En particular, o avogado xeral indica que a adaptación non debe ser unicamente realizada para acomodar o «lugar de traballo» *stricto sensu*. Especificamente, as conclusións expresan que *"os axustes razoables poden comprender a recolocación da persoa discapacitada noutro posto de traballo dentro da empresa"* e que cando *"se declara a un traballador -incluído o que desenvolve unha actividade en prácticas no marco da súa contratación- definitivamente non apto para ocupar o posto de traballo ao que foi adscrito, a empresa está obrigada, en virtude dos "axustes razoables" a que se refire o dito artigo, a recolocalo noutro posto de traballo, cando o traballador en cuestión dispoña da competencia, capacidade e dispoñibilidade esixidas, e cando a dita medida non supoña unha carga excesiva para o empresario"*.

A obriga non é absoluta e conta con dous límites: *"(que) exista polo menos un posto vacante que o traballador en cuestión pode ocupar. En efecto, como sinalou a Comisión nas súas observacións escritas, a recolocación dun traballador discapacitado non debe abocar a privar outro traballador do seu emprego nin forzar este último a intercambiar o seu posto de traballo"*. Así, o lugar de traballo debe de ser entendido de maneira ampla, entendendo como tal a empresa no seu conxunto.

Non obstante, o texto legal non realiza máis achegas substanciais ao contido da razoabilidade dos axustes. En todo caso, a Directiva 2000/78 CE nútrese da CIDPD por ser un convenio internacional ratificado con posterioridade á

---

<sup>8</sup> *HR Rail SA v. Belgium*, C-485/20, TXUE, 2021. Conclusións do avogado xeral (A.Ranthos).

aprobación da Directiva<sup>9</sup>. Novamente, determinar a procedencia ou non dun axuste corresponderá á lexislación nacional e á contorna que a rodea.

Con todo, o sistema de fontes actual é *multinivel* e, por iso, poden darse casos de retroalimentacións bidireccionais como sucedeu coa delimitación -ou o seu intento- da relación entre o concepto de discapacidade e os axustes razoables. Especialmente, tendo en conta que a Directiva europea non especifica que se entende por persoa que conta cunha discapacidade.

Nesta liña, o Tribunal de Xustiza da Unión Europea [TXUE], contribuíu á delimitación do concepto de persoa que conta con discapacidades e do papel que xogan os axustes razoables. En particular, no caso *HK Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening*<sup>10</sup> -posterior á ratificación do CIDPD- formulouse a cuestión da inclusión ou non no concepto de persoa con discapacidade a dúas traballadoras que contaban con enfermidades que propiciaban múltiples ausencias ao seu posto de traballo e solicitaban unha redución de xornada. O TXUE optou por un posicionamento social, indicando que os axustes razoables en si mesmos: "*son a consecuencia e non o elemento constitutivo do concepto de discapacidade*"<sup>11</sup> polo que a redución da xornada laboral si constituiría un axuste razoable, en consonancia coa vontade inclusiva do CIDPC e a flexibilidade pola que se avogou ao non indicar exhaustivamente as adaptacións consideradas axustes razoables. É dicir, o *tipo* de axuste razoable non é o elemento constitutivo da discapacidade, pero si a barreira que o xera, como expón o TXUE indicando: "*a este respecto, procede considerar que o concepto de «discapacidade», [...] da presente sentenza, debe entenderse no sentido de que se refire a un obstáculo para o exercicio dunha actividade profesional*". En suma, a nivel

---

<sup>9</sup> Neste sentido, *inter alia*, STXUE, 11 de abril de 2013, *HK Danmark v. Arbejdsgiverforening*, asunto C-335/11 (ECLI:EU:C:2013:222); STXUE, de 2014, *Z. v A Government department*, asunto C-363/12, do 18 de marzo de 2014 (ECLI:EU:C:2014:159); art. 32 *Convención de Viena sobre o Dereito dos Tratados*.

<sup>10</sup> STXUE, 11 de abril de 2013, *HK Danmark v. Arbejdsgiverforening*, asunto C-335/11 (ECLI:EU:C:2013:222).

<sup>11</sup> *Ibid*, para.46.



européo o TXUE cristalizou a casuística do modelo social e o concepto de persoa con discapacidade para a procura da maior inclusión das persoas que contan cunha discapacidade sexa cal for o tipo de adaptación necesaria mentres non sexa unha carga excesiva.

Para concluír co ámbito europeo, é conveniente mencionar a cláusula de excepcionalidade do artigo 4 da Directiva 2000/78 CE. A través dela, as organizacións públicas ou privadas que contan cunha ética fundada en conviccións particulares *"poderán esixir en consecuencia ás persoas que traballen para elas unha actitude de boa fe"*. Ao amparo do precepto, a necesidade ou non de realizar axustes razoables non só se determina con respecto á existencia ou non dunha carga excesiva senón á propia finalidade do posto de traballo. É dicir, as persoas que contan cunha condición non aparente, en casos de risco particular para a sociedade poden verse obrigadas a comunicalo con base nunha boa fe contractual e poden non ser contratadas por mor diso. O seu parágrafo segundo elabora sobre isto e matízao indicando que unha diferenza no trato non constitúe discriminación cando *"pola natureza destas actividades ou o contexto no que se desenvolvan, a dita característica constitúa un requisito profesional esencial, lexítimo e xustificado respecto da ética da organización"*.

Os supostos nos que contratar a unha persoa cunha condición determinada supón un risco excesivo para o conxunto non se atopan taxados, e en consecuencia, serán obxecto de consideración polas ordes xurisdiccionais nacionais. Un exemplo ilustrativo daríase no caso de empresas de transporte aéreo no que a persoa con discapacidade sufra dunha condición psíquica que poida afectar á seguridade dos pasaxeiros, v.g. *Werner Fries v. Lufthansa City Line*<sup>12</sup> con respecto a pilotos maiores 65 anos e a súa idoneidade ou non para a realización de voos baleiros ou de traslado sen pasaxeiros nin carga.

A nivel de España, no 2003, a transposición da directiva por medio da Lei 62/2003, do 30 de decembro, de medidas

---

<sup>12</sup> STXUE do 5 de xullo de 2017, *Werner Fries v. Lufthansa City Line*, asunto C-190/16, (ECLI:EU:C:2017:513).

fiscais, administrativas e da orde social [LISMI], non trouxo consigo grandes cambios con respecto á súa orixinal europea. Se cabe, contribuíu sucintamente á delimitación do concepto carga excesiva. O art. 37.2 bis LISMI contempla que *“os empresarios están obrigados a adoptar as medidas adecuadas para a adaptación do posto de traballo e a accesibilidade da empresa, en función das necesidades de cada situación concreta [...] salvo que esas medidas supoñan unha carga excesiva para o empresario. Para determinar se unha carga é excesiva terase en conta se é paliada en grao suficiente mediante as medidas, axudas ou subvencións públicas para persoas con discapacidade, así como os custos financeiros e doutro tipo que as medidas impliquen e o tamaño e o volume de negocios total da organización ou empresa”*. Aquí, préstase especial atención aos custos financeiros que supón o axuste razoable, criterio español para determinar se a carga é excesiva para o empresario en función do seu volume de negocios total.

Sobre isto, e en relación co concepto de discapacidade, en 2011, España ditou a Lei 26/2011, do 1 de agosto, de adaptación normativa á Convención Internacional sobre os Dereitos das Persoas con Discapacidade. Esta regulación - xunto coa Lei 62/2003- atópase dende o 2013 subsumida no Texto refundido da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade e da súa inclusión social. Especialmente rechamante é o seu artigo 1.2 onde se ve reflectida a dicotomía modelo médico/social. Nel establécese que: *“son persoas con discapacidade aquelas que presenten deficiencias físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais a longo prazo que, ao interactuar con diversas barreiras, poidan impedir a súa participación plena e efectiva na sociedade, en igualdade de condicións cos demais”*. Onde se pon de manifesto o postulado básico do modelo social, complementado con: *“ademais do establecido no apartado anterior, e para todos os efectos, terán a consideración de persoas con discapacidade aquelas a quen se lles recoñeceu un grao de discapacidade igual ou superior ao 33 por cento”*. Onde se avoga por un modelo médico.

O texto refundido de 2012 non levou a cabo ningunha modificación substancial da Lei de 2011, establecendo que: *“ademais do establecido no apartado anterior, e para todos*

os efectos, terán a consideración de persoas con discapacidade aquelas a quen se lles recoñeceu un grao de discapacidade igual ou superior ao 33 por cento. Considerarase que presentan unha discapacidade en grao igual ou superior ao 33 por cento os pensionistas da Seguridade Social que teñan recoñecida unha pensión de incapacidade permanente no grao de total, absoluta ou gran invalidez, e os pensionistas de clases pasivas que teñan recoñecida unha pensión de xubilación ou de retiro por incapacidade permanente para o servizo ou inutilidade". Así, en España non se produciu unha ruptura de máis calado co modelo médico, por considerar a súa implementación excesivamente complexa e casuística<sup>13</sup>.

Na esfera estritamente constitucional, o TC, na súa sentenza STC 15 de marzo de 2021<sup>14</sup>, situouse, precisamente, respecto da relación entre axustes razoables e o concepto de discapacidade. Nesta sentenza, o letrado da Administración de Xustiza contaba cunha discapacidade psíquica recoñecida do 10%, non comunicada. O funcionario comezou a non desempeñar a súa función de maneira completamente correcta -especialmente nas súas obrigas de supervisión- polo que o Ministerio procedeu á separación do servizo desta persoa, constatando a súa discapacidade pero sen realizar axustes razoables. O argumento primordial foi o grao leve de discapacidade contrario a unha consideración de discapacidade polo modelo médico español e a aparente falta de causalidade entre a discapacidade e o desempeño laboral. Posteriormente, volveuse a avaliar a instancia do demandante o seu grao de discapacidade constatándose un 34%. O TC puxo de manifesto dúas cuestións especialmente relevantes: primeiro, consolidou a aproximación social do concepto de discapacidade indicando que "*a constatación de que unha persoa ten unha "discapacidade" no sentido asumido polo lexislador no 4 da LXDPD, e a determinación do seu alcance, precede lóxicamente á consideración e adopción das medidas necesarias para cumprir coa obriga*

---

<sup>13</sup> SHAKESPEARE, T., 'The Social Model of Disability', *The disability studies reader*, vol.2 (2006), p.345.

<sup>14</sup> STC 51/2021 do 15 de marzo de 2021.

*de proceder aos axustes razoables*"<sup>15</sup>. En segundo lugar, "a adopción de medidas como o despedimento ou a imposición dunha sanción de carácter disciplinario, que estean relacionadas con dificultades no desempeño das súas funcións que poidan ser liquidadas mediante axustes razoables, incorrerán en discriminación prohibida polo 14 CE, aínda cando estean baseadas en razóns obxectivas aparentemente neutras"<sup>16</sup>.

Da regulación multinivel protectora das persoas con discapacidade -CIDPD, Directiva 2000/78 CE e a Constitución Española- percíbese unha progresiva consolidación do modelo social. Non obstante, existe aínda unha influencia do modelo médico a nivel nacional. Ordenamentos como o español consideran que, a partir de certos graos de discapacidade, os axustes razoables sempre serán necesarios independentemente do posto -é dicir, unha posible discapacidade absoluta e non relativa- ou, mesmo, que sempre constituirán unha carga excesiva para o empresario. Por iso, mantense presente a cuestión de se a adaptación forma parte do concepto discapacidade ou se compón unicamente desa "condición previa a longo prazo".

## 2.2. PROMOCIÓN PÚBLICA

No apartado anterior mencionouse o indispensable papel dos axustes razoables como pedra angular do modelo social. Con todo, de forma complementaria ás medidas de obrigado cumprimento cuxa inobservancia constituiría unha discriminación por discapacidade, existen medidas de acción *positiva*. Estas teñen como obxectivo prever ou paliar as desigualdades existentes na sociedade, xa sexa por unha lexislación insuficiente ou por limitacións á hora de acceder a certos sectores<sup>17</sup>, como ao do emprego pola existencia do concepto de carga excesiva.

Dentro das medidas de acción positiva, pódense distinguir dous tipos de mecanismos de corrección ou prevención de desigualdades. Por unha banda, medidas de acción positiva promocionais e, por outro, medidas de acción positiva de

---

<sup>15</sup> *Ibid*, p.27.

<sup>16</sup> *Ibid*.

<sup>17</sup> PÉREZ PÉREZ, J., *Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reservas de empleo*, 2014, Universidad Autónoma de Barcelona, España, p.187.

resultado<sup>18</sup>. A primeira categoría de medidas busca obter un resultado de maneira indirecta, por medio da modificación dos "hábitos contractuais"<sup>19</sup> dos axentes económicos. Entre os mecanismos máis usuais -no ámbito do emprego- áchanse as subvencións estatais ou as reducións nas cotas da Seguridade Social.

A segunda categoría, pola súa banda, avoga por un intervencionismo directo no sector correspondente para alcanzar un resultado<sup>20</sup>. No ámbito do emprego as medidas de acción positiva de resultado máis comunmente implementadas son a de cotas de reserva<sup>21</sup> e a discriminación positiva<sup>22</sup>. Esta alternativa foi amplamente criticada polos posibles prexuízos que podería ocasionar a terceiros alleos en caso dunha implementación efectiva do modelo social e, consecuentemente, do deseño universal e os axustes razoables<sup>23</sup>.

Con todo, a contestación por parte da doutrina asume, por unha banda, unha instauración plenamente efectiva do modelo social que aínda se está consolidando. Doutra banda, a doutrina presupón un maior impacto real da acción positiva directa que da indirecta, podendo non ser este o caso<sup>24</sup>. Particularmente tendo en conta os supostos nos que os empresarios non se atopen de antemán cun gran número de adaptacións que fosen consideradas cargas excesivas de non recibir a subvención. É dicir, os supostos nos que se enfronten a custos menores e aínda así se beneficien de incentivos.

Nunha esfera internacional, a CIDPD no seu art. 5.4 menciona que: "*non se considerarán discriminatorias, en*

---

<sup>18</sup> *Ibid*, p.187-189.

<sup>19</sup> *Ibid*.

<sup>20</sup> *Ibid*.

<sup>21</sup> STXUE do 17 de outubro de 1995, *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*, asunto C-450/93, (ECLI:EU:C:1995:322); STXUE do 11 de novembro de 1997, *Marshall v. Land Nordrhein-Westfalen*, asunto C-409/95 (ECLI:EU:C:1997:533).

<sup>22</sup> STXUE do 28 de marzo de 2000, *Badeck*, asunto C-158/97 (ECLI:EU:C:2000:163).

<sup>23</sup> *Supra* 56, p.191.

<sup>24</sup> PÉREZ PÉREZ, J., *Discapacidad y acción positiva: incentivación de la contratación laboral y cuotas de reservas de empleo*, 2014, Universidad Autónoma de Barcelona, España, p.191.

*virtude da presente Convención, as medidas específicas que sexan necesarias para acelerar ou lograr a igualdade de feito das persoas con discapacidade*". Especialmente relevante é a ausencia de referencia á temporalidade ou non das medidas a efectuar. Diso derivase que as medidas poderán estar en vigor o tempo necesario para conseguir a igualdade de feito. Adicionalmente, a CIDPD acepta plenamente a discriminación positiva orientada a ese obxectivo<sup>25</sup>.

A nivel da Unión Europea, no que respecta ao seu dereito orixinario, a CDF xa fixo alusión ás medidas de acción positiva no seu art. 26: "*a Unión recoñece e respecta o dereito das persoas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garantan a súa autonomía, a súa integración social e profesional e a súa participación na vida da comunidade*". Ademais, no art. 23 CDF aceptouse expresamente a discriminación positiva no ámbito da discriminación por sexo. A maiores, no que respecta ao dereito derivado, a Directiva 2000/78 CE, no seu art. 7.1 abala a implementación de medidas de "acción positiva e específicas". Complementariamente, no seu apartado segundo matiza que: "*o principio de igualdade de trato non constituirá un obstáculo ao dereito dos Estados membros de manter ou adoptar disposicións [...] cuxa finalidade sexa crear ou manter disposicións ou facilidades con obxecto de protexer ou fomentar a inserción das devanditas persoas no mundo laboral*". O TXUE, pola súa banda, contribuíu especialmente á consolidación da lexitimidade das medidas de acción positiva e da aceptación da discriminación positiva en múltiples sentenzas v.g. *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*<sup>26</sup>, *Marshall v. Land Nordrhein-Westfalen*<sup>27</sup>, *Badeck*<sup>28</sup>, *Briheche v. Ministre de l'Intérieur*<sup>29</sup> e *Roca Álvarez*

---

<sup>25</sup> *Ibid*, p.196.

<sup>26</sup> STXUE do 17 de outubro de 1995, *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*, asunto C-450/93, (ECLI:EU:C:1995:322).

<sup>27</sup> STXUE do 11 de novembro de 1997, *Marshall v. Land Nordrhein-Westfalen*, asunto C-409/95 (ECLI:EU:C:1997:533).

<sup>28</sup> STXUE do 28 de marzo de 2000, *Badeck*, asunto C-158/97 (ECLI:EU:C:2000:163).

<sup>29</sup> STXUE do 30 de setembro de 2004, *Briheche v. Ministre de l'Intérieur*, C-319/03 (ECLI:EU:C:2004:574).

v. *Sesa Start España ETT SA*<sup>30</sup>. Para examinar en máis profundidade o concernente ás medidas específicas levadas a cabo polos Estados membros é necesario acudir á lexislación nacional na materia.

A nivel español, con obxecto da transposición da Directiva 2000/78/CE -e do desenvolvemento da Lei 53/2003- apróbbase o Real decreto 2271/2004, de acceso ao emprego público e a provisión de postos de traballo das persoas con discapacidade. No seu art. 2 establece que: "*nas ofertas de emprego público reservárase unha cota non inferior ao cinco por cento das vacantes para ser cubertas entre persoas con discapacidade cuxo grao de -discapacidade- sexa igual ou superior ao 33 por cento*". Aplicando así unha medida de acción positiva directa<sup>31</sup>. A maiores, a lei regula as adaptacións das probas mediante axustes razoables e reservas de praza para promoción interna.

En canto ás medidas de acción positiva de resultado ou indirectas, España conta cunha serie de incentivos que van dende subvencións ata reducións nas cotas da Seguridade Social, v.g. subvencións de 3.907 euros para as empresas que contraten, por tempo indefinido a unha persoa con discapacidade, de conformidade co art. 7.1 Real decreto ou as bonificacións ás cotas da Seguridade Social reguladas na Lei 43/2006.

Finalmente, debe terse en conta que as medidas de acción positiva non son unicamente aplicables ao ámbito do traballo. Son mecanismos para combater a desigualdade a todos os niveis e protexer efectivamente os dereitos humanos das persoas con discapacidade como suxeitos de dereitos. Así, a nivel internacional, europeo e español impleméntanse mecanismos para promocionar outros ámbitos públicos tales como a educación<sup>32</sup>, a vivenda<sup>33</sup> ou a saúde<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> STXUE 30 de setembro de 2010, *Roca Álvarez v. Sesa Start España ETT SA*, asunto C-104/09 (ECLI:EU:C:2010:561).

<sup>31</sup> Debe terse en conta que para participar nos procesos selectivos debe acreditarse capacidade funcional de acordo co art. 57 Lei 7/2007.

<sup>32</sup> <http://www.educacionyfp.gob.es/va/servicios-aocidadán/catalogo/organizacions-fundacions-empresas/axudas-subvencions/adultos-necesidades-educativas-especiais.html>.

### 3. DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN

Ata o de agora analízase o elemento obxectivo da discriminación por discapacidade. É dicir, que condutas son consideradas discriminatorias. Con todo, a discriminación por discapacidade tamén conta cun elemento subxectivo ao que convén facer referencia. Nos textos legais, a literalidade da redacción parece suxerir que o ámbito de aplicación circunscríbese unicamente ao grupo vulnerable afectado por unha discapacidade. Non obstante, a discriminación por discapacidade conta cunhas características especiais que suxiren que o grupo afectado non se limita unicamente ao colectivo vulnerable *per se*. Nesta liña, é razoable preguntarse se a protección non debería aplicarse así mesmo ás familias das que depende a persoa vulnerable e, en sentido amplo, a todos aqueles cos que teña relación, comprendendo así ás persoas estreitamente relacionadas coa persoa que conta cunha discapacidade dentro do ámbito de aplicación da protección contra a discriminación directa. No que respecta á Unión Europea, a Directiva 2000/78/CE establece no seu artigo 2.2.a) que: “*existirá discriminación directa cando unha persoa sexa, fose ou puidese ser tratada de maneira menos favorable que outra en situación análoga por algún dos motivos mencionados no artigo 1 (discriminación por discapacidade no ámbito do emprego)*”. Non existe, en principio, unha referencia explícita á discriminación por asociación. En 2008, con todo, o TXUE consolidou xurisprudencialmente este concepto -no marco da UE- na sentenza *Coleman* (2008)<sup>35</sup>. Esta sentenza enfrontábase coa situación dunha traballadora británica que recibía un trato menos favorable que os seus compañeiros

---

<sup>33</sup> <https://www.mitma.gob.es/arquitectura-vivenda-e-chan/programas-de-axudas-a-a-vivenda/programa-para-o-fomento-de-cidades-sustentables-e-competitivas>.

<sup>34</sup> <https://www.juntadeandalucia.es/temas/familias-igualdad/discapacidad/prestaciones.html>;  
<https://www.aragon.es/tramitador/-/tramite/ayudas-individuales-personas-grado-discapacidad-situacion-dependencia>;  
<https://sede.xunta.gal/detalle-procedemento?codtram=BS613B&ano=2018&numpub=1&lang=es>.

<sup>35</sup> STXUE do 17 de xullo de 2008, *S. Coleman v Attridge Law and Steve Law*, asunto C-303/06 (ECLI:EU:C:2008:415).



por estar a cargo do seu fillo con discapacidade. O TXUE indicou que: *"a prohibición de discriminación directa que establecen non se circunscribe exclusivamente a aquelas persoas que sexan elas mesmas discapacitadas. Cando un empresario trate un traballador que non sexa el mesmo unha persoa con discapacidade de maneira menos favorable a como trata, tratou ou podería tratar outro traballador nunha situación análoga e se acredite que o trato desfavorable do que é vítima o dito traballador está motivado pola discapacidade que padece un fillo seu, a quen o traballador prodiga a maior parte dos coidados que o seu estado require, tal trato resulta contrario á prohibición de discriminación directa"*<sup>36</sup>.

A explicación dada polo tribunal é a seguinte: *"o feito de que a Directiva 2000/78 conteña disposicións destinadas a ter en conta especificamente as necesidades das persoas con discapacidade non permite chegar á conclusión de que o principio de igualdade de trato que consagra deba interpretarse de maneira restritiva, é dicir, no sentido de que prohibe unicamente as discriminacións directas por motivo de discapacidade que afecten exclusivamente ás propias persoas con discapacidade. Polo demais, o sexto considerando da citada Directiva, ao mencionar a Carta comunitaria dos dereitos sociais fundamentais dos traballadores, remite tanto ao combate xeral contra toda forma de discriminación como á necesidade de adoptar medidas adecuadas para a integración social e económica das persoas con discapacidade"*<sup>37</sup>. A maiores, o TXUE estendeu esta interpretación a outros tipos de discriminación tales como a racial ou étnica, Directiva 2000/43 no asunto *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD* (2015)<sup>38</sup> ou a discriminación por sexo, Directiva 2006/54 en *WTG Retail BVBA* (2019)<sup>39</sup>. En definitiva, O TXUE

---

<sup>36</sup> *Ibid*, para.56.

<sup>37</sup> STXUE do 17 de xullo de 2008, *S. Coleman v Attridge Law and Steve Law*, asunto C-303/06, (ECLI:EU:C:2008:415), para.43.

<sup>38</sup> STXUE do 16 de xullo de 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria v. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, asunto C-83/14 (ECLI:EU:C:2015:480).

<sup>39</sup> STXUE do 20 de xuño de 2019, *WTG Retail BVBA v. Jamina Hakebracht, Tine Vandenbon, Instituut voor de Gelijkheid van Vrouwen en Mannen*, asunto C-404/18 (ECLI:EU:C:2019:523).

interpretou as Directivas europeas solidificando o concepto de discriminación por asociación que deben respectar os Estados membros ao implementar a normativa comunitaria. Nunha esfera internacional, a Convención Internacional sobre os Dereitos das Persoas con Discapacidade de Nacións Unidas (2006) -ratificada por 182 Estados-, a pesar de facer referencias constantes aos familiares das persoas con discapacidades non fai unha referencia directa á discriminación por asociación. En 2018 o Comité -órgano supervisor do texto legal- aprobou a Observación xeral núm. 6 sobre a igualdade e a non discriminación, art. 5 da Convención que enuncia claramente: "*a discriminación por motivos de discapacidade pode afectar a persoas que teñen unha discapacidade nese momento, que a tiveron no pasado, que teñen predisposición a unha posible discapacidade futura ou que teñen unha discapacidade presunta, así como ás persoas asociadas a persoas con discapacidade. Isto último coñécese como discriminación por asociación. O motivo do amplo alcance do artigo 5 é erradicar e combater todas as situacións de discriminación e condutas discriminatorias que están vinculadas coa discapacidade*"<sup>40</sup>. Seguindo a liña de convenios internacionais especializados na protección de persoas que contan cunha discapacidade, o Protocolo á Carta Africana de Dereitos Humanos e dos Pobos sobre os Dereitos das Persoas con Discapacidade (2018) menciona no seu art. 5 que os Estados membros: "*Shall take effective and appropriate measures to protect the parents, children, spouses, other family members closely related to the persons with disabilities, caregivers or intermediaries from discrimination on the basis of their association with persons with disabilities*".

Estados Unidos xa na súa pioneira American with Disabilities Act (1990), na sección 12112 apunta que: "*The term discriminate against a qualified individual on the basis of disability includes excluding or otherwise denying equal jobs or benefits to a qualified individual because of the known*

---

<sup>40</sup> Observación xeral núm. 6 sobre a igualdade e a non discriminación, CRPD/C/GC6, Comité sobre os Dereitos das Persoas con Discapacidade, 2018, para.20.

*disability of an individual with whom the qualified individual is known to have a relationship or association". Complementado pola sección 12182: "Association. It shall be discriminatory to exclude or otherwise deny equal goods, services, facilities, privileges, advantages, accommodations, or other opportunities to an individual or entity because of the known disability of an individual with whom the individual or entity is known to have a relationship or association".*

Polo exposto anteriormente, queda patente que esta construción de discriminación por asociación foi efectivamente recibida no marco da Unión. Ademais, tras as achegas da nova observación do Comité sobre os Dereitos das Persoas con Discapacidade xunto coas do TXUE no asunto Coleman -derivadas da preexistencia do concepto no dereito anglosaxón-, avanza cara á súa consolidación universal.

En conclusión, o elemento subxectivo da discriminación en base a unha discapacidade non só inclúe á persoa afectada por aquela senón ás persoas que garden algún tipo de relación con ela.

#### **4. DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE E INTERSECTORIAL**

Historicamente, os diferentes tipos de discriminación -por idade, discapacidade, sexo, etnia etc.- tratáronse como fenómenos separados e independentes<sup>41</sup>. Con todo, unha persoa pode ser muller e contar cunha discapacidade, unha persoa cunha discapacidade pode ser maior, unha persoa maior pode ter nacionalidade afroamericana e outra pode contar con todas as características anteriormente mencionadas<sup>42</sup>. Como afecta as persoas contar con máis dun factor con base no cal poden ser discriminadas? Para poder entender en que medida ven afectadas, é necesario prestar atención a un fenómeno denominado *o círculo vicioso da discriminación*:

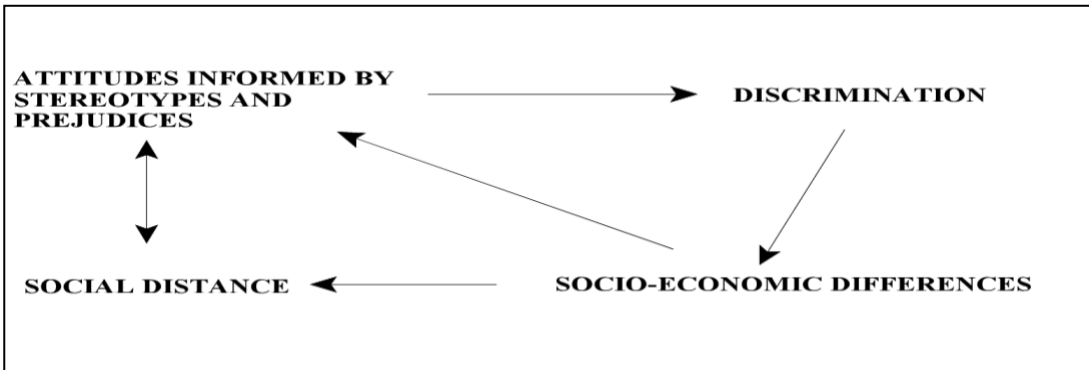
---

<sup>41</sup> MAKKONEN, T., *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, 2002, Åbo Akademi University, Finland, p.9.

<sup>42</sup> *Ibid.*

Círculo vicioso da discriminación

(Foto: T. Makkonen (2002))



A discriminación ten a súa orixe nos prexuízos e estereotipos sociais. Os primeiros derivan da falta de información, da dificultade de entendemento mutuo e de emocións negativas como o medo ou a superioridade, mentres que os segundos parten de construcións sociais. A existencia destes prexuízos provoca dúas reaccións por parte da sociedade. Por unha banda, un distanciamento social forzado, deshumanizando as persoas vulnerables, *v.g.* Ugly Laws en Estados Unidos. Por outro, unha discriminación directa e indirecta por medio de accións e omisións.

A discriminación por parte do conxunto da sociedade xera diferenzas socioeconómicas como diversas políticas de emprego por parte das empresas ou a falta de adaptación dos lugares de traballo. Así, créase unha asociación entre o factor de vulnerabilidade e a clase social á que se pertence. No canto de abordar a causa real do problema -prexuízos e estereotipos- a discriminación xustifícase utilizando a diferenza socioeconómica como "proba da inferioridade" da persoa en cuestión, completando o círculo vicioso<sup>43</sup>.

No caso de que a persoa conte non cunha, senón con dúas ou máis características que dean lugar a formas de

<sup>43</sup> MAKKONEN, T., *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, 2002, Åbo Akademi University, Finland, p.9.

discriminación, o ciclo vese intensificado en todas e cada unha das súas variables. A intensificación canalízase de diferentes maneiras ás que a doutrina fai alusión con nomes moi variados. Poden englobarse en discriminación *múltiple* e *discriminación intersectorial*.

### Discriminación múltiple

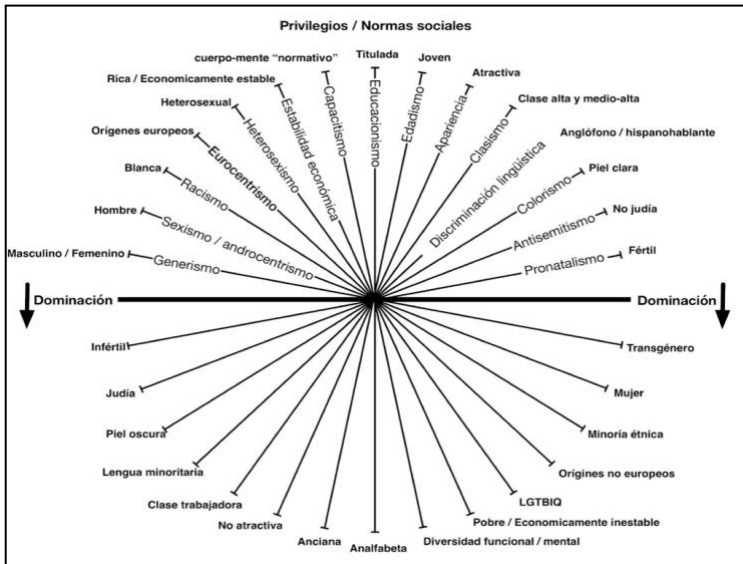
$\text{SEXO}_t + \text{IDADE}_{t+1} + \text{DISCAPACIDADE}_{t+2} + \dots = \text{DIF. SOCIOECONÓMICAS}$
---

A discriminación múltiple ou cumulativa é un fenómeno que se dá cando unha persoa sofre diferentes tipos de discriminación independentes en momentos alternativos<sup>44</sup>. En concreto, é un tipo de discriminación conformada polos efectos negativos da suma destas experiencias<sup>45</sup>. Estes efectos negativos resultan en que a persoa afectada vexa cuantitativamente empeorada a súa situación socioeconómica con respecto á dos individuos que só contan cunha das características controversiais. Un exemplo aplicado sería o caso dunha muller con discapacidade en busca de emprego que se vexa rexeitada pola primeira empresa por ser muller e pola segunda por contar cunha discapacidade. A brecha social entre esta persoa é maior que a dunha persoa que sexa unha muller ou que unicamente conte cunha discapacidade. De acordo co círculo vicioso da discriminación, a persoa sufrirá un maior illamento social, maiores prexuízos e, de novo, maior discriminación e dificultades á hora de atopar emprego.

---

<sup>44</sup> *Ibid*, p.10.

<sup>45</sup> HANNET, S., 'Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination', *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol 3:1 (2003), p.68.

Discriminación intersectorial

A discriminación intersectorial, pola súa banda, é un fenómeno moito máis complexo. Non consiste nun aumento cuantitativo da discriminación senón nun novo tipo cualitativamente falando<sup>46</sup>. As diferentes bases de discriminación non actúan xa de maneira independente e separada, senón que interactúan entre elas dando lugar a situacións específicas de vulnerabilidade dentro dos propios grupos vulnerables. Noutras palabras, a suma representativa da discriminación múltiple xa non é aplicable na discriminación intersectorial posto que “a experiencia típica dunha muller en Estados Unidos” + “a experiencia típica dunha persoa afroamericana en Estados Unidos” ≠ “a experiencia típica dunha muller afroamericana en Estados Unidos”<sup>47</sup>. A priori, é contraintuitivo pensar que se a protección legal contra a discriminación con base no sexo

<sup>46</sup> EATON, M., ‘Patently Confused: Complex Inequality and Canada v Mossop’ *Revue d’études constitutionnelles*, Vol 1:2 (1994), p. 229.

<sup>47</sup> MAKKONEN, T., *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, 2002, Åbo Akademi University, Finland, p.11.

defende os intereses das mulleres e se a discriminación con base na etnia protexe os das persoas estranxeiras, unha muller afroamericana non se vexa representada pola suma destes intereses protexidos. Con todo, así é.

A raíz destas desigualdades está, precisamente, nos movementos activistas paralelos do s.XX<sup>48</sup>. Cada un deles -loita pola igualdade de xénero, pola inclusión das persoas con discapacidade etc.- estaba conformado ao redor dunha única característica dos membros que formaban parte deste movemento. Os colectivos vulnerables buscaban crear divisións entre eles en procura da equiparación ao resto do conxunto social<sup>49</sup>. Consideraban que a forma de alcanzar a condición de iguais era acentuando as súas similitudes e demostrando que o seu factor base de discriminación non era unha diferenza real. Para iso, non podían asociarse con outros grupos vulnerables ou se incluírían todos nunha "categoría inferior", volvendo ao fenómeno de culpabilización da vítima<sup>50</sup>. De todos os xeitos, cabe mencionar que a pesar de que se podían formar grupos con base en intereses -aparentemente- grupais, os colectivos son conxunturais. A identidade das persoas que conforman o colectivo non depende desa única característica, é complexa, polo que non se pode atribuír unha experiencia, uns intereses comúns e estáticos<sup>51</sup>. Por conseguinte, convén ter presente que os grupos sempre se forman con base nun problema, máis ou menos duradeiro.

Un exemplo onde se ve claramente como grupos inicialmente heteroxéneos xúntanse nun problema conxuntural sería o caso *New York City Transit Authority v. Beazer*<sup>52</sup>, ante o tribunal supremo de EEUU. Nesta demanda demandábase por discriminación a unha empresa que se

---

<sup>48</sup> *Ibid*, p.18.

<sup>49</sup> CRENSHAW, K., 'Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color', *Stanford Law Review*, vol. 43:1241 (1993), p.1265.

<sup>50</sup> *Ibid*, p.19.

<sup>51</sup> CRENSHAW, K., 'Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics', *The University of Chicago Legal Forum*, vol. 1989: 39 (1989), p.140.

<sup>52</sup> *New York City Transit Authority v. Beazer*, 440 Ou.S. 568 (1979).

negaba a contratar persoas que fosen usuarias de metadona. Aquí vese como varios grupos étnicos, xunto con mulleres e outras persoas vulnerables, xúntanse por compartir unha experiencia común, o consumo de metadona. Este caso non representa as experiencias supostamente "xerais" dos intereses "comúns" de cada grupo.

Así, os intereses polos que avogaban cada un dos colectivos implicados eran os intereses de individuos que serían considerados privilexiados, "normais", de non contar con esa única "diferenza"<sup>53</sup>. Isto é, experiencias de mulleres brancas de clase socioeconómica alta, de homes con discapacidade brancos de clase socioeconómica alta, de homes "capaces" estranxeiros etc. Esta forma de proceder ten consecuencias moi serias para as persoas que se atopan na intersección entre dúas destas características, como pode ser unha muller afroamericana.

Primeiro, consecuencias para a persoa vulnerable por parte da sociedade. En contextos nos cales os individuos dos grupos vulnerables independentes non se ven afectados *de facto*, as persoas expostas á interseccionalidade si poden sufrir discriminación. A materialización da discriminación nace dunha situación social previa de "tolerancia" dos grupos vulnerables, no canto de integración. A aparición dunha persoa que conte con dúas características consideradas independentemente "tolerables" pode tornarse "intolerable" socialmente, creando situacións de discriminación específicas. Tentar abordar a protección da interseccionalidade por medio de compendios legais separados e independentes é inefectivo xa que son facilmente sorteables<sup>54</sup>.

Un exemplo práctico sería o caso real, *DeGraffenreid v. General Motors* (1976)<sup>55</sup>, no cal a empresa *General Motors*, nun contexto de "tolerancia" previo, contrataba homes

---

<sup>53</sup> EATON, M., 'Patently Confused: Complex Inequality and Canada v Mossop' *Revue d'études constitutionnelles*, Vol 1:2 (1994), p.230 e 231.

<sup>54</sup> MAKKONEN, T., *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, 2002, Åbo Akademi University, Finland, p.11., p.58.

<sup>55</sup> *DeGraffenreid v. GENERAL MOTORS ASSEMBLY DIV., Etc.*, 413 F. Supp. 142 (E.D. Mo. 1976).



afroamericanos para traballos manuais na súa fábrica e mulleres brancas para labores de secretaría. Unha muller afroamericana, Emma DeGraffenreid, alegou que a súa non contratación foi unha consecuencia directa da política discriminatoria da empresa. O tribunal estadounidense ditaminou que a súa pretensión non tiña base legal dado que a empresa efectivamente contrataba mulleres -brancas- e persoas afroamericanas -homes- de maneira paritaria. Con todo, a demandante non podería traballar na produción debido a que é unha muller nin de cara ao público por ser afroamericana. Consecuentemente, a discriminación intersectorial aumentou exponencialmente a variable de discriminación provocando diferencias socioeconómicas patentes e maior distanciamento social e prexuízos.

Esta posición de reticencia a considerar situacións de interseccionalidade por parte da xurisprudencia transcende do ámbito nacional estadounidense. No continente europeo, o TXUE no caso *David L. Parris v Trinity College Dublin* (2006)<sup>56</sup> rexeitou a posibilidade de acoller no seu fallo o concepto de discriminación intersectorial. O caso xiraba ao redor dunha prospectiva pensión compensatoria dun fondo de pensións correspondente a unha persoa integrante dun matrimonio do mesmo sexo. A lei irlandesa establecía -e establece aínda- que se aceptarán este tipo de pensións compensatorias para parellas civís do mesmo sexo que realizasen a unión con anterioridade aos 60 anos cumpridos. Con todo, esta lexislación entrou en vigor en 2011 cando David L. Parris, nacido en 1946, xa contaba con máis de 60 anos. A maiores, a lexislación nacional tampouco aceptaba recoñecementos de matrimonios "non heteronormativos" estranxeiros con anterioridade a 2011.

Aquí vese outro exemplo de discriminación intersectorial, xa que, como apuntou o avogado xeral do TXUE: "*no presente caso deberá prestarse especial atención ao feito de que a posible discriminación do afectado probablemente débese á interacción de dous factores: a idade e a orientación sexual. Por este motivo, para tomar unha decisión acorde coa*

---

<sup>56</sup> STXUE do 24 de novembro de 2016, *David L. Parris v Trinity College Dublin*, asunto C-443/15 (ECLI:EU:C:2016:897).

*realidade, o Tribunal de Xustiza debe apreciar debidamente a combinación de ambos os factores, en lugar de considerar de forma illada tanto o aspecto da idade como o da orientación sexual*<sup>57</sup>. Emporiso, o TXUE fallou que non se actuou en contra do dereito da Unión Europea xa que a Directiva 2000/78 - relativa á igualdade de trato no emprego e a ocupación- unicamente consideraba a discriminación por idade e sexo de maneira illada e que o resto de cuestións que deban ser reguladas quedaban a discreción nacional.

Seguindo no contexto europeo, o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos tampouco optou pola utilización do concepto "discriminación intersectorial". O caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*<sup>58</sup> ilustra claramente esta situación. Este versaba sobre unha cidadá portuguesa nada en 1945 que en 1995 someteuse a unha operación. Durante esta, houbo un fallo médico que afectou o seu nervio podendo e á súa capacidade para levar vida normal e manter relacións sexuais. O tribunal portugués fallou que as relacións sexuais xa non eran algo esencial na súa vida diaria xa que xa tivera fillos, cousa que non sostiveron nun caso similar cun home. Así, atopamos unha discriminación intersectorial por idade e por sexo. O TEDH estimou a demanda pero rexeitou explicitamente a posibilidade de considerar dúas formas de discriminación independentes conxuntamente. Baseou a súa sentenza nos artigos 14 da Convención Europea de Dereitos Humanos, prohibición de discriminación, co artigo 8, dereito ao respecto da vida familiar e privada.

A nivel español, un caso exemplificativo de discriminación intersectorial -por discapacidade e idade- é a recente sentenza do TC do 9 de novembro de 2021<sup>59</sup>. Nela ponse de manifesto o caso dunha persoa que accedeu anticipadamente á xubilación pola vía excepcional do art. 206.2 da Lei xeral de Seguridade Social -por motivos de discapacidade- e á que se lle negou a prestación por discapacidade permanente ou gran invalidez. O motivo

---

<sup>57</sup> *Ibid*, Conclusións do avogado xeral (J.Kokott), para.4.

<sup>58</sup> STEDH, do 25 de outubro de 2017, *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*.

<sup>59</sup> STC 172/2021 do 9 de novembro de 2021.

subxacente polo cal se considera un suposto de discriminación radica no feito de que as diversas modalidades de xubilación anticipada son plenamente compatibles coas anteriormente mencionadas prestacións por discapacidade. O TC concluíu que: *"o certo é que o lexislador, no exercicio lexítimo da súa liberdade de configuración do sistema, non estableceu outro requisito que o dunha determinada idade para acceder á prestación de incapacidade permanente [art. 195.1, parágrafo segundo LXSS, por remisión ao art. 205.1 a) LXSS], de forma que non impide o seu acceso dende unha situación de xubilación anticipada -cousa que si sucede no caso da xubilación ordinaria xeral- nin distingue entre as causas ou orzamentos dese tipo de xubilación para acceder á incapacidade permanente".* A teor do exposto o TC fallou que: *"si a lei non fai distinción ningunha nesta materia, o establecemento dunha diferenza de trato para os supostos de xubilación anticipada por razón de discapacidade podería supoñer unha discriminación proscrita polo principio xeral recoñecido no art. 14, segundo inciso, CE"* e, por conseguinte, decidiu *"estimar o recurso de amparo interposto por dona Felisa Portillo Sánchez e, na súa virtude declarar que foi vulnerado o seu dereito fundamental a non sufrir discriminación por razón da súa discapacidade (art. 14 CE)".*

Por mor do exposto, pódese entrever unha situación de discriminación intersectorial por idade e discapacidade. Por unha banda, as persoas que acceden á xubilación anticipada -idade- poden solicitar a prestación por discapacidade permanente ou gran invalidez. Por outro, tamén poderán solicitar a mencionada prestación quen conta cunha discapacidade pero non chega á idade ordinaria de xubilación. Con todo, as persoas consideradas maiores que se xubilen anticipadamente por motivos de discapacidade -idade e discapacidade- non poden acceder á prestación. Como resultado, prodúcese unha vulneración do art. 14 CE e do dereito á non discriminación.

Adicionalmente, a discriminación intersectorial en sentido amplo inclúe discriminación estrutural/institucional e composta. A estrutural/institucional, pola súa banda, recolle

os supostos nos cales a intersección nace do propio mercado ou do poder público<sup>60</sup>. Un caso real sería o caso dunha muller estranxeira que emigra a un país e casa cun cidadán local. Para evitar fraudes, adóitase esixir que a muller manteña un vínculo matrimonial por un período de tempo preestablecido. No caso de que a muller sufra violencia de xénero, deberá elixir entre soportar a situación ou ser deportada<sup>61</sup>. Doutra banda, a discriminación -intersectorial- composta comprendería aqueles supostos nos que unha persoa é discriminada por dous motivos no mesmo momento operando simultaneamente<sup>62</sup>. Ao contrario que a discriminación múltiple é levada a cabo por diferentes empresas ou para diferentes postos, aquí, para o mesmo posto a empresa rexeitaría, por exemplo, tanto a persoas con discapacidade como mulleres. Por conseguinte, as mulleres cunha discapacidade poderían ser rexeitadas por dous motivos diferentes.

Segundo, consecuencias para a persoa vulnerable por parte do seu propio grupo. Débese ter presente que o feito de que un grupo sexa discriminado por un motivo particular non implica que o colectivo non leve a cabo tamén condutas discriminatorias. Por exemplo, colectivos relixiosos levan a cabo matrimonios concertados ou mutilación de xenitais, violando os dereitos das mulleres polo feito de selo.

Queda patente pois que os intereses de individuos susceptibles de ser discriminados por múltiples motivos non son equiparables aos dos colectivos aos que -supostamente- pertencen. Non obstante, a xeneralización grupal non é mala na medida que serve para axuntar a voz de múltiples vítimas e para conceptualizar un problema que doutra

---

<sup>60</sup> MAKKONEN, T., *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, 2002, Åbo Akademi University, Finland, p.14.

<sup>61</sup> CRENSHAW, K., 'Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color', *Stanford Law Review*, vol. 43:1241 (1993), p.1248. // Débese ter en conta que a discriminación intersectorial é un termo a utilizar cando o agravio cara ao suxeito é a discriminación, no caso de violencia de xénero non falaríamos de discriminación intersectorial senón de vulnerabilidade intersectorial.

<sup>62</sup> *Supra* 103, p. 10 ; SHOBEN, E.W., 'Compound discrimination, The Interaction of Race and Sex in Employment Discrimination', *New York University Law Review*, Vol 55: 5 (1980), p.835.

maneira sería invisible. O verdadeiro prexuízo cara ás persoas non representadas vén da súa "silenciación" a través da dominación do conxunto e da esixencia dun *reducionismo da súa identidade*. A maioría de persoas integrantes dun grupo vulnerable e representativas del loitan por preservar a súa verdadeira identidade e non deixar que un factor externo - sexo, etnia etc.- os defina<sup>63</sup>. Con todo, unha persoa que conta con dúas ou máis destas características sofre dunha "violencia intelectual"<sup>64</sup> ao esixírselle que reduza a súa identidade a unha desas dúas características. Espérase que estas persoas vulnerables sigan un *esencialismo extremo* elixindo como pedra angular dese esencialismo unha desas dúas características, cando nin sequera se lles dá voz ás súas experiencias en ningún dos colectivos que as amparan. Esta dicotomía vese recollida pola doutrina en forma preguntas tales como: "Am I a Black Woman or a Woman who is Black?"<sup>65</sup>.

Dada a necesidade de conceptualizar os problemas, de crear un marco común de referencia para poder abordalos, Kimberlé W. Crenshaw en 1989 acuñou o termo interseccionalidade. A dificultade que subxace a esta solución teórica é, precisamente, a imposibilidade de asociar unha experiencia, un colectivo dominante á discriminación por "interseccionalidade". É un concepto que múltiple doutrina académica busca desenvolver procedimentalmente para poder entender as experiencias casuísticas de cada persoa vulnerable. Incluso a xurisprudencia estadounidense considerou o concepto nos razoamentos precedentes aos fallos, v.g. *Lam v. University of Hawaii* (1994)<sup>66</sup> : "Where two bases for discrimination exist, they cannot be neatly reduced to distinct components. Rather than aiding the decisional process, the attempt to bisect a person's identity at the intersection of race and gender often distorts or

---

<sup>63</sup> EATON, M., 'Patently Confused: Complex Inequality and Canada v Mossop' *Revue d'études constitutionnelles*, Vol 1:2 (1994), p.230 e 231.

<sup>64</sup> MAKKONEN, T., *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, 2002, Åbo Akademi University, Finland,, p.21.

<sup>65</sup> JORDAN ZACHERY, J.S., 'Am I a Woman or a Woman who is Black', *Politics and Gender*, Vol. 3:2 (2007), p.254.

<sup>66</sup> *Lam v. University of Hawaii*, 40 F.3d 1551 (9th Cir.1994).

*ignores the particular nature of their experiences. Like other subclasses under Title VII, Asian women are subject to a set of stereotypes and assumptions shared neither by Asian men nor by white women".*

Finalmente cabe, na liña desta teoría, facer referencia ao especial risco das persoas que contan cunha discapacidade para ser vítimas de discriminación múltiple e intersectorial.

No caso da discriminación intersectorial das persoas con discapacidades, os motivos que subxacen a este fenómeno son principalmente dous. O primeiro factor relevante é que calquera tipo de discriminación -por etnia, sexo, idade etc.- baséase na -suposta- falta de capacidade da persoa<sup>67</sup>. Os individuos que levan a cabo a conduta discriminatoria, á hora de formar grupos sociais, recoñecen os seus iguais -ou din facelo- primando a súa racionalidade. Tras isto, en caso de falta de capacidade ou de "razón normal", establecen como axiomático a condición de "ser inferior"<sup>68</sup> do outro ou, de "monstro"<sup>69</sup>, por falta de sensibilidade. Xustificando desta maneira a conduta discriminatoria. Exemplos disto foron a categorización de mulleres como bruxas na Idade Media ou as feiras na mesma época nas que expoñían persoas con discapacidades<sup>70</sup>.

Esta forma de proceder xunto coa tendencia á colectivización da "raza humana" -en oposición ao individualismo moderno presente mesmo en instrumentos internacionais- desembocou en esterilizacións forzosas das persoas con discapacidade con fins euxenéticos<sup>71</sup>. Por conseguinte, o resto de colectivos vulnerables buscarán afastarse aínda máis deste para non ser asociados con esa falta de capacidade que xa puxo a sociedade ás súas costas. Así, dentro dos propios grupos danse frecuentemente situacións de discriminación intersectorial.

---

<sup>67</sup> FREDERICK, A. & SHIFRER, D., 'Race and Disability: From Analogy to Intersectionality', *Sociology of Race and Ethnicity*, Vol. 5:2 (2019), p.206.

<sup>68</sup> SMART, J.F., 'The Power of Models of Disability', *Journal of Rehabilitation*, vol. 75:2 (2009), p.5.

<sup>69</sup> MAKKONEN, T., *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, 2002, Åbo Akademi University, Finland,, p.38.

<sup>70</sup> *Ibid*, p.18,38.

<sup>71</sup> *Ibid*, p.38,39,40.

O segundo factor a observar é o rexeitamento social do grupo de persoas con discapacidades por medo a chegar a pertencer a el<sup>72</sup>. No caso do resto de colectivos vulnerables tales como as mulleres, o individuo que leva a cabo a conduta discriminatoria é consciente de que non vai chegar a formar parte do colectivo. Por exemplo, un home é plenamente consciente de que ao día seguinte vai seguir sendo un home e non unha muller. En cambio, cando a sociedade enfróntase a casos de discapacidade, non pode afirmar o mesmo. Existe un medo intrínseco a formar parte dese colectivo e, por iso, téndese á súa ocultación, *v.g.* Ugly Laws en EEUU ou centros psiquiátricos afastados da cidade<sup>73</sup>.

Neste contexto de afastamento social, poténciase o fenómeno mencionado anteriormente de culpabilización da vítima<sup>74</sup>. Os individuos da sociedade autoconvéncense de que nunca se verán na situación destas persoas con discapacidade porque "iso a eles non lles pode pasar"<sup>75</sup>. Isto asenta os piares das condutas de discriminación intersectorial. Cando unha persoa con dous factores - *v.g.* discapacidade ou sexo- en base aos cales pode ser discriminada aparece, a discriminación interseccional emerxe e calma o medo da persoa que leva a cabo a discriminación. Noutras palabras, no caso de que se topasen cunha persoa con discapacidade e muller ou con discapacidade e afroamericana a reacción derivada da discriminación intersectorial sería achacar a discapacidade á súa condición de muller ou de persoa afroamericana. Así, utilízase a discapacidade como proba da inferioridade do seu outro atributo e de xustificación da discriminación<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> VEHMAS, S. & SHAKESPEARE, T., 'Disability, Harm, and the Origins of Limited Opportunities', *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, vol. 23:1 (2014), p.42.

<sup>73</sup> MAKKONEN, T., *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, 2002, Åbo Akademi University, Finland, p.20,21,31.

<sup>74</sup> *Supra* 49.

<sup>75</sup> TITCHKOSKY, T., *The Question of Access: Disability, Space, Meaning*, 2011, University of Toronto Press, Canada, p.58.

<sup>76</sup> BAYTON, D.C., 'Disability and the justification of inequality in American History', *The disability studies reader*, vol.17:33 (2013), p.17-18.

Consecuentemente, a nivel supragrupal tamén se produce unha intensificación do compoñente discriminatorio. Os actores sociais poida que consideren "intolerable" a intersección entre calquera grupo vulnerable e a discapacidade ou que, mesmo, volvan apelar a compoñentes metafísicos de monstruosidade ou biolóxicos de anormalidade.

Dende un punto de vista legislativo, a discriminación intersectorial de persoas con discapacidade aínda non foi recollida exhaustivamente. Con todo, o Comité de Dereitos Económicos, Sociais e Culturais, utilizou o art. 2 e a súa cláusula aberta -"calquera outra condición social"- do Pacto Internacional de Dereitos Económicos, Sociais e Culturais para abordar a súa existencia no seu comentario xeral Nº20<sup>77</sup>: "*a discriminación baseada noutra condición social esixe unha formulación flexible que inclúa [...] unha intersección de dúas causas prohibidas de discriminación, como no caso en que se denega un servizo social a alguén por ser muller e ter unha discapacidade.*"<sup>78</sup>. Esta observación non serve como cláusula pechada pero si como antesala para que o Comité sobre os Dereitos das Persoas con Discapacidade desenvolva futuras observacións e métodos de supervisión a ter en conta<sup>79</sup>. Especialmente considerando as súas aproximacións ao concepto no seu artigo 16.2: "*os Estados Partes tamén adoptarán todas as medidas pertinentes para impedir calquera forma de explotación, violencia e abuso asegurando, entre outras cousas, que existan formas adecuadas de asistencia e apoio que teñan en conta o xénero e a idade para as persoas con discapacidade e os seus familiares e cuidadores*".

Máis aló da protección legal especializada en discriminación por discapacidade, tamén se fixeron referencias á intersección xénero-discapacidade por normativa protectora de discriminación por sexo. En concreto, o Comité para a

---

<sup>77</sup> CABEZA PEREIRO, J. & CARDONA RUBERT, B., 'La discriminación por edad sobre las mujeres mayores', *Trabajo y Derecho*, vol. 59:20 (2019), p.9.

<sup>78</sup> *Oobservación General Nº 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, E/C.12/GC/20, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2009, para.27.

<sup>79</sup> *Supra* 77, p.9,10.



Eliminación da Discriminación contra a Muller incluíu referencias constantes nos seus Comentarios Xerais a esta intersección. Dous exemplos serían a pioneira Recomendación Xeral Nº18 (1991): *“preocupado pola situación das mulleres discapacitadas, que sofren dunha dobre discriminación pola situación particular en que viven, recomenda que os Estados Partes inclúan nos seus informes periódicos información sobre as mulleres discapacitadas e sobre as medidas adoptadas para facer fronte á súa situación particular”* ou a Recomendación Xeral Nº14 (1999): *“por iso, debe prestarse especial atención ás necesidades e os dereitos en materia de saúde das mulleres pertencentes a grupos vulnerables e desfavorecidos como os das emigrantes, as refuxiadas e as desprazadas internas, as nenas e as anciás, as mulleres que traballan na prostitución, as mulleres autóctonas e as mulleres con discapacidade física ou mental”*.

Finalmente, ante a falta de provisións directamente vinculantes nunha esfera internacional e a reticencia do TXUE a considerar a discriminación interseccional, v.g. *Parris*, non atopamos xurisprudencia que a aplicara actualmente. A pesar de todo, o *Ombud* noruegués apreciou algún caso de discriminación interseccional por xénero-discapacidade<sup>80</sup>.

No caso da discriminación múltiple das persoas con discapacidades, estas son especialmente vulnerables<sup>81</sup>. A razón que subxace a este fenómeno é que, a pesar de que o resto de persoas vulnerables pertencen a dous ou máis colectivos con intereses homoxéneos -por exemplo, sexo e etnia-, non é o caso das persoas que contan con discapacidades<sup>82</sup>, isto é, non son as mesmas necesidades as dunha persoa que sofre de tetraplexía que as dunha persoa que padeza unha síndrome bipolar. Deste feito derívase a

---

<sup>80</sup> CABEZA PEREIRO, J. & CARDONA RUBERT, B., 'La discriminación por edad sobre las mujeres mayores', *Trabajo y Derecho*, vol. 59:20 (2019), p.6.

<sup>81</sup> SHEPPARD, C., *Multiple Discrimination in the World of Work*, 2011, McGill University, ILO publishers, Xenebra, p.14.

<sup>82</sup> ARMAN, M., LAMP S. et al., 'Theorising Disability as Political Subjectivity: work by the UIC Disability Collective on political subjectivities', *Disability & Society*, vol.17:4 (2002), p.564,565.

consecuencia dunha susceptibilidade intensificada por parte das persoas con varias discapacidades a sufrir discriminación múltiple.

É dicir, en certos contextos unha persoa podería ser discriminada por contar cunha discapacidade física e, noutros, por contar cunha psíquica. Por iso, se conta con estas discapacidades e outro factor de vulnerabilidade como a etnia, a persoa podería verse exposta a unha discriminación múltiple procedente de tres vertentes diferentes: discapacidade física, psíquica e etnia. Ao considerar como intereses diverxentes os do colectivo que a lei engloba como susceptible de sufrir discriminación “por discapacidade”, tamén poden darse situacións de interseccionalidade.

Aquí escóndese un gran risco para as persoas con discapacidades<sup>83</sup>. Os empresarios poden enmascarar situacións de discriminación non só intersectorial, senón múltiple<sup>84</sup>, alegando que contratan, no seu caso, persoas que sofren condicións físicas a longo prazo e, ocultando, a súa adversidade cara a persoas con condicións psíquicas previas. Noutras palabras, o empregador non levaría a cabo condutas discriminatorias debido a que podería xustificar a contratación de persoas pertencentes ao colectivo -con discapacidades físicas- evadindo e discriminando na práctica ao resto.

## 5. ACCESO A BENS E SERVIZOS

O problema da accesibilidade a bens e servizos por parte das persoas con discapacidade percíbese por parte do conxunto da sociedade como, precisamente, unha controversia relativa ao acceso ao *espazo social*<sup>85</sup>. Interprétase -erroneamente- como unha prerrogativa do grupo social “naturalmente capacitado” de -no caso de que así o considere- darlles acceso ás persoas con discapacidade a bens e servizos para poder subsistir en maior ou menor

---

<sup>83</sup> KENNETH BURNS, J., ‘Mental health and inequity: A human rights approach to inequality, discrimination, and mental disability’, *Health and Human Rights*, vol.11:2 (2009).

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> TITCHKOSKY, T., *The Question of Access: Disability, Space, Meaning*, 2011, University of Toronto Press, Canada, p.1.

medida<sup>86</sup>. A pesar de que o acceso a bens e servizos *si* é un problema de espazo social, este non se axusta á definición concibida pola xeneralidade do colectivo social. O propio axioma da "capacidade natural estática" é insostible a nivel teórico.

A gran maioría dos seres humanos experimentan algún tipo de "discapacidade" que, debido ao acceso a bens ou servizos do que dispoñen, é totalmente mitigada<sup>87</sup>, *v.g.* a utilización de lentes de visión. Nestes casos, a condición previa como a falta de visión moderada acéptase como condición amplamente expandida e, xunto coa posibilidade de acceso universal aos bens que a palían plenamente, créase unha ilusión de "capacidade natural absoluta e estática"<sup>88</sup>.

No caso da maioría de persoas que contan cunha discapacidade recoñecida, esta tamén se atopa amplamente expandida -ou pode chegar a estalo- pero é conscientemente rexeitada por medio da exclusión social, *v.g.* Ugly Laws en EEUU. A maiores, estas persoas non contan cunha accesibilidade universal a bens e servizos polo rexeitamento do grupo social privilexiado<sup>89</sup> derivado, *inter alia*, das súas posibilidades de acceso ao mercado laboral.

Por mor do exposto, persiste a dúbida de que se entende por espazo social. O espazo social non é unha prerrogativa dun grupo "xerarquicamente superior", non é un espazo *social* senón un ambiente que fomenta o libre desenvolvemento da personalidade, un *espazo* social. As persoas albergan un dereito inherente ao libre desenvolvemento da personalidade estreitamente ligado á dignidade da súa persoa<sup>90</sup>. Así, a denegación de acceso a bens e servizos a persoas con discapacidades que restrinxa

---

<sup>86</sup> *Ibid*, p.6.

<sup>87</sup> TITCHKOSKY, T., *The Question of Access: Disability, Space, Meaning*, 2011, University of Toronto Press, Canada, p.215-217.

<sup>88</sup> *Ibid*.

<sup>89</sup> *Supra* 85, p.1.

<sup>90</sup> MORCILLO MORENO, J., 'El reto de la accesibilidad y su incumplimiento por los poderes públicos: consecuencias de la inactividad reglamentaria', *Revista de Administración Pública*, vol.210 (2019), p.297.

as súas posibilidades de desenvolvemento é unha vulneración de dereitos fundamentais<sup>91</sup>.

Ben é certo que todos os seres humanos experimentan unha restrición á hora de acceder a diferentes subgrupos sociais por falta de identificación mutua. Con todo, esta limitación *-prima facie-* non constitúe unha prohibición de acceso ao *espazo* social senón a grupos sociais que non inflúe no libre desenvolvemento da personalidade senón que, máis ben, é consecuencia daquela<sup>92</sup>.

Así, a cuestión sobre a universalidade da accesibilidade de bens e servizos por parte das persoas con discapacidade non ten o seu epicentro nunha prestación asistencial ou caritativa, senón nun dereito humano<sup>93</sup>. Noutras palabras, as persoas con discapacidade non son obxectos dunha prestación, son *suxeitos de dereitos*<sup>94</sup>.

A nivel internacional, a CIDPD supuxo un cambio significativo cara á consolidación dos dereitos das persoas con discapacidade en materia de accesibilidade de bens e servizos<sup>95</sup>. O art. 9 CIDPD dispón que: *"a fin de que as persoas con discapacidade poidan vivir en forma independente e participar plenamente en todos os aspectos da vida, os Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar o acceso das persoas con discapacidade, en igualdade de condicións coas demais, á contorna física, o transporte, a información e as comunicacións, incluídos os sistemas e as tecnoloxías da información e as comunicacións, e a outros servizos e instalacións abertos ao público ou de uso público, tanto en zonas urbanas como rurais"*.

A disposición legal novena identifica dúas dimensións nas que as persoas con discapacidade poden atopar dificultades para acceder á contorna social<sup>96</sup>. Así, continúa indicando:

---

<sup>91</sup> *Ibid*, p.306.

<sup>92</sup> WEBSTER M. & WARD A., 'Personality and social context', *Biological Reviews*, vol.86:4 (2010), Cambridge Philosophical Society, Cambridge, p.13.

<sup>93</sup> MORCILLO MORENO, J., 'El reto da accesibilidade y su incumplimiento por los poderes públicos: consecuencias de la inactividad reglamentaria', *Revista de Administración Pública*, vol.210 (2019), p.298-299.

<sup>94</sup> *Ibid*.

<sup>95</sup> *Supra* 93, p.292.

<sup>96</sup> *Ibid*, p.300.

"estas medidas, que incluirán a identificación e eliminación de obstáculos e barreiras de acceso, aplicaranse, entre outras cousas a [...]" Por unha banda, as barreiras físicas, comprendidas no precepto 9.1.a) CIDPD: "Os edificios, as vías públicas, o transporte e outras instalacións exteriores e interiores como escolas, vivendas, instalacións médicas e lugares de traballo". Por outro, as barreiras relativas á comprensión, ás que se fai alusión no art. 9.1.b) CIDPD: "os servizos de información, comunicacións e doutro tipo, incluídos os servizos electrónicos e de emerxencia". Esta lista non é *numerus clausus* polo que se poden identificar barreiras de acceso en calquera outra dimensión da vida das persoas con discapacidade<sup>97</sup>. A maiores, o art. 9 CIDPD no seu parágrafo segundo complementa as obrigas cunha lista aberta complementaria relativa a servizos e establecementos abertos ao público. Especialmente relevante serían os imperativos legais concernentes á incorporación de sinalización en Braille, a prestación de asistencia humana ou animal ou por parte de intérpretes ou a promoción do deseño das TIC.

Deste xeito, a CIDPD avoga por un *deseño universal* acorde co modelo social adoptado pola comunidade internacional coa ratificación da Convención. Esta accesibilidade universal de bens e servizos atópase recollida no art. 2 CIDPD: "*por deseño universal entenderase o deseño de produtos, contornas, programas e servizos que poidan utilizar todas as persoas, na maior medida posible, sen necesidade de adaptación nin deseño especializado. O deseño universal non excluírá as axudas técnicas para grupos particulares de persoas con discapacidade, cando se necesiten*". Con todo, o maior reto ao que se enfronta a concepción universalista do acceso a bens e servizos é a de delimitar que deseño universal é o que realmente se axusta ás maiores persoas posibles<sup>98</sup>. Esta cuestión desemboca na necesidade de que os lexisladores nacionais formulen problemas de interseccionalidade aos que se fixeron referencia no epígrafe

---

<sup>97</sup> MORCILLO MORENO, J., 'El reto da accesibilidade y su incumplimiento por los poderes públicos: consecuencias de la inactividad reglamentaria', *Revista de Administración Pública*, vol.210 (2019), p.300.

<sup>98</sup> *Supra* 97, p.219.

cuarto. Sobre isto, tamén é especialmente controversial a adición de “na medida do posible”.

O modelo social recoñece o dereito humano das persoas con discapacidade a formar parte do espazo social como suxeitos de dereitos. A pesar das posibles limitacións económicas coas que poida contar o Estado -e á marxe do problema estrutural que iso comporta- o dereito ao acceso universal é un dereito humano que non debe entenderse a priori limitado fronte a outros<sup>99</sup>. Neste aspecto, a CIDPD incorpora de novo unha remisión indirecta a ordenamentos xurídicos -habitualmente multinivel- rexionais ou nacionais, amplamente influenciados culturalmente na súa percepción da discapacidade.

Doutra banda, a CIDPD recolle unha obriga subsidiaria ao deseño universal. A necesidade mencionada no epígrafe terceiro de realizar *axustes razoables*. No caso de que o deseño universal orientado a facilitar acceso a bens e servizos ás persoas con discapacidades exclúa a certas persoas do acceso -principalmente derivadas da falta de homoxeneización do colectivo- estas terán o dereito a solicitar os axustes razoables necesarios. Os axustes razoables diferéncianse principalmente do acceso universal *ex ante* polo seu carácter subsidiario e *ex nunc*, nacendo a obriga cando a persoa con discapacidade precisa unha adaptación<sup>100</sup>. É especialmente relevante non esquecer que os axustes razoables son, á súa vez, unha garantía e un límite para as persoas con discapacidade<sup>101</sup>. Isto débese á anteriormente mencionada -no epígrafe segundo- *carga excesiva*. Ao non incorporar as necesidades específicas de certas persoas con discapacidade no deseño universal e ao constituír unha carga excesiva nos axustes razoables, a accesibilidade universal volve contar -por remisión indirecta- co límite máximo da carga excesiva, a partir da cal as limitacións son aceptadas legalmente<sup>102</sup>. En consecuencia, a exclusión de certos grupos de persoas

---

<sup>99</sup> Preámbulo, Directiva 2019/8872 CE.

<sup>100</sup> MORCILLO MORENO, J., ‘El reto da accesibilidade y su incumplimiento por los poderes públicos: consecuencias de la inactividad reglamentaria’, *Revista de Administración Pública*, vol.210 (2019), p.301.

<sup>101</sup> *Ibid*, p.302.

<sup>102</sup> *Ibid*.

discapacitadas deriva nunha dobre limitación. Por unha banda, unha carga económica, derivada dos custos do proceso xudicial e, por outra, unha limitación de dereitos humanos ao enfrontarse a un límite máximo - aparentemente- inexistente con anterioridade.

No que respecta ao marco xurídico da Unión Europea, en prol do mercado interior harmonizouse a regulación sobre os requisitos de accesibilidade dos produtos e servizos a través da Directiva 2019/882 CE. A Directiva busca eliminar as trabas ou obstáculos á libre circulación de bens e servizos no vinculado á súa accesibilidade por parte das persoas con discapacidade, de conformidade co seu artigo 1. Esta mellora do mercado interno verase reflectida nunha baixada de prezos polo aumento da demanda, e, consecuentemente, da oferta e da competitividade dos produtos e servizos en cuestión.<sup>103</sup> Os produtos e servizos que se inclúen no ámbito de aplicación da Directiva atópanse recollidos no seu art. 2 e engloban, entre outros: equipos informáticos de uso xeral de consumo e sistemas operativos para os devanditos equipos informáticos, caixeiros automáticos, servizos bancarios para consumidores ou servizos de comercio electrónico. O prazo de transposición da Directiva fíxase no 28 de xuño de 2022, no que respecta á súa aprobación e publicación, e no 28 de xuño de 2025 no referente á súa aplicación. Sen prexuízo das medidas transitorias recollidas no art. 32 da Directiva ata 2030.

Unha das cousas máis rechamantes da Directiva 2019/882 CE é a estipulación dunha serie de criterios para delimitar cando o cumprimento cos requisitos da accesibilidade desemboca nunha carga excesiva para os axentes económicos implicados. En concreto, o Anexo VI, Criterios para a avaliación da carga desproporcionada, establece que unha carga considérase desproporcionada ou excesiva atendendo a tres criterios. Primeiro, *"a proporción dos custos netos -organizativos e de desenvolvemento- de cumprir os requisitos de accesibilidade nos custos totais (investimentos en activos fixos e gastos operativos) de*

---

<sup>103</sup> *Ibid*, p.305.

*fabricar, distribuír ou importar o produto ou prestar o servizo para os axentes económicos". Segundo, "os custos e beneficios estimados para os axentes económicos, incluídos os procesos de produción e os investimentos, en relación co beneficio estimado para as persoas con discapacidade, tendo en conta a cantidade e frecuencia de utilización dun produto ou servizo específico". Terceiro, "a proporción dos custos netos de cumprir os requisitos de accesibilidade no volume de negocios neto do axente económico".*

Da redacción do texto legal, despréndese a falta de matización en canto a como se calcula exactamente o beneficio estimado para as persoas con discapacidade. Tampouco se aclara con suficiencia a partir de que proporción con respecto ao custo estimado para o axente económico considérase o suficientemente relevante. Con todo, a Directiva 2019/882 CE no seu preámbulo aborda a anteriormente mencionada problemática relativa á -potencial- falta de prioridade do deseño universal pola inclusión da terminoloxía "*na maior medida posible*" no art. 2 CIDPD sen aclaracións complementarias. O preámbulo especifica que: "*ao valorar ata que punto non poden satisfacerse os requisitos porque supoñerían unha carga desproporcionada, só deben terse en conta razóns lexítimas. Non deben considerarse razóns lexítimas a falta de prioridade, de tempo ou de coñecementos*".

No relativo á esfera nacional, a nivel de España -dado que a data límite para a aceptación da lexislación encargada de traspoñer a Directiva é en xuño de 2022- aínda non se traspuxo a Directiva 2019/882 CE. Emporiso, España -previamente á aprobación da CIDPD- xa considerara a accesibilidade universal como un dereito das persoas con discapacidades. En 2003, aprobou a Lei 51/2003 de igualdade de oportunidades, non discriminación e accesibilidade universal das persoas con discapacidade [LIONDAU] -incluída no texto refundido do 2013- a cal recoñece ao deseño universal como o punto de partida, o elemento esencial para poder exercer o resto de dereitos fundamentais deste colectivo. A LIONDAU no seu preámbulo deixa patente que unha limitación do dereito ao acceso de bens e servizos das persoas con discapacidade constitúe unha discriminación indirecta, indicando que: "*constitúe,*



*sen dúbida, unha forma sutil pero moi eficaz de discriminación, de discriminación indirecta neste caso, pois xera unha desvantaxe certa ás persoas con discapacidade en relación con aquelas que non o son, do mesmo xeito que ocorre cando unha norma, criterio ou práctica trata menos favorablemente a unha persoa con discapacidade que a outra que non o é. Converxen así as correntes de accesibilidade e de non discriminación”.*

Finalmente, a LIONDAU -e, así mesmo, o texto refundido de 2013- confire ao Goberno a obriga de regular as relacións coas Administracións públicas -DF 5a)- bens e servizos ao dispor do público -DF 6a)- novas tecnoloxías, sociedade da información e medios de comunicación -DF 7a)- transporte -DF 8a )- e -DF 9a)- edificación e urbanismo<sup>104</sup>. O Goberno actuou en consecuencia e regulou todos os ámbitos menos o relativo á accesibilidade de bens e servizos<sup>105</sup>. A inactividade do executivo español constitúe a base da STS 20 de marzo de 2019<sup>106</sup>, interposta polo Comité Español de Representantes de Persoas con Discapacidade [CERMI]. O TS español fallou que o Goberno está efectivamente obrigado a aprobar o regulamento. Con todo, o verdadeiro valor da sentenza radica na consideración do TS da accesibilidade de bens e servizos como un principio reitor da política social ex art. 49 e 53.3 CE<sup>107</sup>.

En conclusión, a accesibilidade de bens e servizos é a pedra angular da realización dos dereitos humanos das persoas con discapacidade. É, en suma, o principio transversal a todos os ámbitos da protección xurídica deste colectivo e debe considerarse como tal á hora de determinar que se entende por “carga excesiva” para garantir a protección dos *dereitos fundamentais* aos que concirne.

---

<sup>104</sup> MORCILLO MORENO, J., ‘El reto de la accesibilidad y su incumplimiento por los poderes públicos: consecuencias de la inactividad reglamentaria’, *Revista de Administración Pública*, vol.210 (2019), p.306.

<sup>105</sup> *Ibid.*

<sup>106</sup> STS do 14 de febreiro de 2019, (nºrec. 384/2019).

<sup>107</sup> *Supra* 104, p.317.

## 6. CONCLUSIÓNS

1.) O concepto "discapacidade" como fenómeno estático concibido polo modelo médico é insostible. Unha persoa non "é discapacitada", unha persoa pode contar cunha discapacidade que lle *foi imposta* polo conxunto da sociedade.

Noutras palabras, o modelo social concibe -acertadamente- que todo impedimento para o acceso ao espazo social ou para a realización dun traballo é mitigable a través de axustes razoables. Isto débese a que todas as persoas "contarían con discapacidades" de non proporcionárselles os medios adecuados para acceder a lugares ou desempeñar as tarefas que se propoñen.

Un exemplo ilustrativo é o caso do acceso ao posto de traballo. Normalmente, un traballador non debería ter ningún problema á hora de acceder ao seu posto de traballo. Non obstante, se un traballador ao chegar á entrada do edificio onde se acha o seu posto atópase con que as escaleiras están cortadas e o ascensor non funciona, dada a falta de axustes razoables, vese con "unha discapacidade imposta polo conxunto da sociedade" e non pode acceder.

Así, as persoas que contan cunha discapacidade física, por exemplo, que van en cadeira de rodas, non teñen acceso a moitos postos de traballo por falta de rampla que sería o equivalente á nosa falta de escaleiras e, suporía consecuentemente que esas persoas "contarían cun problema puntual que non foi solucionado" pero non con "unha discapacidade inherente á persoa".

Outro exemplo no cal se percibe claramente a integración dunha discapacidade a través dun axuste razoable poden ser as lentes de visión, tan normalizada que se comercializou e sacou beneficio a través do sector privado. Dende unha perspectiva ampla, incluso a utilización de roupa de inverno cando vai frío é un "axuste razoable" que pola súa normalización e ampla utilización comercializouse de maneira privada. Esta comercialización é posible na medida que a ese estándar medio de persoa facilítanselle os axustes razoables para acceder ao mercado laboral e para poder custearse os seus propios axustes razoables subseguintes.

En suma, ningún é “estaticamente capaz” ou “inherentemente válido” para absolutamente calquera función sen soporte externo, o ser humano é un *ser social*. Isto lévanos a concluír que a nivel social o que existe é unha *diversidade funcional* recoñecendo as persoas “que contan cunha discapacidade” como parte da *diversidade humana* e aceptando que calquera limitación aos axustes razoables é un prexuízo directo á súa propia autonomía e ao gozo pleno dos seus dereitos fundamentais. A adaptación ou a falta dela é sinónimo de capacidade ou de falta dela e forma parte do concepto de discapacidade.

2.) Derivado do punto anterior, infírese que contar ou non cunha discapacidade é proporcional a varios factores:

Primeiro, ao maior ou menor número de persoas que contan con ela. Canto maior sexa a poboación que conte cunha discapacidade e esta sexa considerada leve, máis integrada atoparase no tecido social e mesmo comercializada para sacar beneficio.

Segundo, ao medo que infunda poder chegar a contar con esa discapacidade xa que propicia o rexeitamento e illamento social. Con todo, este motivo vese emendado na súa maioría pola ratificación da CIDPD.

Terceiro, ao custo da implementación dos axustes razoables, debido a que relación custo-beneficio dos axustes razoables varía en función da discapacidade.

3.) Continuando co custo da implementación dos axustes razoables, a delegación da configuración dos axustes razoables e, particularmente, do concepto de carga *excesiva* á lexislación nacional pode desembocar en situacións prexudiciais para as persoas que contan con discapacidades. A nivel xeral, a delegación da configuración dos axustes razoables é necesaria na medida que a asunción de cargas excesivas polo sector privado podería afectar prexudicialmente as diferentes economías nacionais, as condicións de vida do conxunto da poboación e o propio sistema de axustes razoables. Se a economía empeora no seu conxunto, a carga excesiva alcanzarase con máis rapidez.

É precisamente por este motivo que, en ordenamentos como o español, a partir dunha porcentaxe de discapacidade concíbese un “modelo médico” ou, noutras palabras, “unha carga excesiva absoluta”. Así, dependendo do desenvolvemento económico do país -en función dos seus indicadores económicos como PIB, PIB per cápita ou taxa de desemprego, entre outros- á súa composición empresarial -pequenas empresas cada unha con pouca cifra neta de negocios ou grandes empresas cuxa carga excesiva conta máis marxe- e ao seu sistema tributario, o concepto de discapacidade total ou “carga excesiva absoluta” alcanzarase cunha maior ou menor necesidade de adaptación. Por iso, unha persoa cunha condición psíquico-física previa pode ser considerada “persoa con discapacidade permanente” ou non en función do país no que se ache e do seu benestar económico.

Consecuentemente, a delimitación de “carga excesiva” debería ser precisada con maior minuciosidade a nivel internacional, por exemplo, que importe porcentual da cifra de negocios -ou dunha combinación de factores- considérase ou non carga excesiva ou unha táboa progresiva en función do importe neto da cifra de negocio da empresa. A razoabilidade desta precisión internacional descansa no carácter de última cociente que debería ter a consideración de carga excesiva por ser os axustes razoables requisito para a realización dos dereitos fundamentais das persoas con discapacidade, *suxeitos de dereito*.

4.) Derivado das conclusións do avogado xeral do TXUE con respecto á cuestión prexudicial exposta no caso *HR rail SA*, o concepto de axustes razoables no «lugar traballo» conta cunha interpretación *lato sensu*. Así, por lugar de traballo débese entender a empresa e a recolocación dun traballador que conte cunha discapacidade sobrevida é un axuste razoable obrigatorio. Todo iso sempre que o traballador conte coa suficiente capacidade, dispoñibilidade e adaptabilidade para realizar as funcións doutra vacante.

5.) Finalmente, a discriminación intersectorial non se atopa regulada a nivel internacional e, a pesar da casuística particular de cada suxeito que experimenta este tipo de discriminación, debería acordarse un procedemento a seguir

para poder *detectar* as situacións de intersectorialidade. Especialmente relevante para a análise deste traballo tendo en conta a especial vulnerabilidade das persoas con discapacidade a sufrir discriminación múltiple e intersectorial dada a dificultade de homoxeneización do seu colectivo e a súa utilización como deslexitimación doutros colectivos vulnerables.