ABAD MARCO, Elena Olga, *Régimen de acceso a las funciones públicas para los discapacitados: su compatibilidad con el principio constitucional de igualdad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2024, I.S.B.N. 84-89510-76-8, 319 págs.

Como bien explica José Bermejo Vera, que fue Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, en el prólogo, el libro trata de un delicado y espinoso tema jurídico. Si nuestra anhelada Constitución de 1978 impuso a todos los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la igualdad (y la libertad) del individuo y de los grupos— fuese efectiva, incluso removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9), garantizando la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10) y vetando cualquier tipo de discriminación (art. 14), cobra todo su sentido el precepto que obliga a los poderes públicos a amparar «especialmente» a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos «para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos» (art. 49).

En ese Título (el I de la Constitución) no solamente figuran esos deberes más o menos abstractos y esas proclamas generales —aunque nuestro Tribunal Supremo ya ha reaccionado frente a una eventual minusvaloración de tales obligaciones, inspirándose en declaraciones del Tribunal Supremo norteamericano (por ejemplo, Sentencia *Trop versus Duller*)—, sino también derechos subjetivos concretos, no meramente reaccionales, ni de libre configuración legal, como es el «derecho a acceder a condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos» (art. 23.2), «de acuerdo con los principios de mérito y capacidad» (art. 103.3). Nuestro Tribunal Constitucional ha ido tajante, reiteradamente, al interpretar el conjunto de estos preceptos, tanto en el acceso como en la permanencia y promoción en las funciones públicas, declarando inconstitucional y anulando ventajas y nuevas normas, así como hábitos hermenéuticos y actos de aplicación no menos desdeñables.

Para ello, Elena Olga Abad Marco, Doctora de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, arranca del origen de los derechos fundamentales, como eslabones entrelazados y básicos que, en nuestro sistema jurídico —como en los demás en los que se identifica—, tratan de salvaguardar la dignidad humana. En el análisis y clasificación de tales derechos, dedica una particular atención a los derechos que conectan indisolublemente con las situaciones de minusvalía o discapacidad. Pero se detiene especialmente en la igualdad, ese principio —derecho que tamiza todos los demás y que sirve de auténtico parámetro de la justicia y la moral social. En el libro se analiza el verdadero significado jurídico de la igualdad, pues no ha de olvidarse que

lo importante, ante las incuestionables desigualdades naturales, es garantizar la no discriminación, interpretada como una prohibición de medidas causantes de desigualdad que carezcan de justificación objetiva y razonable. También conviene insistir en que, precisamente en este ámbito, es donde tiene mayor sentido la «discriminación positiva», es decir, las formas de aplicación normativa encaminadas a paliar en lo posible ciertas desigualdades físicas o circunstanciales. La autora nos recuerda este importante dato, acentuando las posibilidades que a tal efecto proporcional el texto constitucional.

La autora parte de la importante distinción entre las declaraciones de incapacidad y las certificaciones sobre minusvalías. Obviamente, los términos «incapacitado» y «discapacitado» no son sinónimos: Mientras que las incapacitaciones proceden necesariamente de sentencias judiciales que directamente determinan, previa valoración de su nivel de discernimiento, qué actividades o derechos no puede ejercer personalmente el sujeto, las discapacidades existen ya de por sí y muchas veces no afectan a la facultad de entender y querer. El reconocimiento oficial de las desventajas que éstas últimas conllevan en cada caso concreto, denominadas minusvalías, se lleva a cabo a través de resoluciones administrativas derivadas de un procedimiento, en que han de valorarse las «deficiencias del estado físico y/o psicológico del interesado» así como «su situación personal y su entorno socio-familiar» (art. 4.1 de la Orden 276/2000, de 2 de noviembre, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, que desarrolla el RD. 1971/1999) en las proporciones que fija un baremo preestablecido.

La incorporación de estos dos últimos factores, lógica considerando la definición del término «minusvalía» elaborada en el seno de la OMS, plantea varios problemas que cabe citar: Al traducirse un simple enunciado numérico, la estimación y graduación de las deficiencias teniendo en cuenta para ello aspectos ajenos a la discapacidad en sí, puede hacer perder la perspectiva de cuál es su verdadero alcance. Además, la situación personal y, sobre todo, el entorno socio-familiar de los seres humanos constituyen circunstancias difíciles de valorar y sometidas a frecuentes cambios no previsibles, por lo que su relevancia a la hora de precisar el grado de minusvalía, cuando ésta tiene carácter permanente, debería ser nula o muy escasa si no va a realizarse un seguimiento periódico.

El reconocimiento, calificación y declaración del grado de minusvalía tiene lugar a instancia del interesado, representante legal o guardador de hecho (art. 5.1.a de la Orden 276/2000), que también están facultados para instar posibles revisiones. A través de estos certificados que la acreditan, la Administración competente no restringe el ejercicio de ningún derecho, sino que se limita a certificar la existencia de una discapacidad, así como a valorar el alcance de la misma y los efectos que teóricamente produce, expresándolos

en forma de porcentaje. Su misión sólo consiste en valorar las dificultades que cada afectado por una deficiencia encuentra debido a ella en su vida individual, profesional y social; pero lo que el equipo de valoración decida pasará a constituir un eje del que dependerán ciertas ayudas económicas, la posibilidad de sujetarse a relaciones laborales especiales (incentivadas por el Estado y las Comunidades Autónomas) e incluso el ejercicio de un derecho fundamental comprendido en el artículo 23.2 CE.

En un relevante capítulo del libro, la autora nos muestra y analiza las diversas situaciones de minusvalía desde el punto de vista de su reconocimiento normativo, diferenciando entre minusvalía, discapacidad e incapacidad. A menudo se confunden dichos términos, y, pese a que en ocasiones comprenden situaciones asimilables, las circunstancias en que se lleva a cabo el ejercicio de los derechos fundamentales dependen de soportar una u otra modalidad.

Olga Abad ha puesto en contraste sus experiencias con la realidad normativa y las interpretaciones cotidianas, llegando a las conclusiones que el lector podrá juzgar por sí mismo. No es verdad, pues sería injusto decirlo así, que las instituciones de minusvalía se encuentren genéricamente maltratadas por los poderes públicos. Tampoco es cierto que sea sencillo articular los medios e instrumentos para garantizar en plenitud una aplicación absolutamente correcta y general de los antecitados preceptos y, sobre todo, de lo que realmente significan. Ni mucho menos puede ser admisible la convicción de la ausencia de sensibilidad de todos los responsables públicos, en cuanto a la vigencia y aplicabilidad de los mecanismos que facilitan la remoción de obstáculos a la efectiva igualdad. Ocurre, sin embargo, casi de forma cotidiana, la falta de auténtica efectividad de las reglas de articulación de aquellos honorables principios y preceptos.

Es un curioso planteamiento el que realiza la autora al cuestionarse si se debería incorporar la superación de un trámite selectivo adicional como medida preventiva en las pruebas de acceso a la función pública de las personas con discapacidad. Teniendo en cuenta que el art. 62.2 LAP considera nulas de pleno derecho *«las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales»*; la validez de cualquier precepto que desde un derecho vulnere alguno de los derechos comprendidos en el art. 23 CE resulta más que dudosa. Aún así existen y siguen siendo aplicados con demasiada frecuencia algunos que, mediante la creación de un procedimiento selectivo añadido, impiden que el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos pueda ser ejercido por minusválidos en condiciones de igualdad formal con los demás aspirantes.

Respecto a la facultad de solicitar informes previos y eventualmente incapacitantes que determinen en términos absolutos la aptitud o ineptitud del

candidato, cabe afirmar que se trata de una medida preventiva no justificada y contraria al contenido del art. 23.2 CE; más aún cuando los aspirantes minusválidos optan por el turno libre o el nivel de exigencia en caso de reserva sea igual que para el resto de opositores. En tales supuestos deberían evaluarse con arreglo a los mismos criterios, sin perjuicio de las adaptaciones posibles (bajo ningún concepto deben modificar el contenido o el nivel de exigencia de los exámenes) de tiempo y medios que precisen para realizar las pruebas en condiciones semejantes.

Dado que el artículo 19.1 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública reconoce, como han hecho en España todas las disposiciones autonómicas de este rango al respecto, que *«los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación a los puestos de trabajo que se hayan de desempeñar incluyendo a tal efecto las pruebas prácticas que sean precisas»* y que el 5.1 de su reglamento de desarrollo, 364/1995, establece que *«los procedimientos de selección serán adecuados al conjunto de puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por los funcionarios de carrera de los Cuerpos o Escalas correspondientes»*, estos ejercicios deberían constituir el principal parámetro a la hora de valorar el mérito y la capacidad de todos; sin que unas decisiones «de gabinete» puedan, si los miembros del órgano selectivo así lo deciden, suponer una causa eventual de exclusión a priori para los minusválidos.

Considera Olga Abad que esta medida, destinada a evitar el riesgo de que existan funcionarios poco eficientes, no tiene razón de ser, pues no trata de impedir que el sujeto acceda a un puesto de trabajo sino a un proceso selectivo. Además, cuando el legislador exige a los aspirantes minusválidos que acrediten su aptitud con carácter previo parte de una presunción de incapacidad extraña en nuestro ordenamiento jurídico, de hecho es el único supuesto, que no extiende a quienes no poseen minusvalía reconocida, pese a que el reconocimiento oficial de las mismas es en España afortunadamente voluntario y que a veces, por desconocimiento o deliberadamente, personas que podrían hacerlo no la solicitan. Sabemos que el ocultamiento voluntario de las deficiencias, cuando resulta factible, supone un hecho relativamente frecuente y, en la opinión de la autora, medidas como ésta contribuyen a incrementar el número de casos.

También ocurre que otros ciudadanos, cuya incorporación al proceso selectivo y a un hipotético puesto de trabajo en la Administración podría producir alteraciones mayores (pensemos, por ejemplo, en quienes padecen problemas de alcoholismo o drogadicción, trastornos mentales, enfermedades infecto-contagiosas o simplemente tienen «malas intenciones») acceden al primero de ellos sin ninguna cortapisa. Ciertamente es que circunstancias como éstas resultan a menudo imposibles de detectar a simple vista, pero el hecho de que

las minusvalías ya diagnosticadas sean particularmente fáciles de controlar no constituye razón suficiente para partir de la desconfianza y penalizar exigiendo requisitos adicionales a quienes las sufren.

Con respecto a los informes eliminatorios susceptibles de solicitarse y expedirse una vez superadas las pruebas cuando no existe la reserva, si el contenido de éstas se adapta en buena medida al de las funciones propias del trabajo a realizar, el hecho de que alguien las supere con mejor puntuación que el resto de aspirantes debería ser razón suficiente para presumir, mientras la realidad no demuestre otra cosa, que desempeñará sus tareas con las debidas garantías, independientemente de su condición de minusválido o no, más aún considerando el elevado índice de competitividad que habitualmente (no siempre) caracteriza a tales procesos.

La posibilidad de excluir del servicio público a los funcionarios poco eficientes una vez incorporados existe como medida sancionadora y en previsión de que concurran incapacidades sobrevenidas; pero en ambos supuestos la decisión final debe ir precedida por un procedimiento reglado que sirva de garantía. Desde la visión de Olga Abad, sería preferible, aunque no necesario, establecer un sistema semejante para retirar a quienes trabajando demuestren su falta de capacidad preexistente, antes de seguir utilizando el vigente mecanismo de exclusión mediante informes.

Como bien explica la autora, en los tres casos se trata de impedir a quien ha superado todas las pruebas el ejercicio de un derecho fundamental por razones de utilidad pública, si bien la diferencia en cuanto a las garantías resulta más que notable dependiendo del motivo. Cuando, por mucho que sea en aras del bien general, a un ciudadano le prohíben ejercer uno de los derechos fundamentales comprendidos en el Capítulo segundo del Título primero CE, como es el que existe de acceder (y permanecer) en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, sin garantizar el respeto de sus otros derechos mediante un procedimiento reglado, es vulnerada su dignidad y algunos principios esenciales más comprendidos en nuestra Carta Magna.

Cuando tiene lugar una reserva de plazas «bien entendida», ya que el nivel de exigencia resulta algo inferior al previsto para los participantes en el turno libre, puede desaparecer la presunción de que quienes aprueben sean los más preparados; pero la forma en que operan los dictámenes de incompatibilidad, desde el punto de vista de Olga Abad, es nada ortodoxa. Un informe previo, aportado por el participante y elaborado por el órgano multiprofesional, podría resultar interesante para los miembros del órgano selectivo si se pronunciara sobre el tipo de minusvalía y las consecuencias o necesidades que normalmente conlleva a la hora de realizar los ejercicios; al igual que uno posterior relativo a las adaptaciones precisas y circunstancias psíquicas o físicas del opositor; destinado a aprovechar al máximo su potencial

profesional. Sin embargo, como dice Olga Abad, si dichos documentos tienen carácter vinculante (a efectos prácticos quien solicita un informe vinculante delega en el órgano emisor la facultad de resolver a su juicio el asunto de que se trate), suelen e incluso deben pronunciarse en términos absolutos sobre la supuesta capacidad o incapacidad y ningún precepto exige que quienes los elaboran actúen conforme a un procedimiento, conozcan al interesado o utilicen datos recientes, muy poca será la utilidad que revistan y cuantiosos errores o fraudes que puedan ocasionar.

En efecto, estoy de acuerdo con la autora en que el nivel de exigencia resulta algo menos elevado, pero ello obedece a una justa causa y tampoco es razón suficiente para incorporar un proceso preseselectivo que excluya a los «no capaces» u otro posterior que seleccione entre los ya escogidos. Si el principal objeto de la menor exigencia consiste en compensar las dificultades que este colectivo encuentra al afrontar las pruebas y acceder a un puesto de trabajo en el mercado libre de empleo, pero al mismo tiempo se penaliza a quienes en mayor proporción han de enfrentarse a ellas, la medida dejará de cumplir su verdadero objetivo beneficiando quizás en exceso a los que, pese a padecer una minusvalía igual o superior al 33%, podrían competir en condiciones de igualdad con los no discapacitados.

Cabe mencionar como posible medida paliativa de las desigualdades naturales que impiden a las personas con discapacidad enfrentarse a las pruebas de acceso en igualdad de condiciones frente a las personas sin discapacidad las *adaptaciones posibles de tiempo y medios*. Según Olga Abad, en la frecuente expresión «*adaptaciones posibles de tiempo y medios*» suele también ocultarse un factor diferencial, susceptible de ser transformado en discriminación de no aplicarse conforme a los principios de eficiencia, proporcionalidad y buena fe. Cabe entender como tales las que no desvirtúan el contenido de las pruebas ni proporcionan ventajas a quienes hacen uso de ellas, pero esta definición resulta demasiado abstracta y con relativa frecuencia una misma adaptación, en un tipo de prueba similar, es rechazada por unos tribunales y admitida por otros.

Normalmente se solicitan al presentar la instancia, de hecho el artículo 8.2 del Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, dispone «*que los interesados deberán formular la correspondiente petición concreta en la solicitud de participación, en la que se reflejan las necesidades específicas que tiene el candidato para acceder al proceso de selección en igualdad de condiciones*», pero el órgano selectivo no está obligado a informar expresamente al candidato acerca de si han sido aceptadas o denegadas por considerarse innecesarias, de imposible realización o incompatibles con el proceso.

Ocurre de vez en cuando que algún minusválido asiste a un examen pensando que dispondrá de las adaptaciones requeridas y allí descubre que no es así, lo que acostumbra a traducirse en un suspenso más que seguro. Un

ejemplo paradigmático, aunque existen otros muchos, lo constituye un ciego a quien habiendo solicitado recibir el ejercicio en sistema Braille o sonoro le es entregado escrito en tinta, viéndose obligado a retirarse o permanecer de brazos cruzados mientras los demás participantes se examinan.

La necesidad de adaptaciones no sólo concurre al realizar las pruebas sino también en los puestos de trabajo. Según Olga Abad, es un hecho relativamente frecuente que los minusválidos presentes en listas de interinos pierdan oportunidades de empleo en el sector público so pretexto de no resultar factibles aquellas; cuando el término «posibles» tiene carácter relativo, dependiendo a menudo su alcance de la dedicación, interés y pericia de quienes llevan a cabo los ajustes precisos.

En la última parte del libro se estudian dos aspectos importantes. Por un lado, se analiza de forma esquemática el problema de distribución de competencias en estos ámbitos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, llegando a la conclusión de que el Estado ha abdicado en parte de su competencia, tal vez por la confianza en que, tratándose de un tema tan conectado con la sensibilidad social, las Comunidades Autónomas y demás Entes públicos ejecutarán fielmente los principios constitucionales que garantizan la igualdad en el acceso a la función pública. En todo caso, se apunta la conveniencia de incrementar el grado de responsabilidad del aparato estatal en estos campos, con el fin de asegurar una mayor cohesión social. Por otra parte —y aquí encuentra su sentido y utilidad el libro—, se examinan pormenorizadamente las normas estatales y autonómicas que atienden el cumplimiento de las exigencias derivadas del derecho a la igualdad de acceso a las funciones públicas. Ahí, desde la perspectiva de la autora, se ponen de relieve las insuficiencias y lagunas normativas que hacen inefectivo o escasamente efectivo el derecho fundamental.

En conclusión, la autora se pregunta si el derecho fundamental de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad, según el mérito y la capacidad, existe para los minusválidos. La respuesta es, en su criterio, negativa. En general, y aparte de sensibles «vacíos normativos», algunas leyes o reglamentos ordenadores de los sistemas de acceso a la función pública propician fórmulas de elusión del cumplimiento de los deberes que implica el reconocimiento de este derecho fundamental. Ella misma ha comprobado los métodos que, sin ser flagrantemente ilegales, entorpecen notoriamente la aplicación justa del precepto. Me remito a las experiencias que narra y que, sin duda, podrán —o deberán— contribuir a la modificación de las normas y a la de las conductas que se amparan en ellas, menospreciando el valor superior de la igualdad que nuestra Constitución —y nuestro sentido de la ética— coloca en su pórtico.

Victoria C. GÓMEZ Y ALFONSO
Universidad de Zaragoza