

# Discapacidad y discriminación

Ajustes razonables, jurisprudencia del TJEU y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Dr. Oliver Tolmein, Abogado

Seminario de la ERA, Trier, 17 de noviembre de 2020



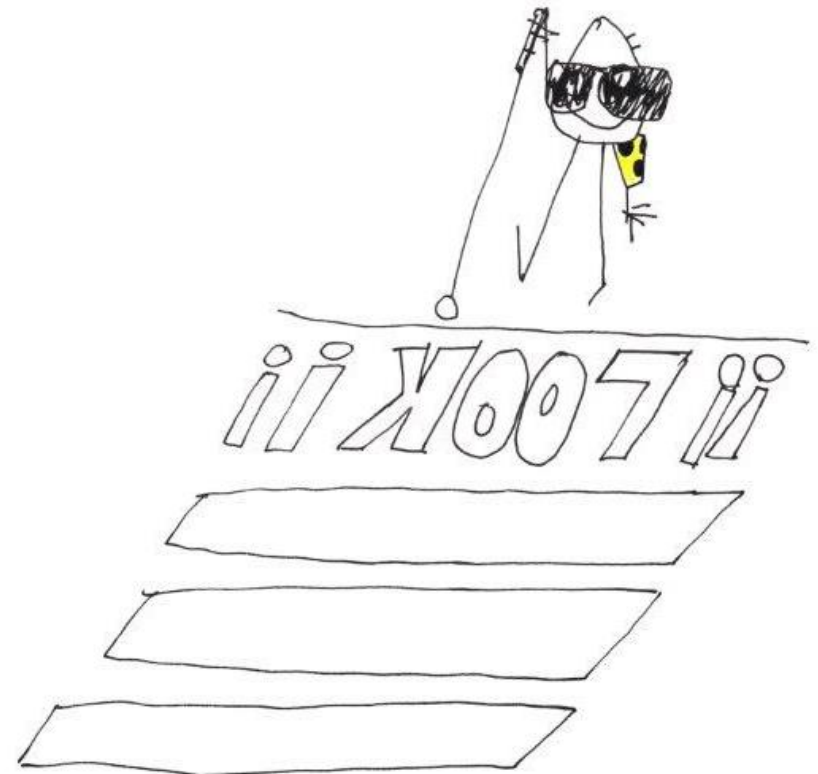
This training session is funded under the 'Rights, Equality and Citizenship Programme 2014-2020' of the European Commission.

- Jurisprudencia TJUE sobre la discapacidad
- Ajustes razonables – el concepto

- OMS / Modelo médico antiguo (anticuado, pero todavía presente en las mentalidades)
  - Discapacidad: toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad para realizar una actividad en la forma y dentro del margen que se considera **normal para un ser humano**.

Clasificación de la OMS de impedimentos, discapacidades y minusvalías, 1980

- Preámbulo de la CDPD:
  - La discapacidad es un concepto en evolución
- Artículo 1 de la CDPD:
  - Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, **al interactuar con diversas barreras**, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás



- Falta de datos fiables y detallados
- Tasa de empleo en la UE 2014 (20 a 64 años)
  - Discapacidad: 48,7 %.
  - Sin discapacidad: 72,0 %.
  - Discapacidades graves 78 % fuera de la población activa (2002)
  - Problema de salud/incapacidad de larga duración 27% fuera de la población activa (2002)
- Personas en riesgo de pobreza o exclusión social (2011)
  - Discapacidad: 36,7 %.
  - Sin discapacidad: 21,7 %.

- Discapacidad según la definición: deficiencia + barreras
- Las barreras son el foco de la intervención política para crear/ hacer cumplir una fuerza laboral inclusiva
- Eliminar las barreras: no siempre es posible  
=> Ajustes razonables
- Marco jurídico:
  - Directiva sobre el empleo 2000/78 CE
  - Artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño (definición)
  - Legislación nacional (Alemania: Primera ley que menciona los "ajustes razonables" - Angemessene Vorkehrung - explícitamente en vigor desde 2017: § 7 BGG. Pero de facto § 81 Abs 4 SGB 9 estableció el deber de proporcionar ajustes razonables)

# Ajustes razonables

- Distinguir los ajustes razonables de:
  - Normas generales de accesibilidad (diseño universal)
  - Medidas de acción positiva.



- CDPD Art 2:
  - "Por "ajustes razonables" se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales;
- 2000/78/EC Art 5:
  - Un alojamiento razonable significa: "Los empresarios tomarán las **medidas adecuadas**, en función de las necesidades de cada situación concreta, **para permitir** a las personas con discapacidades acceder al **empleo**, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una **carga excesiva** para el empresario".

# Ajustes razonables v. Accesibilidad sin barreras

- Ajuste razonable:
  - Individualizado
  - Circunstancias concretas
  - No hay un deber absoluto
  - Razonable (no óptimo)
  - No es desproporcionado ni indebido
- Sin barreras:
  - Para un grupo específico
  - Deber (absoluto) - no hay prueba si es "razonable" o "desproporcionado"

- Para los discapacitados: ajuste razonable = un término clave de la Dir. 2000/78/CE (todavía no se requieren ajustes razonable en: protección social, atención de la salud, educación... pero suministro de bienes y servicios...)
- Concepto de igualdad sustancial (frente a la igualdad formal)
- Ninguna acción positiva a favor de los discapacitados como grupo, sino ruptura de los prejuicios estereotípicos que limitan las oportunidades para los discapacitados

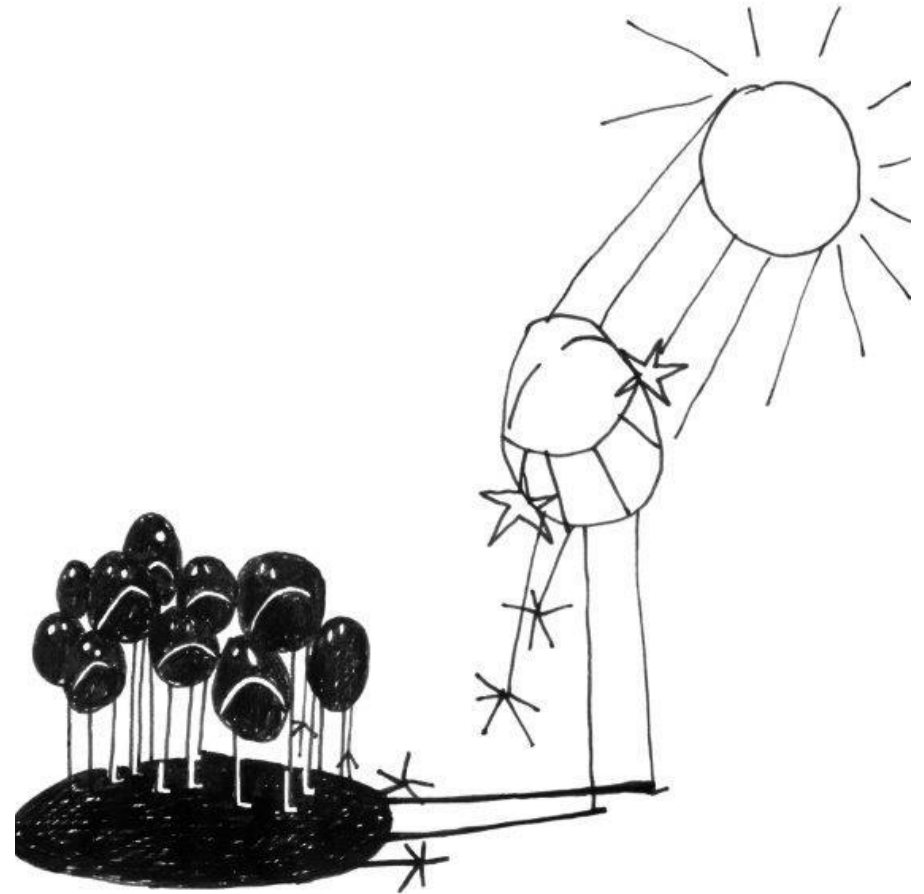
- Considerando 17: Límites de los ajustes razonables
  - La persona debe ser competente, capacitado y disponible para desempeñar las tareas esenciales del puesto en cuestión
- Considerando 20: Medidas adecuadas
  - Medidas eficaces y prácticas
  - Acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad
  - Por ejemplo: adaptar instalaciones y equipamiento, cambiar las pautas del tiempo de trabajo, la asignación de tareas o la provision de formación

- Considerando 21:
  - Determinar la carga desproporcionada: Tener en cuenta los costes financieros y de otro tipo
  - Tamaño y recursos financieros de la organización o empresa
  - Posibilidad de obtener fondos públicos u otra ayuda pública

- Artículo 5 (3): no hay carga desproporcionada, si:
  - cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades
  - ➔ Importante función de la legislación nacional
  - ➔ ¿Diferentes niveles de ajuste razonable para personas con discapacidades en diferentes Estados miembros?
  - ➔ ¿El papel de la CDPD?
- ¿Empresa obligada a solicitar recursos?
  - No, pero si no: no hay carga desproporcionada

- El trabajador/solicitante está calificado
- El empresario es consciente de las necesidades del trabajador/solicitante
- Ajuste razonable => condición adecuada para que el trabajador pueda realizar las tareas esenciales del trabajo.
- Los ajustes razonables no suponen una carga desproporcionada

- CDPD
  - Sin ajustes razonables = discriminación
  - discriminación directa, discriminación indirecta
  - Sin ajuste razonable (nuevo tipo de discriminación sui generis: relacionado con la nueva definición de discapacidad)





# Observaciones finales Informe inicial CE a la CDPD (2015)

- 94 Recomendaciones:
- Ejemplos:
  - Ajuste razonable que no se requiere en otras áreas que no sean el empleo
  - No hay integración de la discapacidad en otras políticas / no hay discapacidad en la incorporación de la perspectiva de género
  - La falta de ajustes procesales para las personas con discapacidad que tratan de acceder a la justicia en los Estados miembros de la UE
  - Formación para los Estados miembros sobre ajustes razonables y accesibilidad en el contexto del empleo

- Directiva 2019/882 = Ley de Accesibilidad Europea (EAA)
- Adoptada el 7 de junio de 2019
- Período de trasposición Estados Miembros: 28 de junio de 2022
- Aplicación de la Directiva por la legislación nacional: a más tardar el 28 de julio de 2025

- Objetivo: Accesibilidad de los productos y servicios (sin barreras)
- Prioridad de la aplicación: "Diseño Universal" (Art 2, 9 CDPD)
- Pero: no hay que excluir los ajustes razonables (Rn 50). Sin embargo, no están específicamente definidos o requeridos.

- Fuerte enfoque digital:
  - El comercio electrónico y sus plataformas
  - dispositivos, sistemas operativos, ordenadores para la comunicación electrónica
  - E-Books y su software
  - Acceso a los medios audiovisuales (TV, lectores de libros electrónicos, reproductores de CD, etc.)
- Servicios y productos del sector del transporte (transporte de pasajeros)
- Números de teléfono de emergencia
- Servicios bancarios (también cajeros automáticos, terminales de servicios)

### Excepción en el EEE: El artículo 14...

- Sigue la proporción de límites para los ajustes razonables
  - No se requiere ningún cambio significativo del producto/servicio que comprometa sus características esenciales
  - No hay una carga desproporcionada para los agentes económicos
  - Las razones deben ser documentadas / pueden ser solicitadas por las autoridades
  - Reducción de las exigencias a las pequeñas empresas (menos de 10 empleados).

- Alemania:
  - Ajustes razonables no forman parte de la Ley Antidiscriminación "AGG"
  - SGB 9: Ley de discapacidad (rehabilitación, participación, lugar de trabajo)
  - Regulaciones sólo para discapacitados severos: § 16SGB 9:
    - Espacio de trabajo accesible para los empleados discapacitados, organización adecuada del trabajo, recursos necesarios

- TJUE C-335/11 Ring & Skouboe Werge
  - Ambas secretarias con fuertes dolores de espalda (osteoartritis, consecuencia de una lesión por “latigazo cervical”)
  - Largos tiempos de ausencia del lugar de trabajo
  - Despedidas (sin tener en cuenta las leyes de protección de las personas con discapacidad)
  - Ambas presentaron demandas contra el despido y piden un ajuste razonable (trabajo a tiempo parcial, escritorio de altura ajustable)
  - TJUE: Limitación de larga duración que, que al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de una persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con otros trabajadores = Discapacidad (no sólo congénita o por accidente, sino también derivada de una enfermedad)
  - La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto (el trabajo a tiempo parcial y los pupitres de altura ajustable no son medidas especiales para una persona con discapacidad)

- Caso "Rectificado de superficies"
  - El empleado necesita levantar piezas de trabajo de 30 kg y más
  - Después de una operación no podía levantar más de 10 Kg.
  - El empleador lo despidió
  - Tribunal Federal de Trabajo: Cambio de organización del trabajo, máquina especial para piezas de trabajo de 10 kg. Despido ilegal
- Otros casos de los tribunales alemanes
- Ajuste razonable  $\neq$  el mejor ajuste posible
- Diferentes posibilidades para acomodar: El empleador tiene derecho a decidir
- Pero...: Derecho de autodeterminación § 9 SGB IX
- Ejemplo: Asistente de trabajo para un especialista en informática ciego



- Irlanda : Requisito de proporcionar ajustes razonables desde 1998, la disposición ha sido enmendada para incorporar los requisitos de 2000/78/EC
  - Harrington contra la Junta de Salud de la Zona de la Costa Este
  - Usuario de silla de ruedas
  - La entrevista previa al empleo se realizó en un lugar inaccesible
  - Agente de igualdad: No se proporcionaron ajustes razonables

- Empresa de componentes informáticos contra un trabajador
  - El empleado con epilepsia no podía operar maquinaria pesada
  - El tribunal decidió: Las operaciones de la maquinaria pesada es una parte menor del sistema de producción, hay que tomar medidas para asegurar que el trabajador no necesite operar estas máquinas.

- Feist contra el Estado de Luisiana
  - Feist: vicesfiscal general, tenía osteoartritis, no tenía parking gratis.
  - Ministerio de Justicia de Luisiana: un ajuste razonable sólo se proporciona si facilita el desempeño del trabajo
- Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito :
  - los empleadores pueden estar obligados a proporcionar adaptaciones no relacionadas con las "funciones esenciales" del trabajo si es necesario para proporcionar a un empleado un acceso igualitario a los beneficios y privilegios del empleo.

## Acomodación razonable en casos de entrevistas

- Nueva situación (comparada con la de los años 90): En la mayoría de los casos no es necesario ocultar la discapacidad
- El conocimiento de la discapacidad es un prerrequisito para hacer ajustes razonables
- Lo más importante para los discapacitados y los empleadores es saber de las posibilidades de adaptación.

- Intérprete de Lenguaje de Signos
- Locales sin barreras (sillas de ruedas, pero también para ciegos, personas con problemas de aprendizaje)
- Posibilidad de tener un perro guía
- Posibilidades de escribir (en el ordenador) para ciegos o personas sin brazos
- Posibilidad de dar respuestas escritas para el tartamudo
- Proporcionar más tiempo de manera razonable para los discapacitados en caso de prueba de evaluación
- Documentos en lenguaje fácil

- Discapacidad: Distinción Discapacidad/Enfermedad
- Énfasis no en la discapacidad, sino en la discriminación por motivos de discapacidad
- Acomodación razonable: poderoso instrumento para superar las barreras / oportunidad de participación
- Problema: Los ajustes razonables pueden llegar tarde (personas sordas en un proceso de selección)
- Parte de una imagen cambiante de la discapacidad
- Los ajustes razonables necesitan ser individualizados / apoyar a las necesidades individuales
- Concepto dinámico / necesidad de desarrollo continuo

- Signos, explicaciones, asistencia para personas con discapacidad intelectual
- Explicaciones en los procesos en lenguaje sencillo por el Tribunal
- Intérpretes de lengua de signos en los procedimientos principales y para el asesoramiento de derecho público
- Abogados con formación especial
- Salas de tribunal accesibles y técnicamente bien equipadas

## Kanzlei Menschen und Rechte

Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte

Lünsmann, Dr. Tolmein, Dr. Tondorf

Borselstraße 26

22765 Hamburg

040.600094700 (Fhone)

040.600094747 (Fax)

[kanzlei@menschenundrechte.de](mailto:kanzlei@menschenundrechte.de)

[www.menschenundrechte.de](http://www.menschenundrechte.de)