



“Igualdad y no discriminación por razón de discapacidad”
Clínica jurídica del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Cátedra Norberto Bobbio de Igualdad y No Discriminación. Laboratorio Consolider.
Universidad Carlos III de Madrid

INFORME SOBRE PRUEBAS DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

**Elaborado por Alvaro Benavides, Mario Ospina, Rosa Valverde
bajo la dirección de Rafael de Asís.**

HURI-AGE
Consolider-Ingenio 2010

Junio 2010.

PRESENTACIÓN

El presente informe ha sido elaborado en el ámbito de una de las clínicas jurídicas del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas; en concreto en la Clínica sobre “Igualdad y no discriminación por razón de discapacidad”. El trabajo tiene su origen en una consulta planteada por la Asociación Solcom relativa a la posibilidad de establecer pruebas de acceso especiales y evaluaciones especiales para el acceso al empleo en el ámbito público.

El Instituto decidió tratar la consulta siguiendo la metodología clínica, integrando así a tres doctorandos, Alvaro Benavides, Mario Ospina y Rosa Valverde, que bajo mi dirección, han trabajado durante dos meses, recibiendo formación en materia de discapacidad y realizando pequeños borradores desde un plan de investigación previamente diseñado. Estos borradores han sido luego discutidos y sistematizados en distintas reuniones del equipo, hasta llegar a la versión definitiva que aquí se presenta.

Para el Instituto esta ha sido la primera experiencia clínica en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad, que se verá sin duda continuada en el curso siguiente.

Rafael de Asís

1. INTRODUCCIÓN: IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN, ACESIBILIDAD Y AJUSTES RAZONABLES Y CAPACIDAD JURIDICA

En el seno de las Naciones Unidas en diciembre de 2006 se adoptó la “Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad”, que constituye un punto de inflexión en la historia del tratamiento de la discapacidad, al integrar esta temática en el ámbito de los derechos humanos.

La Convención asume lo que comúnmente se conoce como el “el modelo social de la discapacidad”. Parte así de la consideración de la discapacidad como el resultado de la interacción de entre factores individuales y factores sociales, para proponer soluciones que apunten a eliminar las causas sociales que generan o acentúan la discapacidad.

Se trata de un documento de carácter vinculante que refleja la disposición por parte de los Estados signatarios (como es España) de asumir compromisos al interior de sus legislaciones a fin de promover las condiciones necesarias para dar pleno reconocimiento de derechos a las personas con discapacidad. Por otro lado, a la luz de la Constitución española se ha de tener en cuenta el artículo 10.2 en el Título I, el cual hace referencia a la obligación de nuestros jueces y tribunales de interpretar los derechos fundamentales de conformidad con los textos internacionales y europeos, obligando a adoptar como criterios hermeneúticos los derivados de la Declaración Universal de Los Derechos Humanos, además de los Tratados Internacionales y los Acuerdos suscritos por España.

La importancia de la Convención radica, no sólo en que incorpora el componente de la no discriminación como elemento de transversalidad dentro las políticas públicas del Estado sino que además establece instrumentos útiles orientados a la protección de los derechos de las personas con discapacidad. No se trata, entonces, de la codificación de nuevas exigencias éticas de dignidad en favor de dicho colectivo sino de la creación de nuevas herramientas que garanticen la efectividad de los derechos ya existentes y que aún se encuentran dentro de las asignaturas pendientes de aprobación por parte del Estado.

La Constitución de 1978 consagra un sistema normativo de valores que sirve de sustento e interpretación de todo el ordenamiento jurídico al tiempo que orienta la actuación de los poderes públicos; la libertad, la igualdad, la justicia o la solidaridad devienen en referentes axiológicos obligatorios para todo operador del Derecho español.

El artículo 9.2 de la Constitución preceptúa: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. Remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Por su parte, el artículo 14 consagra: “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”

La Carta reclama de los poderes públicos la implementación de medidas que estén encaminadas a la promoción de los derechos e integración social de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad. En ese sentido, es inequívoca la intención del constituyente de otorgar especial protección a las personas con discapacidad dado que su particular condición les impide, no en pocas ocasiones, el disfrute total de los derechos.

Tres son los principios y derechos presentes en la Convención y que, desde el presupuesto de la igual dignidad de todos los seres humanos, nos interesan en este estudio. Por un lado la igualdad y la no discriminación, por otro la accesibilidad universal y los ajustes razonables, y, por último, la capacidad jurídica universal.

La perspectiva de la igualdad y no discriminación tiene una aplicación transversal en todos los artículos de la Convención. En este sentido, establece que por “discriminación por motivos de discapacidad” se entiende cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los

ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”. Esto incluye todas las formas de discriminación, y, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.

El artículo 14 de la Constitución española no impone una prohibición absoluta de establecer diferencias de tratamiento, sólo se prohíben aquellas diferenciaciones que sean discriminatorias por no estar justificadas. Este artículo consagra el clásico principio de igualdad en la ley y el derecho a la igualdad, prohibiéndose hacer distinciones arbitrarias o irrazonables. Pero además, reconoce el derecho fundamental a no ser discriminado.

En relación con el tratamiento diferenciado de una persona con discapacidad, la virtualidad del art. 14 C.E. no se agota en la cláusula general de igualdad que inicia su contenido, sino que también persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, como es hacia las personas con discapacidad, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 C.E. Esta afirmación que, en determinados supuestos, ha conducido a considerar ajustadas al art. 14 C.E. determinadas medidas normativas ventajosas para colectivos tradicionalmente discriminados, despliega también importantes efectos cuando de lo que se trata es de enjuiciar si una diferencia peyorativa para estos colectivos es o no conforme al mandato del art. 14 C.E.

Uno de los contenidos de la idea de igualdad presente en la Convención y en nuestro Ordenamiento jurídico, es el de la igualdad de oportunidades. Así, el art. 4 de la Ley 51/2003 establece que “se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad cuando se produzcan discriminaciones directas o indirectas, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas”.

A los propósitos de este estudio, es importante aclarar cuando se entiende vulnerado el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y, por tanto, el derecho a no ser discriminado. E igualmente resulta oportuno averiguar la posible

justificación de un trato diferente de las personas con discapacidad para conseguir una igualdad de oportunidades.

Con carácter general puede decirse que el derecho a la igualdad exige un tratamiento igual de situaciones iguales no resultando vulnerado cuando se produce un tratamiento diferente de situaciones desiguales, siempre y cuando la situación desigual sea relevante y el trato diferente sea objetivo y razonable. La ausencia de estas exigencias en el trato diferente es precisamente lo que provoca una situación de discriminación.

La prohibición constitucional de discriminación por características personales como signo de pertenencia a un grupo social determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica, se conecta también con la noción sustancial de igualdad. Ello permite ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación, para incluir no sólo la noción de discriminación directa sino también la noción de discriminación indirecta.

Para definir la discriminación indirecta podemos acudir a la Ley 51/2003, en cuyo artículo 6,2 se establece: “se entenderá que existe discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios”.

Ello implica que cuando se invoque una diferencia de trato basada en las circunstancias que los preceptos consideran discriminatorias -en este caso, la discapacidad- y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación -en este caso, las personas con discapacidad-, no pueden limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 C.E.

Ambos conceptos quedan así delimitados conceptualmente siendo este aspecto relevante a los efectos de que se vulnere el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente proscritos en el art. 14 de la CE. No resulta necesario aportar en todo caso un *tertium comparationis* para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio y perjudicial, máxime en los supuestos en los que se denuncia es una discriminación indirecta. En estos casos, lo que se compara, no son los individuos, sino los grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales; es decir, grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el art. 14 CE, en nuestro caso las personas con discapacidad. En estos supuestos, basta con que exista una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente por personas con discapacidad.

Por lo tanto, para que sea vulnerado el derecho antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 de la CE debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por personas con discapacidad (o por mujeres, en los supuestos de discriminación por razón de sexo) respecto de bienes relevantes. Por lo que una vez acreditada estadísticamente dicha mayoría que queda afectada por dicha medida, en relación con el resto de la población, y para descartar la existencia de una discriminación indirecta prohibida por el art. 14 CEA, habría que constatar que esa medida se explica por razones objetivamente justificadas de política social sin carácter discriminatorio.

La prohibición de discriminación no significa que no se puedan configurar tratamientos diferenciados justificados. Con la diferenciación se pretende que ciertos individuos, que se encuentran en una situación de desventaja social, se equiparen con el resto de la sociedad. Para que la diferenciación tenga lugar, se exige una justificación razonable y proporcional que se traduce en dos puntos básicos: a) la existencia de fundamento razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados (STC 49/1982, de 14 de julio); b) la existencia de proporcionalidad (fin y medio adecuado y ponderación de ventajas y sacrificios). La

finalidad que justificaría un tratamiento diferenciado es la de corregir una desigual distribución de los bienes sociales.

La Convención establece que, con el fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes deberán adoptar medidas apropiadas para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertas al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso en una serie de ámbitos.

En términos generales, la accesibilidad es la condición que debe cumplir el entorno social a fin de que todas las personas, en condiciones de igualdad puedan ejercer sus derechos y vivir de manera independiente. Supone, en sentido positivo, la obligación por parte del Estado de construir obras de infraestructura adaptadas a las necesidades de acceso de las personas con discapacidad, o en sentido negativo, la eliminación de obstáculos y barreras que impiden el acceso a los edificios, el transporte, comunicaciones, servicios de información, etc.

La accesibilidad universal es definida por la Ley 51/2003 como “la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de diseño para todos y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse”

Los ajustes razonables son, según la Convención, “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”. La Ley 51/2003 entiende por

ajuste razonable, “las medidas de adecuación del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos”

El tratamiento que asume la Convención con relación a la capacidad jurídica (expresado en su artículo 12) plasma lo que se conoce modelo de “apoyo o asistencia en la toma de decisiones”. El artículo 12.2 señala: “Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. Como quedó manifiestamente en evidencia en los momentos previos a la adopción del texto final de la Convención, el artículo 12 sobre capacidad jurídica y personalidad jurídica generó grandes disputas, desde el momento en que hubo conciencia del potencial cambio que dicho artículo podría generar.

En efecto, el artículo 12 de la Convención establece un cambio fundamental en la manera de abordar la cuestión de la capacidad jurídica en aquellas situaciones en las que una persona con discapacidad puede necesitar la ayuda de un tercero. Este cambio puede ser denominado como el paso del modelo de “sustitución en la toma de decisiones” al modelo de “apoyo o asistencia en la toma de decisiones”.

Mientras el sistema tradicional tiende a un modelo de “sustitución en la toma de decisiones”, el modelo de derechos humanos basado en la igualdad y en la dignidad intrínseca de las personas, en el que se basa la convención, aboga por un modelo de “apoyo en la toma de decisiones”.

En este sentido, a la vista de la Convención, parece oportuno extender al campo de la diversidad mental e intelectual, la misma estrategia utilizada para la diversidad física. Como es sabido, el tratamiento de ésta se apoya en un principio general como es la accesibilidad y un principio individual como es el de los ajustes razonables. El ajuste razonable surge a partir de la expresión de la necesidad concreta de una persona con discapacidad, excluida o limitada por la inaccesibilidad del entorno, o por la imposición de pautas mayoritarias que dificultan su acceso a un bien

o servicio. En este sentido, la accesibilidad es la situación a la que se aspira, el diseño para todos una estrategia a nivel general para alcanzarla, y los ajustes razonables una estrategia a nivel particular, cuando no ha sido posible prever desde el diseño para todos. Pues bien, este mismo esquema puede funcionar con la capacidad jurídica. Esta, como la accesibilidad es el presupuesto y la aspiración. Ahora bien, pueden existir situaciones que exijan un ajuste (apoyo) en el ejercicio de esa capacidad. La necesidad de realizar ajustes razonables surge, en el ámbito de la discapacidad física, porque no siempre será posible diseñar y hacer todos los productos o servicios de forma que puedan ser utilizados por todo el mundo; porque en ciertas ocasiones habrá personas que no podrán utilizar un producto o un servicio determinado, o que requerirán de una modificación o adaptación especial en el modo de realizar una tarea o de recibir una información. Y algo parecido puede ocurrir en el campo de discapacidad mental e intelectual, en el que una persona puede necesitar el apoyo (el ajuste) de alguien.

2. EL ACCESO A LA FUNCION PÚBLICA: ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES

Antes de la Convención Internacional, uno de los aspectos que habían sido objeto de mayor regulación por parte de los instrumentos de protección de los derechos de las personas con discapacidad era el relativo al trabajo y empleo. No obstante, por su poca obligatoriedad, no dejaban de ser “catálogos de buenas intenciones”.

El artículo 27 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad y exhorta a los Estados para que promuevan el ejercicio del derecho al trabajo incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, entre las que se encuentran aquellas destinadas a emplear a personas con discapacidad en el Sector Público.

En materia de acceso a la función pública la Constitución española señala dos pilares esenciales sobre los cuales se asienta esta actividad estatal. Se trata de los principios de mérito y capacidad, los cuales deben ser interpretados de conformidad con el artículo 23 que dispone que los ciudadanos “tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes”. Este precepto es una prolongación del artículo 14 que consagra el derecho a la igualdad.

A través de los mencionados preceptos constitucionales no sólo se busca la profesionalidad de la función pública y la imparcialidad de los servidores públicos sino que también se busca la igualdad de oportunidades para el acceso en los empleos de la administración. Consecuente con lo anterior, el artículo 49 de la Constitución dispone: “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos, físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestará la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. Norma que debe ser interpretada a la luz de lo prescrito en el artículo 9.2 constitucional que impone a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones y remover los obstáculos para que la igualdad sea efectiva.

En materia de acceso al empleo público ha sido preocupación esencial garantizar en la mayor medida posible la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como la transparencia de los procesos selectivos y su agilidad, sin que esto último menoscabe la objetividad de la selección. Ello no es, por cierto, incompatible con unas mayores posibilidades de apertura de nuestro empleo público a ciudadanos que carezcan de la nacionalidad española, en aplicación del Derecho comunitario o por razones de interés general, ni con la necesaria adopción de medidas positivas para promover el acceso de personas con discapacidad.

Pues bien, siendo conscientes de que el Estado de las autonomías ha posibilitado un modelo de empleo público basado en un mayor protagonismo normativo de las CCAA para aprobar leyes de función pública de sus administraciones siendo la normativa estatal aplicable como referencia básica, es posible destacar en

este ámbito, además de la LIONDAU, otras tres grandes leyes: la Ley 53/2003, la Ley 62/2003 y la Ley 7/2007.

La *Ley 53/2003 de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados*, preceptúa que en todas las ofertas de trabajo, se debe reservar un cinco por ciento (5%) de las vacantes existentes para que éstas sean ocupadas única y exclusivamente por personas cuya “minusvalía” sea igual o superior al 33%. Además, establece un mandato de contenido programático toda vez que fija unas metas a futuro, a propósito del porcentaje mínimo de personas con discapacidad (2%) en la nómina general de las Administraciones del Estado, dentro de un plazo razonable y siempre que superen las pruebas selectivas y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes.

La *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administración y del orden social*, ha transpuesto al ordenamiento español la directiva 2000/78/CE, del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En ella se establece el derecho de las personas con discapacidad a no ser discriminados, directa o indirectamente, para el empleo, o una vez empleados “siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate” . .

La *Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleo Público*, basa el acceso a la función pública en los siguientes principios: derecho a la igualdad en el acceso; defensa de los principio de mérito y capacidad de los aspirantes; la necesaria independencia y discrecionalidad de los órganos de selección; la adecuación entre el contenido de las pruebas y las funciones a desempeñar; y la necesidad de poseer la capacidad funcional suficiente. Las personas con discapacidad tienen reconocida el acceso al empleo público siempre que se den dos condiciones básicas: la superación del proceso selectivo y la acreditación de la discapacidad y su compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones en el empleo. El Estatuto Básico, en su artículo 55.2 remarca que las administraciones públicas seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garantice los principios de igualdad, mérito y capacidad. Los aspirantes deberán superar los procesos selectivos,

que en términos generales consistirán en un sistema de oposición o concurso oposición y que deberán incluir, en todo caso una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación.

El Estatuto Básico parte de la promoción del principio de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo por parte de las personas con discapacidad, por un lado, manteniendo el cupo de reserva del 5 por 100 en las convocatorias (con independencia del resultado final en términos porcentuales de integración en el ámbito del empleo público) y, por otro lado, recurriendo a la necesaria adaptación durante los procesos selectivos y en el desarrollo de las funciones propias de cada puesto de trabajo. Así, se dispone en su artículo 59,2 que la “Administración Pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad”.

Pero junto a estas disposiciones, para el tema que no ocupa, desempeña una importancia fundamental el *Real Decreto 2271/2004, que regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad*, y que desarrolla la Ley 53/2003. El objetivo de este Real Decreto es fomentar la práctica de acciones positivas que favorezcan la igualdad de oportunidades, sin perjuicio de la igualdad de condiciones de acceso que debe imperar entre los candidatos a la cobertura de puestos de trabajo en el sector público. Para ello la persona con discapacidad conserva la posibilidad de optar entre el turno libre y el turno reservado (que puede estar relacionado con determinados puestos de trabajo), y se establece para éste un cupo reservado de al menos un cinco por 100 de las vacantes así como la posibilidad de convocar de forma independiente estas plazas reservadas. Igualmente se impone la adopción de medidas de adaptación y ajustes razonables a las necesidades de las personas con discapacidad en el desarrollo del proceso selectivo (ajustes razonables de tiempo y medios) y en el lugar de trabajo, para garantizar la igualdad de oportunidades y luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad en el ámbito del empleo público.

En lo que se refiere al contenido de las pruebas de selección, se establece que tendrán idéntico contenido para todos los aspirantes, independientemente del turno por el que se opte, sin perjuicio de las adaptaciones previstas legalmente y que tienen como finalidad garantizar la igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad, (artículo 8).

De acuerdo con este Real Decreto la *adaptación de tiempos* consiste en la concesión de un tiempo adicional para la realización de los ejercicios. Por su parte, *la adaptación de medios* consiste en poner a disposición del aspirante los medios materiales y humanos que precise para la realización de las pruebas en las que participe, así como en la garantía de la accesibilidad de la información y la comunicación de los procesos.

Con respecto a los procedimientos de adaptaciones en los tiempos adicionales, la Orden PRE/1822/2006 sobre criterios generales en materia de tiempos adicionales regula con detalle las adaptaciones de tiempo según el tipo de deficiencia y grado de discapacidad.

Por otro lado, con respecto a las adaptaciones de medios y los ajustes razonables, el Real Decreto se remite al órgano de selección en virtud de cada caso concreto, siempre que exista relación de proporcionalidad entre la discapacidad y la prueba a realizar. La falta de una regulación específica puede generar dudas, por lo que cobra gran interés el informe de los órganos técnicos de la administración laboral, sanitaria o de Trabajo.

Ahora bien, existen dos criterios específicos a considerar a la hora de aceptar o rechazar las adaptaciones: el primer criterio, mencionado en el artículo 1.3 del RD, el principio de compensación de desventajas que implica el deber de aceptar todas las adaptaciones que permitan compensar una desventaja objetiva de la persona con discapacidad. El segundo criterio, sería el principio de proporcionalidad, señalando el RD, en su art. 11.2 que la Administración podrá denegar las adaptaciones que permitan el seguimiento de cursos que realicen funcionario cuando supongan una carga desproporcionada; para valorar la carga desproporcionada se tendrán en cuenta los costes, los efectos discriminatorios de su no implementación, la estructura de la

entidad y las posibilidades de obtener financiación oficial. Valorado desde el punto de vista de los costes, según la LIONDAU pero en la mayoría de las ocasiones la adaptación va a ser obligatoria para la administración, máxime teniendo en cuenta que el artículo 7 del RD 2271/2004 no hace referencia a este límite y podría haberlo hecho perfectamente.

En definitiva, las dos grandes apuestas que el legislador mantiene para afrontar el reto de la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad sigue siendo el establecimiento de cupos de reserva en las convocatorias y la posibilidad de adaptar o ajustar razonablemente los tiempos y los medios en la realización de las pruebas establecidas en los procesos de selección, y las lógicas adaptaciones de los puestos de trabajo. Dos medidas imprescindibles para afrontar el reto de la igualdad y la no discriminación de las personas con discapacidad mejorando las posibilidades de acceso al empleo público.

En todo caso, debe existir una coherencia entre ambas medidas, en el sentido de que el establecimiento de cupos (que ha ido en aumento) sólo tiene sentido si se logra el acceso real de las personas con discapacidad, para lo cual, el establecimiento de ajustes razonables o incluso, la configuración de una política de accesibilidad universal, se convierte en esencial.

3. EL ACCESO A LA FUNCION PÚBLICA: IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN, ACESIBILIDAD Y AJUSTES RAZONABLES

Como hemos visto, en relación con el acceso al empleo público de las personas con discapacidad, la legislación vigente ofrece dos variantes: una es la de la oferta de empleo en general y otra la de la oferta de empleo específico para personas con discapacidad.

Se trata de dos variantes que entroncan, en el campo de los derechos humanos, con los llamados procesos de generalización y especificación, si bien tienen como fin último el logro de la igualdad de oportunidades, todo ello en consonancia con lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Obviamente, la existencia de la segunda variante es ya de por sí, una medida de promoción del acceso al empleo de las personas con discapacidad pero, en todo caso, el éxito de esta variante (y también de la primera), requiere de una serie de medidas complementarias, algunas ya existentes –pero en algunos casos mejorables- y otras que deberían existir, todo ello desde la perspectiva de los derechos.

Clasificaremos estas medidas en cuatro grandes grupos: a) formación y preparación; b) definición clara del puesto de trabajo; c) las pruebas de selección; d) la evaluación.

a. Formación y preparación

El acceso al empleo público requiere, como no podría ser de otra forma, de la posesión por parte de los candidatos de un nivel de formación específico que se logra, en muchos casos, a través de cursos destinados a preparar a éstos. En el caso de las personas con discapacidad, pueden existir casos en los que la adquisición de formación y la preparación exijan metodologías especiales.

En este punto adquieren relevancia los centros o academias de preparación y los materiales de preparación. En ambos casos, el principio del diseño universal debe ser satisfecho y, en aquellos casos en los que no haya sido posible, deberán realizarse ajustes razonables para lograr la accesibilidad.

Todo ello requiere que en los centros y academias de preparación existan personas conocedoras de la filosofía de la Convención, necesidad que se proyecta también en las personas que elaboran los materiales de preparación.

Así, sería conveniente la existencia de programas específicos en los centros y academias de preparación destinados a personas con discapacidad (además, claro está de que su accesibilidad física esté garantizada), así como la elaboración de materiales específicos para la preparación de las pruebas. Se trata de exigencias que se proyectan en las dos variantes de empleo antes enunciadas, pero que adquieren gran relevancia en aquella que se refiere con carácter específico a las personas con discapacidad.

En este punto, consideramos que las Oficinas de Vida Independiente, junto con los colectivos y asociaciones de personas con discapacidad, podrían desempeñar un papel fundamental.

b. Definición clara del puesto de trabajo

Las convocatorias para proveer los cargos de la Administración deben estar condicionadas para que el mayor número de personas puedan optar a los mismos, en condiciones de igualdad. Sólo se permiten restricciones en los procesos selectivos cuando concurren circunstancias especiales que así lo ameriten, y que atienden a criterios de objetividad y razonabilidad, como por ejemplo, cuando el cargo a ocupar requiere el cumplimiento de habilidades o de conocimientos básicos para poder ejercerlo.

De esta forma, las ofertas de empleo deben contener claramente definidos los requisitos que se exigen a los aspirantes de acuerdo con las características del cargo a ocupar. Asimismo, se debe hacer una delimitación racional de las competencias de acuerdo con las necesidades de la Administración.

En este punto, tal vez la cuestión principal sea la definición de las competencias que se asocian al puesto de trabajo. La definición de competencias, desde la perspectiva doctrinal, aparece como el conjunto de caracteres subyacentes a una persona, casualmente relacionadas con una actuación de éxito en un puesto de trabajo o como refleja la OIT la competencia es la idoneidad para realizar una tarea o desempeñar un puesto de trabajo eficazmente, por poseer las calificaciones requeridas para ello. También se entiende por competencia en materia de formación profesional, un conjunto de conocimientos, habilidades, destrezas y actitudes que un sujeto necesita y utiliza para resolver problemas relativos a su desempeño profesional, de acuerdo con criterios o pautas provenientes del campo profesional (según el Centro Interamericano de Investigación y Documentación sobre Formación Profesional).

Una clara delimitación de las competencias que se asocian al puesto de trabajo que se ofrece, a pesar de su complejidad, es esencial para la sociedad en general y, dentro de ella, para el acceso de las personas con discapacidad.

c. Pruebas de selección

Las pruebas de selección para el acceso al puesto de trabajo deben, con carácter general, satisfacer una serie de exigencias que exceden el propósito de este informe, tales como la generalidad; la abstracción; la objetividad; la imparcialidad, profesionalidad e independencia de los miembros de los órganos de selección; la agilidad; la publicidad; la transparencia. Además, una vez identificadas las competencias asociadas al puesto de trabajo, resulta de gran importancia la adecuación entre el contenido y procedimiento de los procesos selectivos (e incluso su procedimiento) y las funciones o tareas a desarrollar.

Es importante destacar que la profesionalidad de los miembros de los órganos de selección no debe proyectarse única y exclusivamente en las competencias y destrezas de los puestos en cuestión, sino que también debe tenerse presente la formación en el campo de la discapacidad. Esta exigencia puede tener una intensidad diferente dependiendo de la variante de empleo. Así, en la que hemos denominado como variante general, bastaría con la presencia en los órganos de selección de un profesional vinculado al mundo de la discapacidad (a alguna de las organizaciones representativas de este colectivo). Por su parte en la variante dirigida a las propias personas con discapacidad, la presencia debería ser mayor. En cualquier caso, al igual que ocurre con otros grupos tradicionalmente desfavorecidos, incluso podría llegar a plantearse órganos de selección con una composición paritaria.

Pero junto a estas exigencias, aparecen otras que inciden en el campo de la discapacidad, y que poseen (deben poseer) una idéntica fuerza. En efecto, la satisfacción de las exigencias antes apuntadas puede, en ocasiones, producir discriminaciones indirectas.

La primera de las exigencias es, de nuevo, la del diseño para todos, en virtud del cual, todo proceso de selección debe cumplir con unos requisitos mínimos de accesibilidad a fin de que todas las personas, sin distinción alguna, puedan llevar a cabo las diferentes fases del proceso. En este punto, la existencia de adaptaciones de tiempo y medios es ya una realidad que debe ser, por un lado, mejorada, incorporando otros tipos de deficiencias, pero sobre todo debe ser garantizada sin que puedan producirse casos de indefensión que se traducen en discriminaciones. Obviamente, la satisfacción de estas exigencias requiere de esfuerzos intelectuales y económicos, de medios materiales y humanos, de ayudas técnicas y de asistencias personales, que deben ser previstas en la propia convocatoria como garantía de accesibilidad para el logro de la igualdad de oportunidades. La única limitación de este conjunto de medidas viene dada por el principio de razonabilidad, que se traduce en la carencia de justificación de aquellas medidas que sean discriminatorias o que se enfrenten a las competencias que se exigen para el puesto en cuestión (es decir, que directamente vengán a sustituir dichas competencias). De nuevo, el respeto del diseño para todos así concebido, adquiere una relevancia mucho mayor para los casos de puestos de trabajo dirigidos a personas con discapacidad.

La segunda de las exigencias se relaciona con los ajustes razonables. Como ya se ha dicho, los ajustes surgen cuando ha fallado el diseño para todos, por lo que no pueden ser considerados como la herramienta fundamental. Esta exigencia se traduce en la posibilidad de llevar a cabo adaptaciones de tiempo, medios materiales o de asistencia no previstas directamente en la convocatoria de empleo, a petición de la persona con discapacidad que la demanda. En este punto, las convocatorias deben contemplar esta posibilidad, estableciendo un procedimiento ágil y coherente con los derechos de las personas con discapacidad. Como ocurría en relación con la primera de las exigencias, las únicas limitaciones de ésta vendrían de la mano del principio de razonabilidad y de la no discriminación, a los que podría unirse ahora el de proporcionalidad (que se traduce básicamente en términos de coste económico) si bien con una fuerza muy limitada a la vista del bien que se pretende satisfacer. Esta

exigencia de ajustes es de nuevo mucho más clara en aquellas ofertas de empleo dirigidas a personas con discapacidad.

d. Evaluación

En lo referido a la evaluación, tres son las exigencias que deben presidirla y que poseen alcance constitucional: la igualdad, el mérito y la capacidad. Se trata de exigencias perfectamente asumibles en lo que se refiere a las personas con discapacidad, siempre y cuando se vean garantizadas las exigencias que hemos destacado en los puntos anteriores, y que van acompañadas de los principios de razonabilidad (en el sentido de que las capacidades se midan desde las competencias que exige el puesto de trabajo) y ponderación (en el sentido de valoración conjunta de las capacidades y méritos).

Ciertamente, la única duda que plantean los principios del mérito y la capacidad en el campo de los derechos de las personas con discapacidad, tienen que ver con el papel del primero de ellos en la vertiente general de acceso al empleo (esto es, aquella que no va destinada con carácter específico a las personas con discapacidad). Y ello porque la situación tradicional de discriminación en la que este colectivo se encuentra, hace que le sea difícil competir, por el momento, con el resto de la sociedad o, incluso entre las propias personas con discapacidad, dado lo heterogéneo del colectivo, lo que extiende esta reflexión a la segunda de las vertientes (la del empleo específico). Así, una medición totalmente objetiva del mérito puede resultar discriminatoria para las personas con discapacidad (al igual de lo que ocurre con otras personas).

Y en este punto pueden plantearse dos posibilidades. La primera de ella dirigida a disminuir el peso de este criterio; la segunda a modularlo o ajustarlo. En virtud de la primera, sería más adecuado conceder un mayor peso a la capacidad, siendo el mérito un requisito accesorio, que sólo tendrá fuerza equivalente a la capacidad cuando esté estrechamente conectado con las competencias del puesto de trabajo y que, en todo caso, deberá ser ponderado con las circunstancias personales del individuo que se evalúa. En virtud de la segunda, el criterio del mérito sería objeto de ajustes

razonables (similares a los establecidos, por ejemplo, en materia de tiempos según el tipo de deficiencia).

Tomando como referencia los tres procedimientos de selección habituales en el acceso al empleo público, esto es, el concurso, el concurso-oposición o la oposición, desde la primera de las posibilidades, sería preferible optar por él último, siempre y cuando se vean salvaguardadas las exigencias que hemos venido subrayando; mientras que esto no tendría que ser necesariamente así desde la segunda de las posibilidades.

CONCLUSIONES

1. Los centros y academias de preparación deben contar con personas conocedoras de la filosofía de la Convención, necesidad que se proyecta también en las personas que elaboran los materiales de preparación.
2. Deben existir programas específicos en los centros y academias de preparación destinados a personas con discapacidad (además, claro está de que su accesibilidad física esté garantizada), así como materiales específicos para la preparación de las pruebas.
3. Las ofertas de empleo deben contener claramente definidos los requisitos que se exigen a los aspirantes y las competencias del puesto de trabajo a ocupar.
4. Debe existir, en los órganos de selección, sobre todo, aunque no únicamente, en aquellas ofertas de empleo destinadas a personas con discapacidad, profesionales formados en el campo de la discapacidad o pertenecientes a los movimientos representativos de este colectivo.
5. Toda convocatoria de empleo público (y sobre todo aquella destinada a personas con discapacidad) debe prever para el proceso de selección el cumplimiento de unos requisitos mínimos de accesibilidad, que se traducen en la existencia de adaptaciones de tiempo y de medios materiales y humanos, de ayudas técnicas y de asistencias personales. La única limitación de este

conjunto de medidas viene dada por el principio de razonabilidad, que se traduce en la carencia de justificación de aquellas medidas que sean discriminatorias o que se enfrenten a las competencias que se exigen para el puesto en cuestión (es decir, que directamente vengán a sustituir dichas competencias).

6. Toda convocatoria de empleo público (y sobre todo aquella destinada a personas con discapacidad) debe prever para el proceso de selección la posibilidad de llevar a cabo ajustes razonables a petición de la persona interesada, en forma de adaptaciones de tiempo, medios materiales o de asistencia. La única limitación de estos ajustes viene dada por el principio de razonabilidad, al que podría unirse ahora el de proporcionalidad (que se traduce básicamente en términos de coste económico) si bien con una fuerza muy limitada a la vista del bien que se pretende satisfacer.
7. Las exigencias del mérito y la capacidad en el acceso al empleo público no se enfrentan a los derechos de las personas con discapacidad, siempre y cuando se satisfagan el resto de exigencias, si bien parece más adecuado conceder un mayor peso a la capacidad, siendo el mérito un requisito accesorio, salvo que se produzca un ajuste en cuanto a su consideración tomando como referencia los distintos tipos de discapacidad.
8. Entre los tres procedimientos de selección habituales en el acceso al empleo público, esto es, el concurso, el concurso-oposición o la oposición, es preferible el último, salvo que se lleven a cabo ajustes razonables en la medición de los méritos, atendiendo a los distintos tipos de discapacidad.