



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

Facultad de Derecho
MASTER UNIVERSITARIO EN PROTECCIÓN JURÍDICA DE
LAS PERSONAS Y GRUPOS VULNERABLES

TRABAJO FIN DE MASTER

TÍTULO DEL TRABAJO:

La protección social de las personas con diversidad funcional

Alumno: Jesús Báez Pérez

Tutor: Luis Antonio Fernández Villazón

Convocatoria: Extraordinaria

Curso: 2022/2023

Resumen

El presente trabajo tiene como objeto analizar el origen, la evolución y la configuración actual de la protección social de las personas con diversidad funcional. Para ello, se examina en primer lugar, los diferentes paradigmas de discapacidad a lo largo de la historia. A continuación, se examinan los distintos ámbitos jurídicos donde se ha legislado en cuestiones relacionadas con la discapacidad. Se comenzará por los organismos internacionales, la ONU y la OIT, para más tarde llegar a la regulación en la Unión Europea y, por último, el marco legal español. El objetivo del análisis a esta pluralidad de regímenes jurídicos, será comprobar como han ido evolucionando en su definición del concepto de discapacidad y en las medidas e instrumentos adoptados. Por último, habrá un apartado dedicado a la obligación de realizar ajustes razonables. Esta es una medida de lucha contra la discriminación por razón de discapacidad, cuya importancia ha ido creciendo en los últimos años. Su incorporación en la Directiva 2000/78, junto al papel que le ha otorgado la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad, la han situado como uno de los más claros ejemplos del paradigma social de tratamiento la discapacidad, que opta por la integración social y la plena participación de las personas con discapacidad.

Abstract

The purpose of this paper is to analyze the origin, evolution and current configuration of social protection for people with functional diversity. To do this, it first examines the different paradigms of disability throughout history. Next, the different legal areas where legislation has been passed on issues related to disability are examined. It will begin with international organizations, the UN and the ILO, to later reach the regulation in the European Union and, finally, the Spanish legal framework. The objective of the analysis of this plurality of legal regimes will be to verify how they have evolved in their definition of the concept of disability and in the measures and instruments adopted. Finally, there will be a section dedicated to the obligation to make reasonable adjustments. This is a measure to combat discrimination on the grounds of disability, the importance of which has grown in recent years. Its incorporation into Directive 2000/78, together with the role that the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities has given it, have positioned it as one of the clearest examples of the social paradigm for the treatment of disability, which opts for integration and the full participation of people with disabilities.

ÍNDICE

1.INTRODUCCIÓN	4
2. DE LA MINUSVALÍA A LA DIVERSIDAD FUNCIONAL. LOS DIFERENTES PARADIGMAS A LO LARGO DE LA HISTORIA :	7
2.1.- Cuestiones preliminares.	7
2.2.- Paradigma de la prescindencia	8
2.3.-Paradigma rehabilitador	9
2.4.-Paradigma de la autonomía personal	11
3.- REGULACIÓN LEGAL.....	14
3.1.- Regulación internacional	14
3.1.1.-El concepto de discapacidad para las Naciones Unidas.....	14
3.1.2.- El concepto de discapacidad para la Organización internacional del trabajo.	24
3.2.- Regulación Europea	29
3.3.- Regulación interna	39
3.3.1.-El artículo 49 de la Constitución.	39
3.3.2.-Textos legales sobre discapacidad.	42
4.- LA ADAPTACIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO.....	54
4.1.-El origen de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad	54
4.2.-Jurisprudencia del TJUE hasta HK Danmark.....	58
4.2.-Periodo posterior a la entrada en vigor de la Decisión del Consejo 2010/48/ CE	61
4.2.-La configuración española de los ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad	71
5.CONCLUSIONES	78
6.BIBLIOGRAFÍA	82

1.Introducción

Los grupos vulnerables pueden serlo en función de dos dimensiones. La primera es respecto a la dignidad humana, que exista un factor de riesgo que amenaza los derechos humanos de la persona y que no disponga de capacidad de respuesta. La segunda dimensión tiene una óptica económica. Aunque teóricamente estas dos dimensiones pueden diferenciarse fácilmente, en la práctica no lo será tanto, pues la falta recursos económicos puede afectar a ciertos derechos fundamentales de las personas y viceversa.

Entre las categorías jurídicas a las que afecta la discapacidad este trabajo se centrara en la la influencia que la discapacidad tiene el ámbito laboral. Existen derechos en los que la efectividad real de los mismos, su sustantividad, es mas difícil que conseguir que otros. Un estado liberal puede proclamar derechos como la libertad de expresión, de prensa, de libre sindicación... Una vez proclamados el estado sólo debe ejercer una función de gendarmería para evitar que sean vulnerados. Pero hay otros derechos que requieres la participación, no pasiva, sino activa del estado. Algunos de estos son los derechos a la educación o a una sanidad pública. La igualdad formal entraría dentro de los derechos que puede otorgar un Estado de derecho liberal. La igualdad material, que es la que intenta conseguir un estado social y de derecho, necesita de la intervención de la instituciones públicas. En este sentido, en el ámbito laboral los datos muestran que las personas con discapacidad no han conseguido una igualdad material debido a la alta tasa de desocupación que existe en el colectivo.

El hecho de que a las personas con discapacidad se les considere como parte de un grupo vulnerable, tiene su razón, principalmente, en los datos de estudios empíricos¹, que atestiguan la existencia de un trato discriminatorio sufrido por las personas con algún tipo de discapacidad. El trato discriminatorio se concreta en una menor probabilidad de acceder al mercado de trabajo, y si consiguen hacerlo, sus índices de permanencia son menores. Según los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE)² el 34.6% de las personas con discapacidad en edad de trabajar son personas activas, 43.1 puntos por debajo de la tasa de actividad de la población sin discapacidad. La tasa de paro está en el 22.5%, mientras que la de personas sin discapacidad 7 puntos por debajo. Esta cifra oscila notablemente dependiendo del tipo de discapacidad y su magnitud. Por ejemplo entre las auditivas y visuales la tasa de actividad es mayor (55.5%),

¹ -Ros Clemente, M.I. (2017). Estudio de la inclusión laboral de las personas con discapacidad en España. (Tesis doctoral, Universidad Católica de Murcia).

²Los datos expuestos han sido extraídos de “El Empleo de las Personas con Discapacidad. Año 2021”
[Disponible en: https://www.ine.es/prensa/epd_2021.pdf].

mientras que en entre las intelectuales o de aprendizaje menor (27.5%).

Las razones que explican el desigual acceso al mercado laboral de las personas con discapacidad, se hallan en una formación profesional incompleta, no adaptada a las necesidades del tejido empresarial; una necesidad de mayor orientación e información de la persona con discapacidad; pero también en una discriminación por parte de los empleadores o los responsables de recursos humanos hacia las capacidades del personal con discapacidad. Los estereotipos arraigados en la sociedad no hacen más que erigir obstáculos, que junto a la organización de los centros de trabajo de acuerdo con ciertos cánones de “normalidad”, levantan barreras, que muchas veces resultan insalvables, para las personas que con encajan en estos parámetros. El desconocimiento de algunas discapacidades, especialmente las de carácter psíquico, lleva a una estigmatización y un cuestionamiento de la profesionalidad del trabajador e incluso poniendo en tela de juicio la veracidad de la patología esgrimida³.

El trabajo es un elemento decisivo para la integración en la sociedad de las personas con discapacidad. El acceso al empleo tiene una indudable significación social, desde el punto de vista de la consideración social así como de la obtención de unas rentas que garanticen la subsistencia. En esta línea se han manifestado diversos documentos internacionales y europeos, entre lo cuales, se reproduce aquí las palabras de la Comunicación de la Comisión “Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: Un plan de acción europeo”, en el que se dice que “la participación en el mercado de trabajo permite que las personas puedan ganarse el sustento y participar de forma más plena en la sociedad, al tiempo que refuerza su dignidad e independencia”.

En el trabajo se analizará primero, los paradigmas de discapacidad a lo largo de la historia y después se pasará al análisis de distintos ámbitos jurídicos donde se ha legislado en cuestiones relacionadas con la discapacidad. Se comenzará por los organismos internacionales, la ONU y la OIT, para más tarde llegar a la regulación en la Unión Europea y, por último, el marco legal español. El objetivo del repaso a esta pluralidad de regímenes jurídicos, será comprobar como han ido evolucionando en su definición del concepto de discapacidad y en las medidas e instrumentos que han adoptado. En todos los ordenamientos jurídicos se transitará de un modelo

³Argüelles Blanco, A.R. (2017). “Herramientas jurídicas para la igualdad de oportunidades laborales de las personas con discapacidad”. En Fernández Villazón, L.A.; Moreno i Gené, J. (dirs.), *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 119-180

médico que trata de rehabilitar físicamente a las personas, a un modelo de tintes más sociales que pone el foco en la sociedad. Las normas y políticas públicas pasaron de conceder cuidados médicos y asistenciales a las personas con discapacidad, a dirigir una mirada más amplia hacia los problemas de las personas con discapacidad, que incide en los problemas de integración de este grupo, fruto de barreras sociales y actitudinales, que los coloca en una situación de desventaja⁴.

El interés de realizar el examen de los estos ordenamientos, también se halla en ver como interactúan entre sí y como las medidas adoptadas en un lugar, acaban influyendo y recogiendo en otro. Por último, se pasará al estudio de los ajustes razonables. Esta medida es uno de las principales herramientas de lucha contra la discriminación por razón de discapacidad, cuya importancia ha ido creciendo en los últimos años. Su incorporación en la Directiva 2000/78, junto al papel que le ha otorgado la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad, la han situado como uno de los más claros ejemplos del paradigma social de tratamiento la discapacidad, que opta por la integración social y la plena participación de las personas con discapacidad. El apartado comenzará explicando el origen de la institución en el ordenamiento jurídico norteamericano y como, mediante instituciones europeas y la jurisprudencia del TJUE, acaba llegando al ordenamiento jurídico español. Una vez que llegamos al marco nacional, se analizará la configuración de la obligación de ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad, lo que abarcará su naturaleza, ámbito subjetivo, así como las principales cuestiones que suscita como son la razonabilidad del ajuste o la carga excesiva.

Metodológicamente, el trabajo analiza instrumentos normativos internacionales, europeos y nacionales. Algunos serán textos históricos que carecen de vigencia y otros que, en cambio, siguen teniéndola. La razón estriba en que la normativa en materia de discapacidad ha evolucionado considerablemente con el paso de los años y porque lo ha hecho tanto de manera nacional como transnacional. El estudio normativo se verá complementado por la jurisprudencia que, en buena medida, ha configurado jurídicamente el fenómeno de la discapacidad y de los ajustes razonables. Los textos doctrinales serán otra fuente que facilite una mejor comprensión del objeto de estudio de este trabajo.

⁴Argüelles Blanco, A.R. (2017). op. Cit. 124.

2. De la minusvalía a la diversidad funcional. Los diferentes paradigmas a lo largo de la historia

2.1 Cuestiones preliminares

La “discapacidad” ha sido concebida de distintas maneras a lo largo de la historia. El ser humano asigna significados a las realidades a las que se enfrenta. Y con base en estos significados, conduce sus actos de una manera u otra⁵. Por ello si la “discapacidad” se tiene por algo trágico, las personas con discapacidad serán tratadas como víctima de una tragedia. Si en cambio se ve a la persona con discapacidad como la perjudicada de la estructura de la sociedad, los esfuerzos se centrarán en eliminar las trabas sociales que producen este fenómeno.

En la mayoría de sociedades se ha pasado de la marginación y la ignorancia, a su participación e integración en la sociedad. De lo adjetivo (la existencia de una discapacidad), a lo sustantivo (la condición de la persona)⁶. De un enfoque basado en la patología del individuo a un enfoque integral e integrador en el que participe la propia persona con discapacidad. Pero antes de abordar los distintos paradigmas y su evolución a lo largo del tiempo, es necesaria una aclaración terminológica entre paradigma, y modelo, pues no son exactamente lo mismo, y, en ocasiones, la literatura científica ha utilizado ambos términos como sinónimos.

Según Thomas Khun un paradigma es “un conjunto de realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan *modelos* de problemas y soluciones a una comunidad científica”⁷. Se puede decir que el paradigma hace referencia a un modo de conocimiento científico de la realidad, universalmente reconocido, basado en un esquema de pensamiento ideológico concreto. Aunque un paradigma sea universal, es relativamente frecuente que puedan coexistir varios paradigmas al mismo tiempo. El cambio de paradigma se producirá cuando un nuevo paradigma sea reconocido por la comunidad científica, sustituyendo al anterior y dejándolo obsoleto.

El modelo se halla dentro del paradigma, pues explica un determinado fenómeno con una visión coherente con la del paradigma. Resalta los aspectos mas definitorios y relevantes de un

⁵ Bascón Marín, J. (2021). “Las carencias del concepto legal de discapacidad y sus consecuencias en los trabajadores españoles con disfunciones corporales”. *Revista española de derecho del Trabajo* 239, pp. 129-182.

⁶ Seoane, J.A. (2011). “¿Que es una persona con discapacidad?”. *Agora: Papeles de filosofía*, vol.30, nº1, pp. 143-161.

⁷ Kuhn, T. S. (1975): *La estructura de las revoluciones científicas*. Madrid: Fondo de cultura económica en CERMI (2017), *El acceso a la condición de ciudadanía de las personas con discapacidad en España*. CERMI-cinca, 2017, pp. 22

fenómeno y las relaciones mas significativas. Por decirlo así, mientras que el modelo es un primer plano en el que el resto de objetos quedan desenfocados, el paradigma sería una panorámica que, con su profundidad de campo, proporciona una mirada omnicomprendiva del mundo. Otros autores prefieren hablar de horizontes de pensamiento, o de modelos y submodelos, que pueden presentar la misma relación que existe entre paradigma y modelo, pero en este trabajo nos quedaremos con estas dos últimas voces.

Son varios los paradigmas que han abordado la “discapacidad” históricamente. Los que se van a mencionar aquí son el paradigma de la prescindencia, el paradigma rehabilitador y el paradigma de la autonomía personal. Las diferencias entre unos y otros son sustanciales y profundas, y radican en los diferentes problemas a resolver así como los campos científicos que se ocupan de ellos. El paradigma rehabilitador centra su análisis en las deficiencias de la persona y en la intervención médica. El paradigma de la autonomía personal lo centra en los obstáculos del entorno social y lo aborda desde las ciencias sociales.

En ambos paradigmas tenemos un acercamiento científico a una realidad concreta (la discapacidad). Como veremos ahora el paradigma de la prescindencia hay que ponerlo aparte de estas consideraciones porque lo que trata es de evitar ocuparse de las personas con “discapacidad” (en un sentido amplio) basándose, en la mayoría de los casos, en motivos de carácter mágico-religioso.

2.2. Paradigma de la prescindencia

Este paradigma tiene sus orígenes en la Antigüedad y tiene su explicación en motivos religiosos. Para el paradigma de la prescindencia las causas que provocan la discapacidad tienen que ver con el enfado de la divinidad. Bajo esta visión supersticiosa de la realidad, la discapacidad sería un “mensaje diabólico” o una consecuencia del enfado de una divinidad, o desde un punto de vista mas terrenal, como una prueba de que esa vida no merecía ser vivida⁸. No obstante, hay que decir, que si bien en los siguiente paradigmas que veamos existe mayor consenso en cuanto a su contenido y cronología, aquí el acuerdo al respecto es menor. Para algunos autores no se puede simplificar y decir que la respuesta sistemática que las civilizaciones antiguas han dado a la “discapacidad” haya sido la de la prescindencia⁹. En algunas sociedades no se ha tenido la

⁸Palacios, A. y Bariffi, F. (2007): La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid: Ediciones Cinca

⁹CERMI (2017),El acceso a la condición de ciudadanía de las personas con discapacidad en España . CERMI-cinca, 2017, cap.2.

“discapacidad” como algo negativo. En otras, la comunidad ha cuidado de las personas que no podían valerse por sí mismas, algo de lo que se tiene constancia desde la prehistoria¹⁰.

Así que si bien la respuesta a la “discapacidad” en el pasado no fue uniforme, sí que se puede decir que fue hegemónica la prescindencia como paradigma. El rechazo social a la “discapacidad” subyacente a este paradigma se manifestó a través de dos modelos: El modelo eugenésico y el modelo de la marginación.

El modelo eugenésico es el propio de la Antigüedad grecorromana. La “discapacidad” se interpretaba como la causa de una mala acción, un pecado, que provocaba el enfado de los dioses. Es decir la “discapacidad” era un castigo divino. Esto junto a que la persona significaba una carga para la sociedad llevaba al infanticidio. La otra variante del modelo eugenésico se basa en una interpretación “sui generis” del darwinismo en el siglo XIX, que junto a una supuesta racionalidad científica, llevó a considerar a las personas con una discapacidad como prescindibles. El ejemplo más extremo de esta variante del modelo sería la política llevada a cabo por la Alemania Nazi donde las personas con discapacidad eran eliminadas de manera sistemática.

El otro modelo sería el de la marginación. Este modelo es el propio de la Edad media. La justificación que se da a la “discapacidad” es diferente, fruto de la difusión del cristianismo. Pero tampoco muy diferente en el sentido de que se sigue considerando una obra del diablo o, de nuevo, como un castigo divino. En cualquier caso la consecuencia práctica de esto era una situación de exclusión social que llevaba a las personas con discapacidad a la pobreza o a la marginalidad. Otra diferencia es que en este modelo la caridad es un comportamiento que debe llevar a cabo un buen cristiano. Ello llevó a una beneficencia más o menos institucionalizada, hacia las personas con algún tipo de discapacidad. Y en esta institucionalización, estará el germen del paradigma rehabilitador, en el momento en el que se empiecen a desarrollar las disciplinas científicas, y se acompañe la institucionalización de la medicalización.

2.3. Paradigma rehabilitador

El segundo paradigma sería el de la rehabilitación¹¹. Aquí se plantea la discapacidad como un

¹⁰En el siguiente artículo se pueden ver varios ejemplos de ello: <https://www.lavanguardia.com/ciencia/cuerpo-humano/20180927/452051266778/humanos-origen-cuidar.html>

¹¹Jiménez Lara, A. (2007): “Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes”, en De Lorenzo, R. y Pérez Bueno, L. C.: Tratado sobre Discapacidad. Madrid:

problema individual. Centra por tanto la atención en el sujeto. Y a partir de esta “disfuncionalidad” de la personas, de lo que se trata es de intervenir para conseguir la rehabilitación que se llevará a cabo mediante la participación profesional de distintos especialistas. El fin último de este paradigma es compensar y “adaptar” a la persona a la sociedad o “normalizarla”. A diferencia del paradigma de la prescindencia, aquí ya no se trata la discapacidad como algo que tiene su origen en la religión y la caída en desgracia ante la divinidad, sino que las causas de la discapacidad pueden ser científicamente estudiadas. Las causas pueden ser distintas, como un accidente, el padecimiento de una enfermedad o que transmitan de forma congénita, y es posible rehabilitar a la persona a través de un tratamiento clínico.

Este paradigma se puede decir que nace en época moderna. Los más remotos ejemplo de ello, los encontramos en los Montepíos Laborales del siglo XVIII que darán paso a mutualidades y asociaciones de trabajadores que defenderán los derechos de los trabajadores y por extensión de los que queden incapacitados por un accidente laboral. Pero es a finales del siglo XIX y principios del XX donde se consolida el paradigma de la rehabilitación. Dentro del paradigma de rehabilitación se encuentra el modelo médico que se centra en la discapacidad como una patología del individuo. El objetivo es erradicar, prevenir o curar la patología. Para el modelo médico de “discapacidad”, esta tiene su explicación en la medicina y la biología, y la discapacidad no es mas que una consecuencia permanente de una enfermedad o un accidente. Por ello su campo principal de intervención es la rehabilitación, ya sea física o mental.

El modelo médico fue criticado con posterioridad por los defensores del modelo social. La crítica ataca la falsa neutralidad científica del modelo, ya que tiene unos presupuestos ideológicos en los que operan unos estereotipos de parámetros físicos y psíquicos. Se le acusa de sesgado, y de que este sesgo atribuya una inferioridad física o psíquica a la persona con discapacidad. En palabras de Javier Gomá , el conocimiento científico “imagina ser un saber objetivo y neutro, independiente de la voluntad individual o de clase, pero, en realidad, esa supuesta neutralidad objetiva esconde en su seno un interés de parte”¹². Las definiciones de salud, discapacidad o deficiencia no son constantes sino que varían con el tiempo. Y la salud en si misma no es un estado inmutable, sino que tiende a cambiar con el tiempo. En esas variaciones todos estamos mas o menos expuesto a adquirir una discapacidad por enfermedad,

Editorial Thompson Reuters Aranzadi.

¹²Gomá Lanzón, J.(2015). *Imitación y experiencia*. Madrid: Taurus minor, pp.45.

accidente o el proceso de envejecimiento. Otra de las críticas que se han hecho al modelo médico es el uso de un lenguaje de connotaciones peyorativas. De nuevo el lenguaje se ampara en una neutralidad científica del concepto sin tener en cuenta que “el lenguaje pone las evidencias previas e inconscientes que (...) son la base de ulteriores comprensiones y orientan nuestras percepciones y sentimientos”¹³.

Un ejemplo del modelo médico, que se estudiará más adelante en el trabajo, se encuentra en la legislación internacional, en las primeras declaraciones de derechos de personas con discapacidad de las Naciones Unidas. En 1971 la Declaración de derechos del deficiente mental, y en 1975 la Declaración de los derechos de los impedidos. En ellas se declara que las personas con esas discapacidades tienen los mismo derechos humanos que cualquier otra persona. Pero su principal foco de atención es llevar a cabo medidas que permitan la rehabilitación y una mayor autonomía a personas con algún tipo de discapacidad. Por las fechas en las que se adoptan estos instrumentos, década de los 70, se entiende que ya no estamos ante el mismo modelo médico de principios de siglo. Aquí hay una tímida incorporación del factor social, pero que no es suficiente para variar la caracterización general del modelo médico que se centra en el individuo y sus limitaciones, como se ve en el artículo sexto de la Declaración de 1975 cuando dice que “el impedido tiene derecho a recibir atención médica, psicológica y funcional, incluidos los aparatos de prótesis y ortopedia; a la readaptación médica y social”. Después veremos que respecto a estos instrumentos las Convención de Nueva York de 2006 supuso un cambio de perspectiva y de actitud.

2.4. Paradigma de la autonomía personal.

El nombre para este tercer paradigma fue acuñado por Gerber Dejong en el año 1979¹⁴. Este paradigma no considera la discapacidad como un atributo de la persona sino como resultado de las condiciones y estructuras sociales. El foco de atención se desplaza del individuo como sujeto que ha sufrido una tragedia personal, propio paradigma rehabilitador, al paradigma de la autonomía personal que considera la “discapacidad” como una cuestión de derechos humanos, quedando relegada a un segundo plano las características médicas de la discapacidad. El razonamiento es que si el problema que se analiza está en lo social, la respuesta a la discapacidad también debe de ser social. Así que, como el problema viene originado muchas

¹³Gomá Lanzón, J. *op.cit.*, pp.56

¹⁴Dejong, G. (1979). *The Movement for Independent Living: Origins, Ideology and Implications for Disability Research*. Michigan State University, UCIR.

veces por el entorno social, es responsabilidad de la sociedad realizar los cambios necesarios, lo que incluye el proceso de rehabilitación del entorno, para que las personas con discapacidad puedan tener una plena participación en todas las esferas de la vida pública. Es decir, la sociedad debe favorecer la inclusión basándose en principios de no discriminación, accesibilidad universal...

Bajo este paradigma existen tres modelos, aunque quizá se podrían nombrar más. Estos tres modelos serían el modelo social, el modelo biopsicosocial y el modelo de la diversidad funcional. No es unánime el hecho de colocarlos en el mismo paradigma pues algunos han considerado el modelo biopsicosocial como una versión más refinada o una evolución del modelo médico, que integra a las personas con discapacidad, pero que no supone realmente un cambio de paradigma. En este apartado se engloba al modelo biopsicosocial aunque se encuentre a caballo (su propio nombre lo indica) entre el modelo biológico/médico y social.

El modelo social nació en Reino Unido en la década de los 70 del siglo XX con movimiento como *Union of the Physically Impaired Against Segregation (UPIAS)* y *Liberation Network of People with Disabilities*¹⁵. El modelo considera que la discapacidad no es un atributo de la persona, sino el producto de un conjunto de factores, que en la mayoría de los casos están originadas o agravadas por el entorno social. Como es lógico, el modelo social no niega que exista un sustrato fisiológico de la discapacidad que en un momento dado necesite de apoyo médico. Lo que niega es que las relaciones de la persona con discapacidad con el resto de la sociedad sean “neutras”, dejando atrás la visión medicalizada o de tragedia personal que la “discapacidad” conllevaba y que en último término emanaban de las implicaciones médicas de inferioridad o no normalidad. El objetivo del modelo social es una sociedad sin barreras. Un ejemplo gráfico que sirve para ilustrar el modelo social, se halla en la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 24 de enero de 2003 [COM (2003) 16 final, en el que se concluye que la razón por la cual una persona sorda no puede seguir los programas de televisión o asistir a conferencias no reside en su sordera sino en el hecho de que los programas televisivos no están subtítulos o de que las conferencias no cuentan con interpretación en lenguaje de signos

En el año 1980 la OMS intentó con la Clasificación Internacional de Deficiencias,

¹⁵.Canimas Brugué, J. (2015). “¿Discapacidad o diversidad funcional?”. *Siglo Cero*, vol 46(2), nº 254, pp. 79-97

Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM), superar la confrontación entre modelo médico y social. En la Clasificación se diferencian y relacionan causalmente tres niveles: Deficiencia, que conlleva la pérdida de una función (psíquica o física); discapacidad, que se entiende de la restricción de una capacidad que se considera normal para un ser humano y la minusvalía que se define como una situación desventajosa para un ser humano consecuencia de una discapacidad. En apariencia esta clasificación abarca las distintas facetas en las que se manifiesta una discapacidad. Un nivel personal (discapacidad), orgánico (deficiencia) y social (minusvalía). La clasificación no terminó de cuajar porque la relación entre estos tres niveles no siempre es necesaria, además de que no se mencionan, o se dejan un poco de lado, factores sociales relevantes para una persona con discapacidad.

Habrá que esperar hasta el año 2001 para la a Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF), que integrará de manera efectiva los modelos médico y social dando lugar al modelo biopsicosocial. Este modelo conjuga el interés por la rehabilitación de una persona con una deficiencia física o mental, con el aspecto contextual que esto tiene en la sociedad. Siguiendo a Biel Portero, “la CIDDDM sigue el modelo de las consecuencias de las enfermedades, a través de una secuencia lineal. En esta secuencia, es la enfermedad o trastorno la que origina la aparición de una deficiencia, que dará lugar a una discapacidad que, a su vez, determinará la existencia de una minusvalía en el individuo”; mientras que “la CIF se refiere a la discapacidad, no como un componente, sino como un término genérico global que determina el fenómeno multidimensional resultante de la interacción de las personas con su entorno físico y social”¹⁶.

Una definición certera y muy influyente del modelo biopsicosocial se puede encontrar en el preámbulo de Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad del año 2006 de la ONU, que recoge el modelo biopsicosocial, cuando dice: “La discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. La definición se fundamenta en la diferenciación entre deficiencia y discapacidad. La deficiencia es una anomalía en las funciones corporales que dificulta o impide la realización de acciones que se consideran valiosas. La discapacidad resulta de la interacción de la deficiencia con la sociedad. De esta manera una deficiencia puede no

¹⁶Biel Portero, I. (2009). “ Los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Marco Jurídico Internacional Universal y Europeo”. Servicio de Publicaciones Universidad Jaume, Castellón, pág. 22.

convertirse en una discapacidad o serlo en distinto grado dependiendo la época, la clase social, o el lugar entre otras consideraciones. Un ejemplo de ello es el de la miopía que, es una deficiencia visual, pero que con unas gafas o lentillas no conlleva ninguna discapacidad.

El modelo biopsicosocial no ha sido unánimemente aceptado, y algunos actores (en España defendido pro el Foro de Vida Independiente), han propuesto como modelo el de la “diversidad funcional”¹⁷. La originalidad de este modelo radica en que considera que las personas no tienen una deficiencia que al interactuar con la sociedad resulta en una discapacidad, como hace el modelo biopsicosocial, sino que tienen una diversidad que produce una marginación e una injusticia. Todas las personas tienen diversidades que son un factor social que aporta riqueza. Es la sociedad la que construye la deficiencia y la discapacidad por una concepción normalizadora de la existencia que subyuga a las personas que difieren de la mayoría estadística. Se postula por tanto la diversidad funcional en un sentido positivo donde todos tenemos diferentes capacidades con diferentes potencialidades. Este modelo tiene dos ejes principales: uno viene de la mano de la dignidad de la persona, su autonomía e integridad; el otro hace mención al factor extrínseco, entendiendo como tal el cuidado de que una persona con diversidad funcional pueda disfrutar de sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones. Otra novedad es que acuña el término diversidad funcional, que deja de lado las connotaciones peyorativas que podían tener antiguas denominaciones como invalidez o minusvalía o, incluso, discapacidad. La consecuencia de lo expuesto es que en este modelo se deja de ver la discapacidad o diversidad funcional como algo negativo y se contempla como una diferencia.

3. Regulación legal

3.1. Regulación internacional

3.1.1. El concepto de discapacidad para las Naciones Unidas

En este apartado se analizarán los principales instrumentos jurídicos en materia de discapacidad que han visto la luz en el ordenamiento internacional. Para ello se incluirá la actividad desarrollada por Naciones Unidas y por los organismos que componen Naciones Unidas. La importancia de repasar el ordenamiento internacional deriva de la influencia de las diferentes convenciones de la ONU. Los instrumentos redactados por las Naciones Unidas, aunque no han

¹⁷Canimas Brugué, J. *op.cit.*, pp.82-83

tenido una aplicación directa en muchos casos, han ido permeando en el resto de ordenamientos jurídicos. Como señala Israel Biel “las Naciones Unidas han desarrollado, prácticamente desde sus inicios, una importante labor para el reconocimiento y promoción de los derechos de las personas con discapacidad. En ese sentido, cabe destacar el liderazgo que la Organización ha ejercido en la regulación internacional de estos derechos, cuyo impulso ha servido de estímulo a los Estados y a otras organizaciones internacionales para ofrecer una respuesta jurídica a la realidad de la discapacidad”¹⁸.

La segunda guerra mundial produjo un gran número de personas con discapacidad para todos los países que estuvieron involucrados en ella. Para los estados, la discapacidad suponía un lastre, un problema con el que debían lidiar, no existiendo una política real al respecto. En esos momentos, la legislación abarcó de manera general la cuestión, cuando el 26 de junio de 1945 se firmó en San Francisco La Carta de la Naciones Unidas, que mas tarde sería conocida como Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), uno de los fundamentos de las normas internacionales que declara los derechos que tenemos todos los seres humanos por el mero hecho de serlo. Aunque la declaración de DUDH no es vinculante de por sí, ha inspirado un nutrido conjunto de tratados de derechos humanos legalmente vinculantes e inspirado la promoción de estos derechos por todo el mundo.

Los derechos humanos son universales. Esto quiere decir que incluyen a todos los seres humanos, incluyendo a personas con discapacidad. Estas personas no gozan de unos derechos específicos sino que deben poder disfrutar, sin ningún tipo de discriminación, de los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que una persona sin discapacidad. Estos derechos son, por ejemplo, los políticos, civiles, económicos, sociales y culturales. Ahora, existen ciertos derechos específicamente ligados a su estatus que deben ser “especialmente garantizados” para las personas con discapacidad, debido a la situación en la cual se encuentran¹⁹. Entre los derechos que se incluyen en los instrumentos internacionales, con un carácter indivisible e interdependientes, podemos mencionar, entre otros: El derecho a la no distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en su condición de discapacidad, el derecho a la igualdad de oportunidades, el derecho a trabajar, de acuerdo con sus capacidades, a recibir salarios que igualitarios que contribuyan a un estándar de vida adecuado etc.

¹⁸Biel Portero, I. (2009). op. Cit. 38

¹⁹Polonio de Dios, G. (2016). “La discapacidad desde la perspectiva del Estado social”. Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba.

El régimen general de derechos humanos de Naciones Unidas que estamos viendo no sólo se contiene en la DUDH, sino que consta en tres instrumentos básicos: 1-La Declaración Universal de Derechos Humanos (ya mencionada) 2-El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 3-El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El conjunto de los mismos se conoce como la Carta Internacional de Derechos Humanos. No obstante, la proliferación de tratados internacionales no hizo que se multiplicasen también las menciones a la discapacidad, porque se seguía viendo la discapacidad como una parte de la política asistencial o social de los Estados sin relación con los derechos fundamentales de las personas, lo que explica que no hubiera menciones ni en la Declaración universal de Derechos humanos ni en los Pactos internacionales.

Desde 1948, momento en el que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la DUDH, se ha perseguido la finalidad de dotar a los derechos humanos de una base sólida que se ha ido regulando de forma progresiva. Además de los tratados universales de derechos humanos, el sistema cuenta con varios tratados temáticos, denominados de esta manera porque abordan una temática concreta como la tortura, o de un colectivo específico, como las mujeres por ejemplo. Su adopción se debe a que, aunque los tratados universales, cubren a todas las personas y todos los derechos, en la práctica se vio la necesidad de prestar una mayor atención a situaciones insuficientemente cubiertas por los pactos universales. Estos tratados temáticos tienen eficacia vinculante para los estados que los hallan ratificado. Uno de ellos, que veremos después, es la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

En los instrumentos generales previamente vistos, las referencias a la discapacidad fueron pocas. La primera vez que las Naciones Unidas trataron de forma específica este tema fue en 1950. Ese año la Comisión Social, dependiente del Consejo Económico y Social, estudió dos informes relativos a las discapacidades físicas, así como la tarea que había sido realizada por el *Programa Internacional para el Bienestar de los Ciegos*. Como consecuencia de esta labor de la comisión, el Consejo Económico y Social creó diferentes programas para la rehabilitación de discapacidades físicas y visuales. Y en los años siguiente, las Naciones Unidas se centrarán en la asistencia técnica para tratamiento médico de personas con discapacidad. No obstante, la política de estos años tenía una perspectiva marcadamente rehabilitadora, centrándose sólo en las deficiencias físicas y sensoriales, y con un carácter asistencial. Fue la propia iniciativa de los movimientos de las personas con discapacidad, la que reorientó la política en este materia,

para pedir un cambio de perspectiva en su tratamiento como personas y una mayor atención para el resto de discapacidades. Así, a partir de la década de los años 70, se les empezó a reconocer como sujetos titulares derechos en distintas declaraciones. Estas declaraciones fueron:

1. La “**Declaración de los Derechos del Retrasado Mental**” (1971)²⁰. Este fue el primer instrumento específico de las Naciones Unidas, en el que se reconocían un conjunto de derechos de diversa naturaleza a personas con discapacidad intelectual. En su art 1.1. declara que las personas con discapacidad “deben gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos”. Este artículo hace una declaración, que los discapacitados intelectuales deben gozar de los mismos derechos que el resto, que aunque pueda parecer obvia era la primera vez que se hacía. No obstante introduce un matiz importante, cuando dice “hasta el grado máximo de viabilidad”. Para algunos la interpretación que debe hacerse está en el propio artículo 7:

“Si algunos retrasados mentales no son capaces, debido a la gravedad de su impedimento, de ejercer efectivamente todos sus derechos, o si se hace necesario limitar o incluso suprimir tales derechos, el procedimiento que se emplee a los fines de esa limitación o supresión deberá entrañar salvaguardas jurídicas que protejan al retrasado mental contra toda forma de abuso. Dicho procedimiento deberá basarse en una evaluación de su capacidad social por expertos calificados. Asimismo, tal limitación o supresión quedará sujeta a revisiones periódicas y reconocerá el derecho de apelación a autoridades superiores.”

Lo que deja claro el artículo es que bajo determinadas condiciones los derechos de los *retrasado mentales* pueden limitarse, pero no deja claro quien es el encargado de ello ni como, ni cuales son las garantías jurídicas si se da el caso. A continuación, enumera los derechos que revisten una particular importancia, como son la educación o la atención médica. La Declaración también es consciente de la importancia de proteger a personas que no puedan valerse por si mismas. Por ello, deben contar con un tutor en los casos que sea necesario, sin que esto suponga una carta blanca para que, mediante la incapacitación, se supriman derechos fundamentales de la persona.

La Declaración cuenta con carencias que se han hecho más visibles con el paso de los años.

²⁰ Resolución de la Asamblea General 2856, de 20 de diciembre de 1971.

Entre otras cosas se debe a que la necesidad de consenso en la Asamblea General llevó a introducir expresiones como “hasta el máximo grado de viabilidad” o “en la medida de sus posibilidades”, que restringe los efectos de la misma²¹. Otra de las principales ausencias que tiene la declaración, es que no precisa en ningún momento quienes son considerados “retrasados mentales”, ya que en general la declaración adolece de falta de concreción. Quizá también se deba a que el texto reproduce lo dispuesto en la Declaración de Derechos Generales y Específicos del Deficiente Mental, aprobada tres años antes por la antigua Liga Internacional de Asociaciones Protectoras de los Deficientes Mentales (actual Inclusión Internacional).

2-“La **Declaración de Derechos de los Impedidos**” (1975)²². Esta declaración aun contando con coincidencias con la declaración de 1971, supone un paso adelante al ampliar los ámbitos que abarca. La declaración en su artículo 1.1 si que define lo que considera impedido, cuando dice “toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales”. Con ello amplía el ámbito subjetivo a todas las personas con discapacidad y no a un tipo concreto de discapacidad, como puede ser la intelectual. Hay que entender que cuando en 1975 la Asamblea General habla de impedidos, está incluyendo en la Declaración a todas las personas con discapacidad en general. Después se pasa a enumerar, primero, su derecho a la dignidad humana, y luego una serie de derechos económicos y sociales, que están inspirados en la Declaración de 1971. Si que hay, sin embargo, algunos más novedosos, como cuando menciona en el artículo 8 que “el impedido tiene derecho a que se tengan en cuenta sus necesidades particulares en todas las etapas de la planificación económica y social” o que se reconozca, en el artículo 12, el que las organizaciones integradas por personas con discapacidad sean “consultadas con provecho respecto de todos los asuntos que se relacionen con los derechos humanos y otros derechos de los impedidos.

En resumen, ambas declaraciones son instrumentos de *soft law* que conservan un claro enfoque médico en el que la rehabilitación y la prevención son los aspectos cardinales de la regulación. Como se ve en el art.1 de la Declaración de 1975, el objeto de la misma es la deficiencia física o mental que impide a la personas poder llevar una vida normal. La persona con discapacidad es vista por tanto, como un individuo con problemas médicos de los que debe hacerse cargo el estado. Tenemos por tanto dos declaraciones, que no son jurídicamente vinculantes y que

²¹Biel Portero, I. *op.cit*, pág.48

²² Resolución de la Asamblea General 3447, de 9 de diciembre de 1975.

adolecen de ciertos defectos vistas hoy día, pero que fueron novedosas en el panorama general, al introducir por primera vez en el ámbito internacional a las personas con discapacidad como sujetos de derechos humanos.

En estos años, y durante la década de los 80 y 90, la política de las Naciones Unidas marcó el paso entre el paradigma rehabilitador y el paradigma de la autonomía personal. El camino hacia la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad, estuvo peraltado por dos importantes instrumentos. Uno de ellos es “El programa de Acción Mundial para los Impedidos (1982)” y el otro “Las Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad (1993)” origen del Tratado Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. El **programa de Acción Mundial para los Impedidos** es un documento extenso, profundo si lo comparamos con las declaraciones de los años 70, que por primera establece algo parecido a una guía internacional para establecer políticas a largo plazo de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad²³. Una declaración de principios y directrices para la acción nacional e internacional en favor de estas personas. Consta de tres partes, en el primero se estudian distintos conceptos y establecen objetivos. Uno de los principales objetivos “promover medidas eficaces”, que consisten en prevenir, rehabilitar y permitir la participación en igualdad de condiciones a las personas con discapacidad. Por este último punto, aunque no únicamente por él, se ha visto el Programa de Acción mundial como el principio del fin del modelo médico en los programas de Naciones Unidas porque por primera vez se centra en el medio y en las consecuencias que la discapacidad tiene en el entorno; En el segundo punto se repasa la situación mundial de las personas “impedidas” en todo el mundo; Y en el tercero se llevan a cabo una serie de recomendaciones para la adopción de medidas, diferenciando entre nacionales e internacionales, y se establece un mecanismo de revisión quinquenal para la supervisión de los objetivos del programa.

Entre el programa de acción Mundial y las Normas Uniformes, se promulgaron otros acuerdos para impulsar la materia, como el Decenio Mundial de las Naciones Unidas para los Impedidos (1983-1992), las Directrices de Tallin para el Desarrollo de los Recursos Humanos en la Esfera de los Impedidos de 1989 o los principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental de 1991. Ello generó la masa crítica suficiente para plantear la discapacidad como un problema de derechos humanos y plasmarlo en un

²³ Bascón Marín, J. (2021). “ Las carencias del concepto legal de discapacidad y sus consecuencias en los trabajadores españoles con disfunciones corporales”. *Revista española de derecho del Trabajo* 239, pp. 140-141.

instrumento normativo. No obstante, se fracasó a la hora de elaborar una Convención internacional sobre discapacidad. Y en vez de esta, se redactaron las Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad.

Las **Normas Uniformes**, escritas en el año 1993 (una década después del programa de Acción Mundial para los Impedidos) fueron hasta la promulgación de la Convención del año 2006, el instrumento de referencia en la regulación en el ámbito jurídico-internacional de la discapacidad. Son en total 22 normas, que resumen el muy amplio Programa de Acción Mundial incorporando las novedades llevadas a cabo en esa década, y que sirve para la formulación de políticas y la cooperación técnica y económica. La introducción hace un resumen de la evolución de la política de discapacidad hasta el momento. También se aclara la finalidad de las normas cuando dice de estas que su objetivo “es garantizar que niñas y niños, mujeres y hombres con discapacidad, en su calidad de miembros de sus respectivas sociedades, puedan tener los mismos derechos y obligaciones que los demás”. Luego define algunos conceptos importantes para las Normas como minusvalía y discapacidad, aunque pone en duda lo acertado de mantener el término “minusvalía” por su asociación al modelo médico. Aún así, define la “minusvalía como la “pérdida o limitación de oportunidades de participar en la vida de la comunidad en condiciones de igualdad con los demás” que “describe la situación de la persona con discapacidad en función de su entorno”. Esta terminología se puede apreciar que está mucho mas cerca del paradigma de la autonomía personal.

En el texto de las Normas tras la introducción, hay un preámbulo y luego los cuatro apartados en los que se dividen las Normas: 1. Requisitos para la igualdad de participación; 2. Los requisitos previstos para la igualdad de participación, lo que abarca desde la educación hasta la adaptación del medio físico (eso si, es llamativo que los derechos que se recogen son principalmente derechos económicos, sociales y culturales, y no derechos civiles y políticos) ; 3. Medidas de ejecución (aunque las Normas no son jurídicamente vinculantes sino que más bien sirven de directrices. Este fue uno de los aspectos que llevó a la creación de una Convención en materia de protección de personas con discapacidad, pues se consideraba ineficaces a las Normas y que el colectivo estaba invisibilizado en el sistema de protección de los derechos humanos de la ONU.); 4. Mecanismo de supervisión, cuya finalidad es "promover la aplicación efectiva de las Normas". La supervisión es tanto a nivel nacional, siendo los Estados encargados de evaluar la ejecución de los programa nacionales, e internacionales, en el que un Relator Especial junto a un grupo de expertos vigila el cumplimiento de las Normas por

Estados, organizaciones internacionales y no gubernamentales.

Como se ha dicho antes las Normas Uniformes no tienen el carácter obligatorio de un Tratado, sino que expresan un compromiso de los Estados para que las mismas puedan servir de directriz para la promulgación de legislación interna. En este caso encontramos que se culmina el cambio de modelo, que comenzó con el Programa de Acción Mundial. Las Normas resumen el mensaje del programa y le añaden los avances teóricos ocurridos durante la década, con especial énfasis en los derechos humanos de las personas con discapacidad. Y es que, con las Normas se consolida una aplicación del modelo social de discapacidad al ámbito internacional dejando atrás el modelo médico. De facto todos estos antecedentes fueron necesarios para la elaboración del Tratado que dio lugar a la Convención.

Durante los años posteriores a la adopción de las Normas Uniformes, distintos órganos de Naciones Unidas como la Asamblea General o la Comisión de Derechos Humanos, formularon numerosas resoluciones acerca de la discapacidad. A pesar de ello, seguía faltando un tratado general para la promoción y protección de las personas con discapacidad de manera vinculante. La falta de un instrumento vinculante limitaba el ejercicio en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad. Porque, aunque los tratados generales reconozcan los mismos derechos que a cualquier otro a las personas con discapacidad, en la práctica estas personas seguían, y siguen, teniendo problemas para hacer valer sus derechos, porque los mecanismos existentes no daban una cobertura adecuada. Así pues, en el año 2001 comenzó el proceso de negociación de la Convención, cuando la Asamblea General de la ONU creó un “Comité especial” con el mandato de analizar la posibilidad de elaborar una convención. Además, las organizaciones no gubernamentales que representaban a personas con discapacidad participaron en las labores del Comité especial, algo que no había sucedido hasta la fecha. Tras ocho periodos de sesiones, el Comité especial terminó el proyecto de **Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad** y de un Protocolo Facultativo, que posteriormente fue elevado a la Asamblea General de la ONU y que fue aprobado el 13 de diciembre de 2006, entrando en vigor el 3 de mayo de 2008, cuando recibió su vigésima ratificación.

La convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad pretende, a través de sus cincuenta artículos, promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad. Es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante de cuantos se

han llevado a cabo en materia de discapacidad. Formalmente la Convención es un tratado extenso (en comparación a los anteriores) que cuenta con un preámbulo que proporciona un contexto general a la Convención. Los primeros cuatro tratan las definiciones de términos principales (como discapacidad o deficiencia), así como una serie de principios y obligaciones generales que deben cumplir los Estados parte (No discriminación, igualdad de oportunidades, accesibilidad...).

Los veintiséis artículos siguientes recogen la panoplia de derechos de los que son titulares las personas con discapacidad y las obligaciones que generan en los Estados estos derechos. Según la clasificación de Cuenca Gómez, los derechos pueden ser clasificados en cinco ámbitos genéricos²⁴: **1.** Derecho a la igualdad, pilar esencial de la Convención y que tiene una aplicación transversal a lo largo de la misma. Los derechos de igualdad no son sólo generales, si no que tiene una plasmación en artículos específico como el art.12 (derecho a la capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida) y el art.13 (derecho a un igualitario acceso a la justicia). **2.** Derecho de protección en situaciones de especial vulnerabilidad, que recogen una protección específica ante ciertas situaciones (protección contra la tortura y otros tratos crueles, protección de la privacidad...). **3.** Derecho a la libertad y autonomía personal, pues es en este asunto en el que las personas con discapacidad hayan mas barreras sociales. **4.** Derechos de Participación, tanto en la vida social como política. **5.** Derechos sociales básicos, que buscan la igualdad material de las personas con discapacidad garantizando una educación inclusiva (art.24) o trabajar en igualdad de condiciones con los demás (art.27).

Del artículo treinta al cuarenta encontramos los métodos de aplicación y supervisión del Convenio. En este caso el método de supervisión es tanto nacional como internacional. A nivel nacional la Convención requiere que los estados tengan un órgano gubernativo que supervise su cumplimiento dentro de unos estándares y las obligaciones que se derivan de esto (que se halle dentro de unos estándares, que sea independiente, que supervise efectivamente la aplicación etc). En España de ello se encarga el Consejo Nacional de la Discapacidad, adscrito al ministerio de derechos sociales. En el nivel internacional lo que se articula es un Comité de las Personas con Discapacidad ante el que los Estados parte tienen la obligación de presentar informes periódicos. Los diez últimos artículos contienen las disposiciones finales (reservas, firma, entrada en vigor...).

²⁴Cuenca Gómez, .P. (2012). “Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU”, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, Madrid, pág. 48-49.

Como ya se ha visto la discapacidad fue para el derecho, durante mucho tiempo, una cuestión médica que únicamente obedecía a las circunstancias personales del individuo. Por tanto, el tratamiento que el derecho tenía para una persona con una determinada discapacidad, era el de intentar paliar o, si era posible, corregir los efectos negativos que la discapacidad tenía sobre aquella. Estas ideas se han ido desmantelando desde tiempos relativamente recientes. La persona y sus deficiencias físicas dejan de ser el punto sobre el que órbita todo el modelo, y el foco de atención se dirige hacia los factores sociales que provocan la exclusión. La convención consagra el cambio de paradigma de la discapacidad. Algunos autores hablan en este punto de modelo de los derechos como una especie una síntesis superadora de los modelos anteriores. La persona es un sujeto de derechos (lo sustantivo), la discapacidad es lo adjetivo y secundario²⁵. También se puede defender, que apuesta por el modelo biopsicosocial. En cualquier caso, supone un cambio de modelo. Respecto a este último, como se citó anteriormente, en el preámbulo aparece una definición acorde a este cuando dice que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Es decir, tenemos los dos elementos, una deficiencia física y una barrera social. Lo que también se extrae de esta definición es que el concepto de discapacidad no es fijo sino que evoluciona o cambia dependiendo de la sociedad. Esto deriva, como ya se ha dicho, de no considerar la discapacidad como una condición médica, sino como resultado de la respuesta negativa del entorno a una determinada deficiencia física o mental. Otro de los cambios fue el que la discapacidad dejara de ser una cuestión de política social y pasara a formar parte de los derechos humanos. Así lo atestigua el objetivo principal de la Convención que se encuentra en su artículo uno: “promover, defender y garantizar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover también el respeto de su dignidad inherente”.

El acercamiento de la Convención a quienes son las personas con discapacidad es abierto. En vez de definir la “discapacidad”, se define la “personas con discapacidad”. La idea no es identificar concretamente a las personas con discapacidad, sino incluir a todas aquellas personas

²⁵Seoane, J.A. (2011). “La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad .Perspectiva jurídica”. *Siglo Cero: Revista española sobre discapacidad intelectual*, Vol. 42, N°237, pp. 21-32

que tienen una discapacidad física, intelectual o sensorial a largo plazo. Con un concepto menos restrictivo, lo que se consigue es que los Estados puedan aumentar la protección a las personas con discapacidad pero no disminuirla (Por ejemplo ampliar el concepto a deficiencias físicas de corto plazo) y permitir que el concepto evolucione. Además destaca la ausencia del concepto de minusvalía, presente en los instrumentos anteriores y eliminado por sus connotaciones negativas.

3.1.2. El concepto de discapacidad para la Organización internacional del trabajo

La Organización Internacional del trabajo (OIT) es una agencia tripartita de la ONU integrada por gobiernos, empleadores y trabajadores de 187 estados miembros con el objetivo de establecer normas sobre el trabajo y elaborar programas para la promoción del trabajo decente. Por ello, la relación que existe entre la OIT y la discapacidad no es complicada de imaginar. Se estimaba hace unos años²⁶, que de las 650 millones de personas que hay en el mundo con discapacidad, 450 millones de ellas están en edad de trabajar. Con el aumento de la población mundial, en la actualidad, seguramente sean mas. Y muchas de aquellas personas que tienen una discapacidad encuentran limitaciones en el mercado laboral que los llevan a ocupar puestos marginales dentro del mercado de trabajo o directamente los excluye. Ello lleva a un círculo vicioso en el que sin trabajo, una persona no puede acceder a unos niveles mínimos de independencia económica y social. He ahí donde radica el fundamento de la acción normativa de la OIT (en los que a discapacidad se refiere). Así que, para evitar las consecuencias perniciosas que la pobreza y la discapacidad generan en una persona, la OIT comenzó desde mediados del siglo XX a trabajar por los derechos de las personas con discapacidad²⁷. Y aunque su ámbito material sea limitado, no hay que minusvalorar su labor, pionera en muchos sentidos. Empezó a promover la incorporación de personas con discapacidad al mercado de trabajo en condiciones mas o menos igualitarias, cuando para la mayoría de organizaciones este colectivo todavía estaba invisibilizado. Naturalmente, como en otros organismos, también pueden aplicarse otros convenios de carácter general en el ámbito de las personas con discapacidad. Así por ejemplo puede nombrarse el Convenio núm. 111 sobre discriminación, o el núm. 122 sobre política social, que al intentar, de forma general, eliminar cualquier motivo de exclusión social para acceder al mercado de trabajo, se puede entender aplicable a las personas con

²⁶Datos extraídos de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_087709.pdf

²⁷Biel Portero, I. *op.cit.*, pág. 143

discapacidad.

A continuación, se va a realizar un estudio de las principales normas en materia de discapacidad que la OIT ha adoptado. Hay que aclarar antes de nada, que la OIT cuenta con recomendaciones y convenios. Las recomendaciones, como su propio nombre indica, recomiendan, no son obligatorias. Los convenios en cambio, tienen status de norma jurídica para aquellos estados miembros de la OIT que los ratifiquen. El primer antecedente remoto de una legislación que se ocupa de las personas con discapacidad, seguramente sea la Recomendación núm. 22 sobre la indemnización por accidentes del trabajo, de 10 de junio de 1925. En el punto IV de la misma, se recomienda la “reeducación profesional de las víctimas de accidentes del trabajo” y que los “gobiernos deberían fomentar las instituciones que tengan por objeto dicha reeducación”. De lo que trata el precepto es de la readaptación y rehabilitación de las personas que tienen una discapacidad consecuencia de un accidente de trabajo. Es un precepto bastante adelantado a su tiempo, si pensamos que tiene prácticamente un siglo.

Más tarde, durante la Segunda Guerra Mundial, y en los años posteriores a ella, se adoptaron convenios y recomendaciones para las personas que regresaban de la guerra con secuelas que hacía que se les considerase *inválidos*. Para ello, en algunos de sus convenios²⁸ regulaba aspectos de la rehabilitación profesional. Aunque, lógicamente son textos de su tiempo, y por ejemplo diferencia entre *válidos* e *inválidos*, contiene el germen de ideas que se desarrollaran mas adelante, como el principio de discriminación positiva para los trabajadores con discapacidad (“en ciertas ocupaciones que se presten especialmente al empleo de trabajadores gravemente inválidos, dichos trabajadores deberían tener un derecho de prioridad en relación con todos los demás trabajadores”). En otros se instaba a la realización de estudios a cerca de las necesidades de colocación que tienen las personas con discapacidad²⁹.

El primer texto de la OIT que trataba específicamente sobre personas con discapacidad fue la recomendación núm. 99 sobre la adaptación y la readaptación profesiones de los inválidos de 1955. Esta recomendación surge por que la Conferencia General se percató de que las proposiciones que habían sido incluidas en instrumentos anteriores estarían mejor si fueran articuladas y desarrolladas a través de una única recomendación. El texto, bien estructurado a

²⁸Recomendación núm. 71 sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz), de 12 de mayo de 1944.

²⁹Convenio núm. 88 sobre el servicio de empleo y Recomendación núm. 83 sobre el servicio de empleo, ambos de 9 de julio de 1948

través de diez apartados en los que se definen unos conceptos previos, precisa su ámbito de aplicación y enumera los principios y objetivos que busca lograr, así como como los medios de los que se valdrá para realizarlos. En cuanto al primer apartado, el de las definiciones, contiene la definición de adaptación y readaptación profesionales como “aquella parte del proceso continuo y coordinado de adaptación y readaptación que comprende el suministro de medios para que los inválidos puedan obtener y conservar un empleo adecuado”. La recomendación, a su vez, define inválido con base en dos elementos principales. Que la persona tenga reducidas sus capacidades físicas o mentales. Y que esta reducción sea real, efectiva. Así pues, de lo que trata la readaptación profesional, es de recuperar, hasta donde sea posible, su capacidad física y mental para reintegrarse en su entorno laboral. Aunque se hable de “suministro de medios” en la definición, por la aclaración que se hace después, (“orientación profesional, formación profesional y colocación selectiva”), no parece que esto este pensando en la adaptación del puesto de trabajo tal y como se entiende hoy. Por otro lado, y como es esperable por la antigüedad de la recomendación, la definición de invalidez se ajusta a la perspectiva del modelo rehabilitador. La causante de la incapacidad laboral es la propia deficiencia físicas, mental o sensorial, y no unas barreras sociales que ponen obstáculos a la plena integración de las personas con discapacidad. En general, el amplio margen con el que se definen los conceptos en los instrumentos de la OIT, se ha traducido en la práctica, en que en ocasiones adolezcan de cierta falta de pragmatismo para solucionar los problemas reales de la problemática planteada debido a un alto grado de abstracción³⁰.

Una parte importante de la Recomendación núm. 99, se dedica a desarrollar los tres objetivos que se mencionan en la definición de adaptación profesional: orientación profesional, formación profesional y colocación selectiva. Para ello, la recomendación prevé un largo elenco de medidas concretas. Por ejemplo, en lo que a orientación laboral se refiere, se menciona que se hará mediante entrevistas, exámenes médicos, evaluación de aptitudes... El mismo grado de desarrollo con el que cuenta la orientación laboral, se puede predicar de las previsiones acerca de la formación profesional y la colocación selectiva. En resumen, se puede decir sin temor a equivocarse, que la precocidad de esta recomendación en el ámbito internacional, aún no siendo jurídicamente vinculante, ha servido de base para convenios y leyes nacionales en materia de discapacidad.

³⁰Bascón Marín, J. op. Cit. pp. 144-145.

Tras la recomendación núm. 99 se fue viendo la necesidad de adoptar un instrumento jurídicamente vinculante en materia de discapacidad, y a partir del año 1981 la OIT se planteó seriamente llevar a cabo esta tarea. Lógicamente, en los 30 años que medían entre el 1955 y el año 85, año de aprobación del convenio núm. 159, la OIT tampoco se quedó de brazos cruzados. Por ejemplo, relacionado con la discapacidad, se puede mencionar el Convenio núm. 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes de 1967. Este Convenio, como sucederá después con el del año 85, refunde varios convenios anteriores de temática similar. En lo que interesa, el convenio dedica la parte II a las prestaciones de invalidez. Aunque establece una serie de cálculos para las prestaciones de invalidez, realmente sólo es obligatorio aplicar o la parte de invalidez, o la de vejez o la de sobrevivientes, siendo las otras opcionales. La interpretación *a priori* de esta cuestión, es que el convenio es poco ambicioso, pues tendría mayor valor la aplicación de las tres a la vez. Pero una vez analizado, también puede significar que los estados, en la medida del desarrollo de sus sistemas de seguridad social en materia de prestaciones, pueden optar progresivamente por su vinculación³¹. Esta forma de establecer un estándar mínimo en un Convenio con opción para de una vinculación más intensa con posterioridad, es un modo de establecer una regulación que otorgue un mayor alcance a los convenios en tanto en cuanto permite que más miembros de la organización se adhieran al mismo.

Regresando a los años 80, hasta la Convención de la ONU del 2006, el Convenio núm. 159 sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) de 1983, que fue ratificado por España el 2 de Agosto de 1990, fue el único tratado internacional dirigido a proteger los derechos, en este caso laborales, de las personas con discapacidad. El Convenio no es demasiado extenso. Cuenta con diecisiete artículos, de los cuales los siete últimos son cuestiones formales como la ratificación y la entrada en vigor.

La definición de “inválido” presente en el instrumento, es la misma que la de la Recomendación núm.99, pero con algunos ligeros cambios. En vez de decir, que las capacidades de la persona deben estar *realmente reducidas*, dice que deben estar *sustancialmente reducidas*. Este es un concepto mas amplio, pero también mas vago. Se complementa con la otra adenda, de que la deficiencia de carácter físico o mental debe estar *debidamente reconocida*. Aún sin especificar

³¹Triguero Martínez, L.A. (2019). “Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes 1967 (núm. 128)”. *Revista internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, extra 0, pp. 1004-1007.

muy bien quien debe reconocerla, se puede suponer que se refiere a un reconocimiento institucional (Administraciones, vía judicial...), dejando en manos de cada estado miembro la posibilidad de reconocer la discapacidad. Por el art. 1.2 del Convenio se extrae que este no aborda la readaptación profesional como un fin en sí mismo, si no que lo considera un medio para favorecer la integración de las personas con discapacidad, para que puedan obtener y conservar un empleo adecuado. Para conseguir esto, en la parte II del convenio se exponen los principios en los que debe inspirarse la política nacional que desarrollen los estados. Y en la parte III, se materializa esta política en medidas concretas. Como se dijo, el Convenio no es muy extenso, y las políticas concretas que se proponen son breves, pero en la recomendación núm 168 se profundiza mucho mas en los contenidos, basándose en la Recomendación núm. 99 y ampliándolos. De entre las muchas medidas que se proponen, se puede destacar el punto 11.a), que menciona los ajustes razonables en una empresa, y que señala lo siguiente cuando dice que hay que “adaptar, dentro de límites razonables, los lugares de trabajo, la estructuración de las tareas, las herramientas, la maquinaria y la organización del trabajo para facilitar tal formación y empleo”. A pesar del tiempo transcurrido el Convenio núm.159, es un texto que supuso un avance en su momento (hoy algunos de sus aspectos están algo envejecidos por mantener una concepción rehabilitadora de la discapacidad o que utilizase el término “inválido”), y que tuvo un valor añadido que lo distinguió durante los mas de 20 años que pasaron hasta la aprobación de la Convención de la ONU sobre discapacidad: Ser el único instrumento internacional, de esta temática, que era jurídicamente vinculante. También tenía sus problemas. La amplitud de algunos de sus conceptos (como el de *inválido*), hizo que no pudiera darse una aplicación uniforme del mismo al depender muchos aspectos de los estados adheridos al Convenio. Además se exigía un segundo marco normativo para poder atacar la cuestión desde una perspectiva mas real.

Desde 1983 a la actualidad podemos mencionar algunos convenios que merecen especial atención. Entre ellos el Convenio núm. 161 de la OIT sobre los servicios de salud en el trabajo de 1985. Aunque no es un convenio que trate la discapacidad de forma específica, aborda la posibilidad de adaptar el puesto de trabajo a las capacidades de los trabajadores, habida cuenta de su estado de salud física y mental (artículo 1.a.ii), lo que incluye las necesidades de las personas con discapacidad. Es de los primeros instrumentos internacional en el que se trata la adaptación del puesto de trabajo desde una óptica preventiva. Uno de los últimos convenios que tiene relación con la discapacidad es el Convenio núm. 181 de la OIT sobre las agencias de empleo privadas de 1997. De nuevo no es un convenio específico sobre discapacidad, pero en

su artículo 5 contempla la discapacidad como un motivo de discriminación en el trato a los trabajadores por parte de las agencias de empleo privadas. En los años que siguen hasta la actualidad, la OIT ha adoptado instrumentos en los que aparece la discapacidad, pero sin eficacia jurídica. Entre ellos se pueden mencionar como ejemplo la la Recomendación núm. 198 de la OIT sobre la relación de trabajo, de 2006 y la Recomendación núm. 204 de la OIT sobre la transición de la economía informal a la economía formal, de 12 de junio de 2015.

En resumen, y a pesar de los inconvenientes expuestos, se puede decir que la OIT ha desempeñado un papel de liderazgo internacional en la protección de los derechos de las personas con discapacidad en el trabajo. La precocidad de los primeros instrumentos jurídicos que adoptaron, se adelantaron un par de décadas a otros organismos internacionales que abordaron la cuestión. En los diversos instrumentos analizados se percibe la preocupación por la integración del colectivo y su protección. A pesar de esto, hay que señalar que, a diferencia de lo sucedido en otros organismos, la regulación de la OIT adolece de falta de continuidad. Si se revisa la cronología de los instrumentos adoptados, se puede ver que un primer momento existe una voluntad para solucionar problemas de inclusión en el ámbito de trabajo. Pero con el Convenio núm.159 y la Recomendación núm.168, se ve como esta dinámica se detiene y los instrumentos se vuelven más escasos. Sin el trabajo de la OIT, ha sido la ONU la institución que se ha convertido en referente en materia de discapacidad, especialmente a partir de la Convención. Aún así, sería conveniente que la OIT recobrará el anterior impulso para abordar nuevas cuestiones que han surgido estos años en relación con el empleo de las personas con discapacidad, como la accesibilidad en plataformas online o la discriminación múltiple.

3.2. Regulación europea

Este apartado estará dedicado al análisis de los principales instrumentos jurídicos que, en el marco de la Unión Europea, se han adoptado en materia de discapacidad. Viendo la normativa de discapacidad a nivel del continente europeo bien se podría incluir la actividad normativa del Consejo de Europa. Sin embargo, no se analizará los tratados del Consejo de Europa porque, aunque en algunos tratados incorpora la perspectiva de discapacidad, tradicionalmente la presencia de este elemento ha sido débil³². Además, un análisis de la legislación de la Unión Europea, entroncará mejor con la cuestión de los ajustes razonables. En el ámbito comunitario, son numerosos los instrumentos y las políticas llevadas a cabo para eliminar la exclusión de las

³²Bascón Marín, J. op. Cit. pp. 174.

personas con discapacidad, y las barreras que la sustentan.

Le legislación de la UE seguramente, sea uno de los mas claros ejemplos de la construcción de un sistema de tutela multinivel de derechos humanos³³. De igual manera es comúnmente aceptado que el desarrollo de este sistema ha sido influido de manera crucial por la acción normativa que empezó a desarrollar la ONU a partir de los años 70, cuyo último hito consistiría en la adopción en 2006 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. El impulso dado por las Naciones Unidas ha supuesto el cambio y evolución en la Unión Europea entre dos paradigmas, el rehabilitador y el de la autonomía personal, o mas concretamente, entre el modelo médico y el modelo social. Esta evolución supuso un largo proceso de reformas jurídicas y técnicas³⁴. Desde entonces hasta ahora, resultará interesante observar los cambios que ha habido en la normativa europea, si es que los ha habido.

El tratamiento de la discapacidad en la Unión Europea vendrá determinado por dos factores. El primero ya se ha dicho. La evolución y paralelismos que se han visto en las regulaciones respecto al paradigma dominante de su momento. La segunda particularidad nace de la naturaleza de la Unión Europea y de las competencias de las que dispone. La UE nació orientada hacia una finalidad económica, el comercio de acero y carbón. Su desarrollo posterior hasta construir un mercado único tienen mucho que ver con su naturaleza económica. Desde esta perspectiva, una cuestión social como la de la discapacidad se veía como algo ajeno a su ámbito de actuación. Además, la falta de competencias específicas en materia de políticas sociales y derechos humanos, ha llevado a que, incluso en tiempos mas recientes, la regulación comunitaria acerca de discapacidad, este limitada en función de la materia, o que el acercamiento sólo pueda ser tangencial, lo que supone un problema para un tratamiento integral de la cuestión. Debido a sus limitaciones competenciales, unos de los pilares sobre los que se ha construido la estructura de actuación de la UE en materia de discapacidad es el derecho a la igualdad de oportunidades y el derecho a la no discriminación en relación con el mercado

³³Pérez Domínguez, F. (2021). “El tratamiento de la discapacidad por la Unión Europea: Entre la pujanza de la tutela antidiscriminatoria y las limitaciones a la política social”. *Revista de derecho constitucional europeo*, Nº36, pp. 105-147.

³⁴En tal sentido, destaca la atención prestada por la Organización Mundial de la Salud. La OMS elaboró –con una voluntad unificadora– dos clasificaciones sucesivas que evidencian, desde el plano médico, la evolución de un modelo o concepción a otro: la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM) de 1980, y la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) de 2001; siendo esta última a la que se debe la generalización del término discapacidad como comprensivo de la compleja realidad que esta encierra actualmente.

interior, libre circulación y el empleo, entendiendo que la discriminación puede poner en peligro los objetivos de Tratado de la Unión Europea. Un ejemplo de ello lo veremos en la Directiva 2000/78/CE que es un instrumento jurídico vinculante, pero limitado por materia al empleo y la ocupación, y que otorga un marco general para luchar contra la discriminación por motivo de discapacidad en el ámbito laboral.

Para atender la actuación en materia de discapacidad de la UE, es necesario tener una perspectiva bifocal de las iniciativas que se han llevado a cabo. Tenemos por un lado instrumentos de carácter político y no vinculante de diversas instituciones europeas; por otro lado están las reformas jurídicas -menos numerosas, pero de mayor impacto- del derecho derivado y originario, que a la vez estarán influidas por las iniciativas políticas. Mientras que en lo relacionado con las disposiciones jurídicas vinculantes, hay que esperar prácticamente hasta el Tratado de Ámsterdam en 1997 para tener una regulación de la UE que se ocupe de la discapacidad, en la política social europea la discapacidad llevaba apareciendo desde mediados de los años 70. Dicho esto, a continuación se pasará a un análisis de los instrumentos de la UE más relevantes en materia de discapacidad.

En 1957 se firmó el tratado de Roma constitutivo de la Comunidad Económica Europea. En el tratado no encontramos más que de forma general directrices de Política Social en el Título III. Entre estas normas comunes podemos citar a modo de ejemplo el artículo 118, que recoge la necesidad de una mayor cooperación en el ámbito social, o el artículo 235, que permitía al Consejo adoptar las disposiciones necesarias cuando se perseguía un propósito de interés para la Comunidad (como los del Título III). Esta referencia Tratado de Roma es relevante en tanto en cuanto las primeras actuaciones de la CEE dirigidas a las personas con discapacidad, se insertan dentro del marco de la política social comunitaria. Concretamente hay que referirse a la “Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974, relativa a un programa de acción social”. En el mismo se declara su intención de “iniciar la realización de un programa para la reintegración profesional y social de minusválidos, que prevea sobre todo la promoción de experiencias modelo con objeto de reclasificar a los minusválidos en la vida profesional”. La referencia que se hace en el Acuerdo a la discapacidad es muy sucinta y fue desarrollada con posterioridad en la Resolución de 27 de junio de 1974, relativa al establecimiento del “primer programa de acción comunitaria para la readaptación profesional de los minusválidos”. Lo que se puede extraer de estas Resoluciones es que su objeto es todavía muy limitado. Únicamente se aborda el acceso al empleo y la reintegración profesional de los “minusválidos”. Por otro

lado, es notoria la influencia del modelo médico si uno presta atención, por ejemplo, a las medidas que persiguen prevenir una minusvalía en el entorno laboral y, en el caso de darse, rehabilitar a las personas respecto a un estándar de normalidad. Se puede decir que no difiere demasiado ni en el fondo ni en cuanto al vocabulario usado, con los convenios que la OIT había realizado 20 años antes. En los años posteriores a estas dos resoluciones, las únicas disposiciones que abordaron la discapacidad lo hicieron desde una perspectiva indirecta y sobre cuestiones técnicas.

A inicios de los años 80, e impulsada por las iniciativas que estaba tomando la ONU³⁵, la CEE comenzó una lenta evolución en las acciones en materia de discapacidad. Esto se puede apreciar en la “Resolución sobre la integración económica, social y profesional de los minusválidos en la Comunidad” de 1981. En ella se amplía el radio de acción de lo específicamente laboral para promover la integración económica y social del minusválido, proponiéndosele a la Comisión una red de acciones y desarrollo a varios niveles(nacional, regional y local). Además, se empieza a hablar por vez primera de la propuestas para la elaboración de una Directiva que estableciera unos criterios de derechos y obligaciones de los que fueran titulares las personas con discapacidad. En este y otros instrumentos³⁶, las medidas que se proponen intentan tener una efectividad mayor. Una de las propuestas que denotan el cambio de tono, es el que se quiera promover políticas o condiciones especiales adaptadas a sus necesidades de forma que puedan superar los obstáculos que impiden su plena participación en la sociedad. Este planteamiento se aleja de las medidas asistenciales que conciben a la persona con discapacidad como un objeto, y se va situando en la línea de unas políticas públicas de finalidades más complejas (vivienda, movilidad, vida independiente) y del reconocimiento de los mismos derechos que a las personas sin discapacidad.

Teniendo en cuenta la aparición de un enfoque cada vez más integrador en los aspectos económicos y sociales de la discapacidad, el punto principal de las políticas de la CEE se mantuvo en el empleo de las personas con discapacidad. A mediados de los 80, todavía sin ningún instrumento jurídico vinculante, se puede considerar superada la fase inicial de readaptar para el puesto de trabajo a personas con discapacidad. La políticas que se hagan a partir de ahora estarán orientadas hacia el tratamiento de todas las eventualidades de la vida laboral, tales

³⁵ En particular, el conocido como año internacional del minusválido en 1981

³⁶ Como la “Comunicación de la Comisión al Consejo, de 4 de noviembre de 1981, sobre líneas directrices de una acción comunitaria para la inserción social de los minusválidos”.

como formación, acceso y promoción en el empleo. Estos cambios se puede observar en la “Recomendación del Consejo, de 24 de julio de 1986, sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad”. En su definición de minusválido se utiliza una terminología abierta: “el término minusválidos comprende a todas aquellas personas seriamente incapacitadas por motivos físicos, mentales o psicológicos. La Recomendación abrió paso a una “nueva estrategia de tutela basada en la exigencia de un trato equitativo de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo. Ello se traduce en un proceso de depuración y eliminación de medidas discriminatorias negativas en las legislaciones laborales nacionales que se conjuga con la introducción de medidas de acción positiva orientadas a salvar la tradicional exclusión de las personas con discapacidad en el terreno del empleo”³⁷.

Para los años 90, ya vemos como la UE da un enfoque a la discapacidad basado en el pleno disfrute de los derechos y su igualdad de acuerdo con el modelo social. Este cambio se debe a la promulgación de las Normas Uniformes (mencionadas en el apartado dedicado a las Naciones Unidas), así como la progresiva cimentación de movimientos asociativos de personas con discapacidad que ayudó a percibir la discapacidad como una cuestión autónoma conceptualmente respecto del conjunto de la política social europea. Una fecha que suele plantearse como esencial en todo este proceso es el año 1996 en el que la Comisión presentó la “Comunicación sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía”. Basándose en las líneas maestras establecidas por las normas uniformes, que pusieron el acento en los derechos humanos de las personas con discapacidad, la Comisión proclama el principio de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, que incluye a su vez el principio de no discriminación.

La comunicación lo que trataba era de lograr el compromiso de Estados miembros e instituciones comunitarias, pues para lograr la igualdad de oportunidades era necesario por parte de los poderes públicos una serie de actuaciones para acabar con los obstáculos existentes. Estos obstáculos se materializan en barreras físicas que impiden el acceso a personas con discapacidad en transporte, servicios públicos... La eliminación de actitudes sociales negativas hacia la discapacidad, mediante la educación y formación, estarían en una fase posterior para lograr la igualdad de oportunidades. Por último, se encontraría la prohibición de la discriminación no sólo en la esfera pública sino también en la esfera privada, especialmente en

³⁷Pérez Domínguez, F. (2021). op. Cit. pp. 111.

la esfera del empleo.

En definitiva, la Comunicación se identifica como el documento que fija el rumbo de la acción comunitaria sobre discapacidad en el reconocimiento de sus derechos, considerándose “como el punto de referencia obligado al cual deben remitirse las estructuras económicas y sociales y como el fundamento del planteamiento basado en el reconocimiento de los derechos de las personas con minusvalía”. Esto se debe a que el modelo inspirado en la igualdad de oportunidades constituye, en la actualidad, el enfoque dominante en el reconocimiento de derechos para las personas con discapacidad, debido esto último a que sitúa la cuestión no en la persona sino en las estructuras, tangibles e intangibles como las sociales y económicas. Del análisis, se concluye que el objetivo debe consistir en identificar y eliminar las barreras que impiden la inclusión ³⁸.

Justo el año siguiente se dio otro paso importante en esta misma línea, pues 1997 fue el año de la aprobación del Tratado de Ámsterdam. Con la modificación del artículo 13 TCE (Actualmente el art. 13, se encuentra en el art. 19 TFUE tras la reforma hecha en el Tratado de Lisboa de 2007), se introduce por primera vez una disposición jurídica que incluye explícitamente la discapacidad como rasgo de discriminación. Se conseguía con ello, una norma vinculante en materia de discapacidad, después de muchas declaraciones políticas, y la primera mención específica a la discapacidad en los Tratados. Es notorio el proceso de aceleración experimentado en la década de los 90 en la Unión respecto a la discapacidad, pues todavía en el año 1992, el Parlamento Europeo había aprobado la “Resolución sobre los derechos de los deficientes mentales”, una terminología que apenas cinco años después, ya se manifestaba totalmente desfasada. Esta modificación del artículo 13, concede una base a la entonces Comunidad Europea para que adopte medidas y establezca un enfoque legal común, y así combatir los obstáculos que sufren las personas con discapacidad. También hay que decir que el artículo a su vez posee ciertas limitaciones. Por un lado, requiere que para tomar las medidas, sea necesaria la unanimidad en el Consejo. Esto fue posteriormente modificado en el Tratado de Niza que permitió la adopción de medidas de incentivos mediante mayoría cualificada, mientras que las medidas legislativas quedaron supeditadas a una mayoría cualificada. Por otra parte, una limitación material que acota el ámbito de las medidas a las competencias adquiridas

³⁸ López Álvarez, P. (2012) “La igualdad de trato de las personas con discapacidad en la Unión Europea”, en Pérez Bueno, L.C (dir.), *2003-2012: 10 Años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España (Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna)*, pp. 121-139.

por la Comunidad (Empleo, Mercado Común y transportes principalmente). Aún así, las consecuencias de esta modificación se dejaron notar pasado poco tiempo.

Gracias a la base jurídica que proporcionó el artículo 13, se presentó en 1999 la iniciativa para tres propuestas de lucha contra la discriminación. Tras las modificaciones pertinentes, el Consejo adoptó en el año 2000 tres instrumentos jurídicos diferentes: La Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; el Programa de acción contra la discriminación (que inspiró en el ordenamiento español la ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad); y la Directiva 2000/78/CE del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación³⁹.

De los tres instrumentos aprobados por la Comisión ese año el más importante fue la **Directiva 2000/78/CE**. Con anterioridad a la misma, sólo tres estados miembros disponían de legislación interna relativa a la discriminación por discapacidad: Reino Unido, Irlanda y Suecia. En el resto, no existía una tradición legislativa previa, por lo que la transposición fue una novedad en el marco legislativo. Posiblemente, la Directiva no sólo sea el instrumento jurídico más importante de ese año en materia de discapacidad, sino también uno de los instrumentos más importantes que la Unión haya adoptado en este aspecto, debido a que es de los pocos que se mencionarán en este apartado que cuenta con una eficacia jurídica vinculante.

El objetivo principal de la directiva es que las personas con discapacidad pudiesen disfrutar de una igualdad de trato en su entorno de trabajo⁴⁰, y que no fueran discriminadas por motivos de religión o convicciones, edad u orientación sexual o discapacidad. Los motivos de discriminación que aparecen en la Directiva son muy similares a los del artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea en la versión consolidada Ámsterdam (menos la discriminación por sexo que no aparece aquí), y no existe una jerarquía cualitativa entre ellas⁴¹.

³⁹I. Biel Portero, op. cit., pp. 271.

⁴⁰El art. 3 de la Directiva circunscribe su ámbito a: Condiciones de acceso al empleo, el acceso a todos los tipos y niveles de orientación y formación profesional, las condiciones de empleo y trabajo, y la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios.

⁴¹Sobre el asunto, el apartado 3.2 de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (COM /99/0565 final), remarca la ausencia de una jerarquía cualitativa entre las causas de discriminación. Lo que resulta especialmente importante en los casos de discriminación múltiple. Por lo tanto, es coherente con la estructura y el propósito enunciado en el artículo 13.

La exposición de motivos de la Directiva 2000/78/CE justifica la prohibición de la siguiente manera: La discriminación por estos motivos “puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas. A tal fin, se deberá prohibir en toda la Comunidad cualquier discriminación directa o indirecta por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en los ámbitos a que se refiere la presente Directiva”. Lo que implica en resumidas cuentas la publicación de la Directiva, es, *de iure*, la prohibición absoluta de discriminar a una persona por su discapacidad. Esto se entiende sin perjuicio de las diferencias de trato y la posibilidad de ajustes razonables que estudiaremos mas adelante. La Directiva concede un marco jurídico para proteger a personas con discapacidad en sus relaciones laborales, que luego los Estados debían de desarrollar a la hora de transponerla a sus ordenamientos nacionales.

También del año 2000 es la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una versión revisada de la Carta adquirió valor jurídico para los Estados miembros, tras el fallido intento de Constitución Europea, al incorporarse al Tratado de Lisboa en el art. 6 TUE, que le reconoce efectos vinculantes. En su artículo 21 se incluye una cláusula general de prohibición de toda discriminación, y en particular, por razón de sexo, raza, color, edad, lengua... y, por supuesto, discapacidad. Con la larga lista de causas por las que se prohíbe la discriminación (algunas de ellas novedosas como las características genéticas), proporciona a la prohibición de discriminación por razón de discapacidad un alcance transversal. Por otra parte, el art. 26 de la Carta está dedicado a la integración de las personas con discapacidad. En él, se “reconoce el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional”. El artículo introduce dudas acerca del enfoque que la Unión mantenía sobre el tratamiento de la discapacidad, pues aborda la cuestión desde una óptica asistencialista. Las personas con discapacidad mas que como sujetos titulares de derechos reales y en igualdad de condiciones con el resto, se ven más como un colectivo objeto de medidas para su protección. Este hecho seguramente se deba, a que el art. 26 de la Carta está basado en un instrumento anterior, el punto 26 de la Carta Comunitaria de Derecho sociales sociales Fundamentales de los trabajadores del año 89, lo que explicaría una referencia tan escueta y con un planteamiento limitado sobre la discapacidad.⁴²

⁴²Pérez Dominguez, F. (2021). op. Cit. pp. 113.

Llegando al año 2010, en la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, su art. 10 establece que la Unión ejecutará políticas para luchar contra toda discriminación, y entre ellas por razón de discapacidad y el artículo 19 permite al Consejo adoptar medidas contra la discriminación. Una vez completado el procedimiento de adhesión mediante los instrumentos de confirmación formal, en 2011, al año siguiente, entró en vigor para la Unión Europea la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Desde esta fecha hasta ahora, los Estados Miembros se han comprometido a adaptar sus respectivos ordenamientos jurídicos. Esta voluntad de los Estados Miembros se plasmó en un Código de Conducta como forma de lograr este objetivo. Aunque quizá más que decisiones e instrumentos concretos, la Convención en lo más haya influido, es en el cambio de paradigma que en la UE comenzó en los años 90 y que, con la validación de la Convención, terminó el proceso de cambio en el enfoque del tratamiento europeo de la discapacidad.

Junto a las reformas del marco jurídico de la UE en materia de discapacidad que han sido mencionadas, en los últimos 25 años también ha existido una intensa acción política. De manera paralela, numerosos instrumentos han visto la luz, lo que ha ayudado a consolidar el modelo social como el preferente en la Unión. Estas iniciativas políticas se han encauzado principalmente a través de planes específicos de carácter plurianual a partir de los primeros años de la década de 2000. El primero ya lo mencionamos, el Programa de acción contra la discriminación, y con sus continuadores de lo que se trata es de que la Unión supere el carácter sectorializado que había dado a la discapacidad, para ampliar y transversalizar el ámbito de actuación de las iniciativas europeas relacionadas con la discapacidad⁴³. Entre los diversos instrumentos de carácter político y los diferentes organismos que han desempeñado sus trabajos en materia de discapacidad se puede mencionar, a modo de ejemplo y sin ánimo de ser exhaustivo, el Consejo Económico y Social. Es un órgano creado por el Tratado de Lisboa en el año 2007. Tiene carácter consultivo respecto al Consejo Económico y en él, se elaboran todo tipo de informes de carácter sectorial en materia de política social, en especial referencia, destaca la discapacidad, en materias como accesibilidad y empleo.⁴⁴ Otro medio por el que encontramos numerosas declaraciones sobre discapacidad es el Parlamento Europeo. En el año 2017 encontramos la resolución del parlamento europeo sobre el pilar europeo de derechos sociales. El pilar establece 20 derechos y principios rectores. En él, el punto 17 es sobre las

⁴³I. Biel Portero, op. cit., pp. 260-266; Pérez Domínguez, F. (2021). op. Cit. pp. 115.

⁴⁴Polonio de Dios, G. (2016). op. Cit. pp. 257

inclusión de personas con discapacidad para que puedan tener una vida digna los derechos de las personas con discapacidad. Recientemente el 13 de diciembre de 2022, se adoptó la resolución del Parlamento Europeo, sobre la igualdad de derechos para las personas con discapacidad, en el que se vuelve a incidir sobre la igualdad y no discriminación, las personas con discapacidad con mayor riesgo, participación en la vida política...

Seguramente, el más importante de este tipo de recomendaciones e iniciativas sea la **Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad adoptada por la Comisión Europea**. Esto se debe a que ha dado un cauce a todos estos objetivos expuestos en recomendaciones y resoluciones, a la vez que los reúne en un único instrumento. La Estrategia tiene una vigencia de 10 años. La actual comenzó en el año 2021 y llegará hasta el 2030. Inspirado por la Convención de la ONU, el principio de no discriminación se ve acompañado aquí de otras cuestiones como la accesibilidad, movilidad, participación política, protección social, servicios sociales y salud... A la vez, tratará de reforzar los métodos de seguimiento y evaluación, así como las previsiones financieras⁴⁵. En esta y otras iniciativas políticas, lo que se observa es una mayor transversalidad en las materias que son tratadas, porque no están limitadas por razones de competencia. Los ámbitos tratados por las Directivas son mas limitados, por las competencias que tiene atribuidas la UE, pero su influjo es más intenso pues tiene capacidad para modificar de una manera crucial aquello que regula.

En la actualidad, la UE en su artículo 5.2 TFUE establece que en el ámbito de la política de empleo la Unión tiene un papel de coordinadora de dichas políticas, encargándose sólo de las orientaciones generales. En lo que respecta a mejoras en las condiciones de trabajo, seguridad de los trabajadores y evitar la exclusión de los colectivos desfavorecidos en el mercado de trabajo tiene atribuidas competencias de complemento a los Estados miembros (art.153.1. b. TFUE). A esto sumamos que en todos los textos de la UE no existe ninguna definición sobre el concepto de discapacidad. La conclusión que se saca es que la Unión tiene un papel complementario pues deja a los Estados miembros una amplia autonomía para tomar las medidas que consideren oportunas de protección e integración de las personas con discapacidad⁴⁶. Pero, siendo verdad que los Estados pueden desarrollar marcos normativos con márgenes de apreciación distintos respecto al concepto de discapacidad, también lo será que el

⁴⁵ Jaraba Sánchez, M. (2012). “La Estrategia Europea de discapacidad 2010-2020: nuevas herramientas contra la discriminación” en Pérez Bueno, L.C (dir.), *2003-2012: 10 Años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España (Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna)*, pp. 121-139.

⁴⁶Bascón Marín, J. op. Cit. pp. 146

TJUE comenzará a perfilar el concepto de discapacidad mediante su jurisprudencia y basándose en los dos únicos textos de carácter vinculante en el ámbito de la Unión: el texto de la Convención y la Directiva 2000/78/CE.

3.3. Regulación interna

3.3.1. El artículo 49 de la Constitución.

Como se ha visto, las medidas y el reconocimiento de derechos para las personas con discapacidad son indisolubles del momento en el que son promulgadas y del paradigma imperante. En los ordenamientos anteriormente vistos, se observa la evolución desde el modelo médico a un modelo social o biopsicosocial. En España, el cambio se producirá en la misma dirección. El origen de la regulación que hoy se encuentra en vigor, se encuentra en las leyes posteriores a la promulgación a la constitución que, siendo avanzadas para su momento, no dejan de tener más de 40 años. Una de las consecuencias de este hecho, es que la legislación española se actualiza por encima, en sus capas superiores, pero por debajo, sigue existiendo una normativa que responde a unos parámetros desactualizados. Para estudiar este fenómeno se analizará, principalmente, el art. 49 de la constitución y, después, la normativa más importante que ha habido en España en materia de discapacidad: La LISMI, LIONDAU y la la Ley General de derechos de las personas con discapacidad.

En el ámbito nacional, la protección a las personas con discapacidad se inicia a principios del siglo XX. Durante la primera mitad del siglo, se promulgaron leyes que hacen hincapié en lo “anormal” de las personas con discapacidad y lo deseable de su recuperación. Algunas de estas normas son por ejemplo el Real Decreto para la Creación del Patronato Nacional de Sordomudos, Ciegos y Anormales del año 1910, o el Decreto para el ingreso en el cuerpo de inválidos militares de los Jefes y Oficiales de la Armada declarados inútiles por pérdida total de la visión de 1931. Con la puesta en marcha del sistema de Seguridad Social a finales de los sesenta, la protección de las personas con discapacidad se encauzó mediante este mecanismo⁴⁷. La legislación de la Seguridad Social entonces promulgada, quizá puede decirse que mejoró la situación material de algunas personas con discapacidad, pues preveía ayudas para ellos. Pero conceptualmente, no existen diferencias apreciables entre estas normas y las de principios de siglo. Siguen incrustadas en un modelo médico únicamente orientado hacia recuperar y “normalizar” a las personas con algún tipo de discapacidad.

⁴⁷Orden para el Texto Refundido de la Legislación sobre asistencia a los subnormales en la Seguridad Social del año 1970

En esas, llega la Constitución Española que impulsa la protección jurídica de las personas con discapacidad. El artículo 49 de la Constitución supuso, en el momento de su aprobación, un artículo innovador, que situaba a España en una posición de vanguardia respecto al Derecho comparado. La innovación consistía en que se le daba protección a un sector (el de las personas con discapacidad), estableciendo un mandato a los poderes públicos para que le presten atención especializada. Dice así el artículo:

Art.49.

Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

Del artículo pueden extraerse tres aspectos. El primero, está referido al mandato de los poderes públicos para que lleven a cabo una serie de políticas. No se establecen garantías sobre cuando se realizará o cual será su contenido. El segundo objetivo tiene un carácter prestacional, y aparece en el artículo cuando dice que (los poderes públicos) “prestarán la atención especializada que requieran”. Este aspecto puede considerarse el núcleo del precepto y fue desarrollado posteriormente por la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI). Por último, se encuentra la mención a un “amparo especial” para que puedan disfrutar de sus derechos fundamentales, que al no ir acompañada garantías para fuese llevado a cabo ni medidas para su observancia, ha sido entendido por la doctrina como un ejercicio de voluntarismo político⁴⁸. A ello se suma su exclusión de la Sección II del Título I, que convierte este mandato constitucional en una mera guía para la actuación de los poderes públicos, la legislación positiva y la práctica judicial, tal como indica el art.53.3 CE.

En el artículo se advierte la influencia de otros textos constitucionales de derecho comparado como la constitución italiana, que en su art.38 contiene disposiciones pioneras respecto a las obligaciones de los poderes públicos para con las personas con discapacidad, y sobre todo la constitución portuguesa, cuyo art. 71 es muy parecido a nuestro art.49. Mientras que la constitución italiana o francesa se limitaban exponer las obligaciones estatales de protección para las personas con discapacidad y a reiterar su derecho a la formación y a la educación, la

⁴⁸De Lorenzo García, R. (2018). op.cit. pp. 22

constitución portuguesa contenía unas normas específicas para la protección integral y efectiva de los derechos de las personas con discapacidad.⁴⁹

Quitando los textos constitucionales de otros estados, la influencia que también se puede apreciar en el art.49 es la de los textos internacionales. Así se pueden citar por ejemplo la Carta Social Europea que en su artículo 15 se refiere a los derechos de estas personas “a la formación profesional y a la readaptación profesional y social” o de diversas Declaraciones de Naciones Unidas como Declaración de Derechos de los Impedidos. Tanto en unas otras como otras, el modelo vigente es el médico.⁵⁰

Aunque el art.49 fuera una innovación respecto a su contexto en el momento de su promulgación, ha sido objeto de una crítica que ha ido *in crescendo* en los últimos años por considerarse desfasado. Las modificaciones de las que sería objeto el artículo tendrían que ver con el término “disminuido” que utiliza el artículo, el cual hoy se considera ampliamente superado, y que se cambiaría por “personas con discapacidad”. Otro aspecto a modificar, sería cambiar el enfoque de cuestiones como el “tratamiento” o rehabilitación”, que estaban inspiradas por el modelo médico, y enfocarlo en la autonomía e inclusión social de las personas con discapacidad, más acordes con el modelo biopsicosocial de la Convención. Esto último, también implicaría un cambio en el modo de dirigirse a las personas con discapacidad. No ya como el objeto de unas políticas que los poderes públicos deben llevar a cabo, sino como sujetos titulares de derechos en las mismas condiciones que el resto de ciudadanos.

Derivado del mandato constitucional del art.49, en España, se han ido configurando tres regímenes distintos que se ocupan de la protección de las personas con discapacidad. Uno de ellos sería el Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social. Este texto legal, así como sus antecesores, tiene por materia específica la protección de las personas con discapacidad. Por otro lado, tendríamos la normativa de Seguridad Social. En la materias relacionadas con el ámbito laboral, se regula un régimen de prestaciones por motivos de discapacidad. El tercero viene de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción y Autonomía personal y Atención a las personas en situación de Dependencia. La ley establece

⁴⁹De Lorenzo García, R. (2018). op.cit. pp. 20

⁵⁰Montilla Martos, J.A. (2022). “La reforma constitucional del artículo 49 de la constitución”. *Anales de derecho y discapacidad*, N° Extra 7, pp. 211- 225.

un marco jurídico para poder otorgar prestaciones a las personas en situación de dependencia y así facilitar su autonomía. En el trabajo nos ocuparemos del primero de los regímenes.

3.3.2 Textos legales sobre discapacidad

El texto que sirvió de referencia durante muchos años en lo relativo a la atención a las personas con discapacidad fue la **Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI)**.⁵¹ Su fin era llevar a cabo el mandato constitucional del art.49 CE que establecía un amparo especial por parte de los poderes públicos hacia las personas con discapacidad⁵². Otra de las razones de ser de esta ley, era sistematizar una legislación que hasta ese entonces estaba dispersa por el ordenamiento jurídico, y que muchas de las veces era incoherente, y otras simplemente contradictoria⁵³. El espejo del art.49 CE se encuentra en el art.3 de la LISMI que se indica que “los poderes públicos prestarán todos los recursos necesarios para el ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo primero, constituyendo una obligación del Estado la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, la rehabilitación adecuada, la educación, la orientación, la integración laboral, la garantía de unos derechos económicos, jurídicos sociales mínimos y la Seguridad Social”.

La LISMI cuenta con diez títulos, integrados por sesenta y seis artículos. La ley dedica su Título I a establecer unos principios generales. El art.1 reconoce el derecho de los “disminuidos” a su completa realización personal. El artículo tercero expone los medios para alcanzar este fin, constituyendo tales “la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, la rehabilitación adecuada, la educación, la orientación, la integración laboral, la garantía de unos derechos económicos, jurídicos sociales mínimos y la Seguridad Social”. El orden de la exposición no es baladí, pues se prioriza en el texto los aspectos médicos de la discapacidad y quedan en un segundo plano las medidas sociales (accesibilidad universal o lucha contra la discriminación por ejemplo). En el mismo sentido se encuentra la definición de minusválido del art.7.1: “Se entenderá por minusválidos toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente

⁵¹Con anterioridad, en el RD 1723/1981 de 24 de julio, sobre reconocimiento, declaración y calificación de las condiciones de subnormal y minusválido, era el primer texto en la etapa constitucional, que se ocupaba de los “minusválidos” en el ordenamiento español

⁵²Campo, M.; Jordan de Urríes, B; Verdugo, M.A.; Vicent, C. (2001). “Definiciones de discapacidad en España: Un análisis de la normativa y la legislación más relevante”. *Servicio de información sobre discapacidad*.

⁵³Azúa Berra, P. (2007). “El desarrollo de la LISMI 25 años después”. *Congreso Nacional de Empleo y Discapacidad*, Burgos, AFEM.

permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales”.

A continuación se hará un breve resumen de las principales cuestiones de la ley. El Título III está dedicado a la prevención de minusvalías. Se entiende que la prevención es un problema social y que es obligación del Estado como garante de la salud pública llevarla a cabo. El Título IV está dirigido al diagnóstico y valoración de las minusvalías. En el art.10 se plantea la creación de equipos multidisciplinares para garantizar la integración de la persona con discapacidad en su entorno. En la práctica, las tareas que desarrollaban, eran las de realizar una valoración médica (con nula repercusión del factor social) con los grados asignados en los derechos económicos de la legislación. La LISMI “entiende las prestaciones recuperadoras, como prestaciones de tipo económico que se limitan a paliar el defecto de ingresos que se producen por la imposibilidad o incapacidad del sujeto afectado por una minusvalía, de encontrar una actividad remunerada que sea fuente de sus ingresos”⁵⁴. Esto fue fruto de unas políticas públicas que entendían la discapacidad como una situación no deseada que, debido a las consecuencias que las estadísticas arrojan sobre la disminución de ingresos, merecen una compensación. Quizá el problema radique en que, en favor de las prestaciones económicas, no se dan la ley otro tipo de medidas que favoreciesen la integración real de las personas con discapacidad⁵⁵. Hasta hace poco la valoración del grado de “minusvalía” se hacía conforme al Real Decreto 1971/1999, de 23 de Diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, que fue derogado por el Real Decreto 888/2022 de calificación reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

El título V recoge prestaciones sociales y económicas para los “minusválidos” que, por no desarrollar una actividad laboral, no estén incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social. Las prestaciones iban desde la asistencia sanitaria⁵⁶ y prestación farmacéutica, subsidios de garantía de ingresos mínimos o por movilidad a la recuperación profesional y rehabilitación médico-funcional. Para ello, el art.12 establece un marco para la elaboración de un Decreto que establezca prestaciones para personas con discapacidad, que se

⁵⁴Campo, M.; Jordan de Urríes, B; Verdugo, M.A.; Vicent, C. (2001). op. Cit. pp. 12

⁵⁵Cabra de Luna, M.A. (2016). “Hacia una nueva regulación del trabajo de las personas con discapacidad”. *Anales de derecho y discapacidad*, N°1, pp. 69-88.

⁵⁶Por asistencia sanitaria se especifica en el art.13 dos niveles. Un primer nivel para un tipo de “minusvalías” que no estarían incluidas en la Seguridad Social. Esta Asistencia englobaría los servicios médicos necesarios para mantener o recobrar la salud, así como servicios de prótesis u ortopedias. Un segundo nivel de Asistencia Sanitaria se establece para personas con discapacidad que, por carencia de recursos o su grado de afectación, gozan de una protección más amplia, similar a la de los pensionistas de la Seguridad Social.

materializó en el RD 356/1991. Como se dijo con anterioridad, antes de la LISMI el sistema de prestaciones no estaba suficientemente desarrollado ni articulado. Y a pesar de que estas ayudas son un avance, siguió habiendo lagunas en la legislación. El hecho de que sean prestaciones incompatibles con una actividad laboral, desincentiva esto último; no se preveían gastos extraordinarios de la discapacidad; no existía un plan de acción social más amplio que atacara las desigualdades estructurales.⁵⁷

El título VI, el más amplio de la ley y parte central de la misma, está dedicado a la rehabilitación. Es parte central de la ley por su extensión, pero también porque, conceptualmente, la rehabilitación de las personas con discapacidad era parte nuclear de las políticas que se llevaban a cabo en este terreno. La rehabilitación se configura para que este administrativamente descentralizada y con un trato lo más persona y cercano posible (art.18.3). La rehabilitación se compone de varias secciones, las cuales componen una secuencia que concluye con la plena adaptación de la persona con discapacidad a su medio. Se comienza con la rehabilitación médico funcional, sigue el tratamiento y orientación psicológica, la educación y, por último, la recuperación profesional.

Además de esto, la LISMI dio pie a que unos pocos años después se regularan por Decreto una serie de cuestiones relacionadas con la integración laboral. La ley contempló dos modalidades de trabajo: Un sistema ordinario de trabajo (art.37), que se considera preferente siempre que sea posible; y el empleo protegido (art.41), que llevaba aparejada la creación de centros especiales de empleo. El modelo de empleo de la LISMI pivota en torno a el empleo “protegido” y el empleo “ordinario”. La ley aprovecha los centros de empleo protegido que existían entonces, pasándolos a denominar Centros Especiales de Empleo, ofreciendo objetivos que van más allá del mero ofrecimiento de puestos de trabajo para minusválidos. La diferenciación entre ambas “es fruto de la estrategia o visión de la discapacidad desde el plano de la readaptación más que de la integración, de modo que admitiendo que determinados trabajadores van a tener más que serias dificultades para acceder a un empleo, se idea ese ámbito al margen de los que se califica como ordinario”⁵⁸. Mas allá de esto, las relaciones laborales de carácter especial no guardaban diferencias con la forma-tipo en la que se basa la regulación jurídico laboral común,

⁵⁷CERMI (2017), El acceso a la condición de ciudadanía de las personas con discapacidad en España . op.cit. pp. 118.; Cabra de Luna, M.A. (2016). op. Cit. pp.72.; Campo, M.; Jordan de Urrés, B; Verdugo, M.A.; Vicent, C. (2001). op. Cit. pp. 10-11

⁵⁸Garrido Pérez, E. (2003).”El trabajo de discapacitados en centros especiales de empleo: Replanteamiento sobre la necesidad de una relación laboral especial”. En Romero Ródenas, M.J. (coord.), *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete: Bomarzo, pp. 27-58.

salvo que el “minusválido” desempeñe un trabajo adecuado a su capacidad.⁵⁹

Los títulos finales de la LISMI versan sobre Servicios sociales, y otros aspectos, cajón de sastre en el que entran cuestiones de movilidad y barreras arquitectónicas a cuestiones técnicas de gestión (como asignar los profesionales necesarios) y financiación. El análisis de los Títulos de la ley permite llegar a la conclusión de que, si bien se conocían y tenían en cuenta factores sociales de la discapacidad, estos factores se encuentran diluidos en favor de la rehabilitación y de las prestaciones económicas que son las partes que la ley desgrana con mayor detenimiento, y que le dan ese cariz asistencialista, reiteradamente señalado por la doctrina⁶⁰.

La LISMI estaba inspirada principalmente por el modelo médico, pero recogiendo algunos principios del modelo social. Ofreció unos avances importantes a las personas con discapacidad al garantizar unos derechos que tenían, principalmente, un carácter prestacional a través del tratamiento, habilitación y rehabilitación. No obstante, la intervención en ámbitos tan diferentes, debe entenderse como una apuesta del legislador por la “normalización” del colectivo. Además, sirvió como ley marco estableciendo pautas de actuación en materia de discapacidad, así como unos criterios para calificar a una persona como “minusválida”.

Veinte años después de la entrada en vigor de la LISMI, se promulgó **la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU)**, también derogada por el texto refundido de 2013. Las razones que justificaron una nueva ley sobre discapacidad estriban en dos razones: La persistencia en la sociedad de desigualdades, y los cambios operados en la manera de entender el fenómeno de la discapacidad y, consecuentemente, la aparición de nuevos enfoques y estrategias. Por ello, más que una revocación de la LISMI y los principios que la inspiran, la LIONDAU se gestó como una norma que pretendía complementarla. Formalmente, hay una superación con esta ley del modelo médico, que centraba su actuación en los problemas individuales de las personas con discapacidad, acercándose al modelo social. Se argumenta en la Exposición de Motivos que las desventajas que presenta una persona con discapacidad, tienen su origen en sus dificultades personales, sí, pero también en los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia sociedad, concebida con arreglo al patrón de la persona media, se

⁵⁹ Garrido Pérez, E. (2000). *El trabajo de minusválidos en centros especiales de empleo*. Valencia: Tirant lo Blanch. pp. 21-29.

⁶⁰CERMI (2017),El acceso a la condición de ciudadanía de las personas con discapacidad en España . op.cit. pp. 121.

oponen a su plena participación. La LIONDAU no invalida los presupuestos de la LISMI. Pero dado que esta se centraba, esencialmente, en medidas de acción positiva, la LIONDAU sirve de complemento, al añadir nuevas estrategias para mejorar el entorno de las personas con discapacidad, que serán la no discriminación y la accesibilidad universal. Estas líneas estratégicas se acompañan, en el art.2, de una serie de principios como el principio de vida independiente, el de normalización, diseño para todos, diálogo civil y la transversalidad de las políticas en materia de discapacidad.

Los principios nombrados anteriormente no salen de la nada, sino que se consolidaron a través de diversas normas adoptadas en el ámbito internacional. Se destaca, por aparecer en la Exposición de motivos de la ley, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en su artículo 21 prohíbe toda discriminación, en particular la producida por razón de discapacidad. También menciona otras directivas de la UE contra la discriminación, que se nombraron en el apartado 3.2 de este trabajo, como la Directiva 2000/43/CE o la Directiva 2000/78/CE. En lo que se refiere a la constitución española, hay varios artículos que tienen relación con la ley. Se pueden mencionar los artículos 9.2, 10 y 14, que garantizan la igualdad de oportunidades y la no discriminación (artículo 14), la igualdad material y la participación social (artículo 9.2) y la dignidad de la persona con discapacidad (artículo 10). También, claro, el art. 49, relativo a la atención de las personas “disminuidas”, pero mientras que la LISMI se va a basar principalmente en el art. 49, la LIONDAU va a concebir éste como un medio más que como un fin; es decir, “las políticas dirigidas a las personas con discapacidad” van a ser el vehículo principal que les garantice la igualdad de oportunidades, la participación social y la dignidad que la Constitución Española concede formalmente a todos los ciudadanos.⁶¹

En cuanto al contenido de la ley, se puede comenzar por su objeto, expuesto en su art. 1, que consiste en “establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad”, entendiéndose por igualdad de oportunidades “la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o sobre la base de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”.

⁶¹CERMI (2017), El acceso a la condición de ciudadanía de las personas con discapacidad en España . op.cit. pp. 123.

También en este artículo, se delimita lo que se considera persona con discapacidad, estableciendo como tales, las personas a las que se les haya calificado con un grado igual o superior al 33 por ciento de discapacidad y, por analogía, las personas que tienen reconocida una incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.

El título II se refiere a la igualdad de oportunidades. Para lograr estos objetivos en el art. 5, se habilita a los poderes públicos a tomar medidas de acción positiva y medidas contra la discriminación. Estas discriminaciones pueden ser directas o indirectas, acosos o incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables. Y en el art.8, aparecen definidas las medidas de acción positiva como “aquellos apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad”. Con base en estos dos artículos, el art.7 y el art.9 se dedican a enumerar medidas concretas contra la discriminación y de acción positiva. Lamentablemente, el contenido de los artículos es, en alguno de sus puntos, excesivamente vago y generalista. Y en otros casos, también sucede que su definición queda abierta a un desarrollo legislativo posterior como sucede en el art.9.1 párrafo segundo. Algo similar sucede en el Capítulo III de la ley, dedicado a “medidas de fomento y defensa” que deben llevar a cabo las administraciones públicas en el ámbito de sus competencias. Se mencionan medidas de sensibilización y formación, medidas de innovación y desarrollo, Planes y programas de accesibilidad y para la no discriminación ... Todas ellas son medidas que muestran el alcance transversal de la Ley 51/2003, pero al remitirse a posteriores regulaciones, que tardaron tiempo en llegar, los artículos quedan vacíos sobre el papel.

En la sección segunda se mencionan medidas de defensa de los derechos expuestos en la ley y que tratan de facilitar a las personas con discapacidad el acceso a las herramientas para defender sus derechos. Se mencionan el arbitraje de quejas y reclamaciones en defensa de la igualdad de oportunidades (art.17), tutela judicial y protección contra las represalias (art.18), legitimación de las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos colectivos (art.19) y criterios especiales sobre la prueba de hechos relevantes (art.20).

En las disposiciones finales, es donde se emplaza al legislador para que lleve a cabo el desarrollo normativo necesario que permitiera hacer efectivos los derechos anunciados. Las propuestas

abarcan desde modificaciones de organismos (Consejo Nacional de Discapacidad, Real Patronato sobre Discapacidad); a desarrollo de planes (el Plan Nacional de Accesibilidad 2004-2012); llegando a la interposición de plazos para garantizar las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación en las relaciones con las administraciones públicas, los bienes y servicios a disposición del público; acceso y utilización de medios de transporte; espacios públicos urbanizados y edificaciones y un largo etcetera. El que muchos de los compromisos de esta ley se dilataran más de lo debido en el tiempo (como sucedió con el derecho a la accesibilidad universal), quizá no impidió, pero si dificultó que se hicieran efectivos los derechos declarados en la LIONDAU.

En definitiva, la LIONDAU, aún cambiando algunas cosas, no produjo, en la realidad, cambios notables. Formalmente es una superación del modelo médico. A diferencia de la LISMI no se observa ese marcado carácter prestacional, y su actuación está principalmente dirigida a remover los obstáculos del entorno social. A pesar de ello, la LISMI tuvo un alcance mayor, en tanto en cuanto su aplicación se tradujo en más derechos y prestaciones para las personas con discapacidad. Mientras tanto, en la LIONDAU buena parte de su articulado quedó pendiente de un ulterior desarrollo, que dejó a la ley con un contenido vago que dificultó esa correspondencia que se dio en la LISMI con unas políticas que revirtiesen en cambios reales⁶². A esto también se añadió el que no se hallaban dentro de la ley el régimen sancionador y los controles administrativos que velaran por su cumplimiento lo que redujo su eficacia, pues hasta varios años después no comenzaron a aparecer las regulaciones específicas.

El texto actualmente en vigor en materia de discapacidad es el **Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social**. Se considera el texto que adaptó el modelo biopsicosocial de la tan influyente Convención de la ONU al marco normativo español. De hecho el artículo 10.2 CE reconoce que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. El tenor del artículo implicaba que la ratificación por España de la Convención de las ONU, la convertía en una

⁶²CERMI (2017), El acceso a la condición de ciudadanía de las personas con discapacidad en España . op.cit. pp. 127.

norma de referencia en el marco jurídico español⁶³. El Decreto es fruto de la refundición de las dos leyes anteriormente vistas, LISMI y LIONDAU, así como de la Ley 49/2007, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y de la Ley 26/2011, de adaptación normativa la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Sus aspectos más novedosos, es la modificación en el lenguaje y su carácter integral. Esto último, se observa en que concibe la desigualdad social por razón de discapacidad como un fenómeno de carácter estructural. Por ello “es necesario que el marco normativo y las acciones públicas en materia de discapacidad intervengan en la organización social y en sus expresiones materiales o relacionales que con sus estructuras y actuaciones segregadoras postergan o apartan a las personas con discapacidad de la vida social ordinaria, todo ello con el objetivo último de que éstas puedan ser partícipes, como sujetos activos titulares de derechos, de una vida en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos”

El objeto de la ley, descrito en su artículo uno, es “garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España”. Por tanto, además de los artículos constitucionales ya analizados en la LIONDAU, también aparece la Convención. A mayores, es objeto de la ley “establecer el régimen de infracciones y sanciones que garantizan las condiciones básicas en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”.

La definición que da de la discapacidad es muy similar a la de la Convención de NN UU. En su art.2 dice que la discapacidad es “una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten

⁶³Tercer plan de acción para las personas con discapacidad. 2012-2015. pp. 28

o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. La evolución que se observa frente a la LISMI es considerable, a tenor de la relevancia que se le concede ahora al factor social en la discapacidad. Y en cuanto a la definición de discapacidad del artículo 1.2 de la LIONDAU, los cambios que se observan son pequeños, como por ejemplo que se sustituye la expresión deficiencias “a largo plazo” por “previsiblemente permanentes”. A pesar de este empuje de una visión social de la discapacidad, los titulares de derechos en la ley sólo serán aquellos que tengan reconocida una discapacidad del 33 por ciento o los que tengan una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez. En esta definición se observa como se intenta conjugar el nuevo criterio biopsicosocial, introduciendo rasgos relacionados con el contexto de las personas, con un criterio, el del 33 por ciento, que es mucho más rígido y restrictivo, y que viene heredado del modelo médico. Estas divergencias, son consecuencia de que el Real Decreto sea un texto refundido de leyes promulgadas en momentos diferentes⁶⁴. Ahora bien, las garantías frente a la discriminación deben entenderse aplicables a todas las personas con discapacidad con independencia del reconocimiento oficial de su situación⁶⁵.

En las sentencias judiciales españolas no es habitual encontrar desarrollos conceptuales muy elaborados desde una perspectiva teórica, limitándose a los conceptos establecidos en las normas legales o reglamentarias. No obstante, un campo en el que se ha desarrollado una interpretación es en las normas que determinan el grado de “minusvalía”. Para su reconocimiento, declaración y calificación se atiende tanto a factores individuales (disminución física, psíquica o sensorial) como sociales (edad, entorno familiar, situación laboral). También, y por influencia de la jurisprudencia del TJUE, los tribunales españoles empiezan a considerar la enfermedad conforme a la nueva doctrina del tribunal europeo, tal como se ve en sentencia del TSJ de Galicia 11-02-14 (AS1050) en la que una enfermedad es declarada causa de segregación y el despido es considerado nulo⁶⁶.

Volviendo al RD 1/2013, en el artículo segundo se define el término “igualdad de oportunidades”, en consonancia con la definición de la LIONDAU y de la Directiva 2000/78/CE; la discriminación directa e indirecta. Pero también, se añaden términos nuevos como discriminación por asociación (“una persona o grupo en que se integra es objeto de un

⁶⁴De Asis Roig, R. (2013). “Unas primeras reflexiones sobre la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad”. *Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, Nº.12.

⁶⁵Argüelles Blanco, A.R. (2017). op. Cit. 144.

⁶⁶Argüelles Blanco, A.R. (2017). op. Cit. 142.

trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad) o “inclusión social”. Sucede algo similar en los principios enumerados en el art.3. Se repiten algunos de la LIONDAU (normalización, vida independiente, accesibilidad universal, diálogo civil...) y se añaden algunas nuevas como la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad o el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas. De cualquier forma, en estos apartados no existen grandes diferencias con la LIONDAU pues, como se dijo, formalmente esta ya se podía considerar inserta en el modelo social. Para hacer efectivos estos principios, especialmente el derecho a la igualdad, el art.7 dispone que “las administraciones públicas promoverán las medidas necesarias para que el ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos de las personas con discapacidad sea real y efectivo en todos los ámbitos de la vida”. Y aunque este derecho a la igualdad es general, se especifican en el art.7.3 algunos ámbitos donde este derecho debe hacerse valer con mayor intensidad: igualdad entre mujeres y hombres, salud, empleo, protección social, educación, tutela judicial efectiva, movilidad, comunicación, información y acceso a la cultura, al deporte, al ocio así como de participación en los asuntos públicos.

En las secciones siguientes se abordan diferentes materias. En lo que se refiere a las prestaciones, se mantienen las prestaciones de ingresos mínimos y por ayuda de tercera persona para aquellas personas que percibían la prestación anteriormente. En el resto de prestaciones existen algunos cambios, como que la rehabilitación médico funcional no aparece, pero se mantiene la idea de que son prestaciones que se conceden en casos de personas con discapacidad que al no tener actividad laboral, no están incluidas en el sistema de seguridad social. La calificación de una discapacidad en una persona, recae en los equipos multiprofesionales (art.12). En sus dictámenes, deben valorar la deficiencia física, pero también “las limitaciones para realizar actividades y las barreras en la participación social, recogiendo las capacidades y habilidades para las que la persona necesita apoyos” (art.12.3).

El art.13 regula la atención integral. Trata de superar la lógica rehabilitadora que tenía en la LISMI y se define la atención integral como “los procesos o cualquier otra medida de intervención dirigidos a que las personas con discapacidad adquieran su máximo nivel de desarrollo y autonomía personal, y a lograr y mantener su máxima independencia, capacidad física, mental y social, y su inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida, así como la obtención de un empleo adecuado”. Mirando detenidamente los programas de los que

habla el artículo, se puede ver que la diferencia con la LISMI, es más de semántico que práctico, pues comparado con el art.13 de la LISMI no existen tampoco grandes diferencias.. Se enuncian en el art.13.2 como programas de atención integral: a) Rehabilitación o rehabilitación médico-funcional. b) Atención, tratamiento y orientación psicológica. c) Educación. d) Apoyo para la actividad profesional.

En el capítulo del derecho a la vida independiente, se encuentra una ampliación y actualización de los preceptos de la LIONDAU. Se divide el capítulo en dos secciones. La primera de condiciones generales de accesibilidad y no discriminación; la segunda sobre medidas de acción positiva para facilitar la accesibilidad. Del derecho que se consagra en el art.22 a las personas con discapacidad a “vivir de forma independiente y a participar plenamente en todos los aspectos de la vida”, se derivan ciertas consecuencias. Y es que, los poderes públicos tienen que adoptar las medidas pertinentes para asegurar la accesibilidad universal, en igualdad de condiciones con las demás personas, en los entornos (tecnologías y edificios, especialmente en este último caso las barreras arquitectónicas), procesos, bienes, productos y servicios, el transporte, la información y las comunicaciones. Para facilitar que se lleven a la práctica es en la sección segunda aparecen algunas medidas de acción positiva. Se pueden nombrar a modo de ejemplo medidas para facilitar el estacionamiento de vehículos(art.30),subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte (art.31) o la reserva de viviendas para personas con discapacidad y condiciones de accesibilidad (art.32).

Por último, en el título III aparece el régimen infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. En el mismo, se consideran infracciones administrativas "las acciones u omisiones que ocasionen vulneraciones del derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal (...), cuando se produzcan discriminaciones directas o indirectas, acosos, incumplimiento de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas, especialmente cuando se deriven beneficios económicos para la persona infractora”. A los que lleven acabo este comportamiento se les considerará responsables de una infracción administrativa ya sean personas físicas o jurídicas, con multas que pueden ir de un mínimo de 301 euros hasta un máximo de 1.000.000 de euros.

La regulación del empleo aparece en el capítulo VI de la ley. En principio, el RD 1/2013 parece

mantener la misma estructura de la LISMI. Se mantiene la distinción entre dos modalidades de inserción laboral: el empleo ordinario, el empleo protegido, a la que se añade el empleo autónomo y empleo público. No obstante, un análisis más detallado permite observar una diferencia entre ambos regímenes jurídicos, y es que desaparece la finalidad del empleo protegido como un medio para la integración en el empleo ordinario. Se suprime el principio de preferencia de integración de trabajadores con discapacidad en el sistema ordinario de trabajo. Esto puede ser criticado en tanto en cuanto la “normalización” laboral pasa por incorporar a las personas con discapacidad a las mismas empresas que las personas sin discapacidad, y parece que la ley vaya en este punto se contradiga a sí misma, cuando en artículo 2.i) dice que “las personas con discapacidad deben poder llevar una vida en igualdad de condiciones, accediendo a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que están a disposición de cualquier otra persona”.

Una de las principales medidas de acción positiva que contempla la ley es la cuota reserva del 2% de puestos de a trabajadores con discapacidad, 7% en el caso de empleo público. El art.42 del RD 1/2013, establece la medida para aquellas empresas con más de 50 trabajadores. Por desgracia, el alcance que puede tener la cuota de reserva se ve limitado por la posibilidad de que las empresas puedan quedar exentas. Y aunque la norma mencione que ello será de “manera excepcional”, en realidad son varias las vías de escape abiertas. Una, mediante la consecución de un pacto entre organizaciones empresariales y sindicatos, otra por decisión unilateral del empresario debidamente comunicada a la autoridad laboral. En ambos supuestos, deberá aplicarse las medidas alternativas reglamentariamente previstas⁶⁷.

Se puede decir a modo de conclusión, que una dificultad importante a la que se ha enfrentado la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad, es el de armonizar la LISMI y la LIONDAU. Rehundir ambos textos no es sencillo, pues mantiene perspectivas diferentes sobre la discapacidad. La primera, auspiciada bajo un modelo médico-rehabilitador; la segunda, más cercana ya al modelo social. Además, la LISMI regulaba, esencialmente, recursos y prestaciones sociales, mientras que LIONDAU, se ocupaba de principios generales y mecanismos contra la discriminación. El resultado, es que Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad adapta preceptos de la LISMI con más o menos éxito a la realidad posterior a la Convención de la ONU. Mientras que en otros casos, persisten ciertas

⁶⁷Argüelles Blanco, A.R. (2017). op. Cit. 153.

contradicciones entre preceptos según la norma que les dio origen⁶⁸.

4. La adaptación del puesto de trabajo

4.1. El origen de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad

La consagración de los derechos al pleno ejercicio del trabajo y a la libre elección de profesión y oficio (art.35 CE) por parte de las personas con discapacidad, y el derecho a la igualdad y no discriminación (art.14 CE), impelen a que, en la sociedad, los entornos laborales sean inclusivos con las diferencias humanas. Estas necesidades, llevan a garantizar la accesibilidad universal y la autonomía de quien tiene una discapacidad y desempeña un puesto de trabajo y, así, eliminar las barreras que provocan la discapacidad de las personas⁶⁹. La plasmación más evidente del principio de accesibilidad universal es la remoción de barreras arquitectónicas en edificios, adaptación de equipos e instrumentos, servicios auxiliares para la comunicación, así como la garantía de acceso a vías públicas, transporte, información, telecomunicaciones y, por supuesto, a los entornos de trabajo. Siendo la situación ideal evitar las adaptaciones particulares, hay casos en los cuales las medidas de accesibilidad universal no son suficientes para garantizar el pleno disfrute en el ejercicio de sus derechos. Será en esos casos, en los que se haga necesaria la realización de los “ajustes razonables”⁷⁰.

Los ajustes razonables forman parte del marco general que configura el sistema de de los derechos de las personas con discapacidad. Para dar una idea general, podemos partir de la definición que da el artículo 2 de la Convención sobre ajustes razonables. Esta los define como “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”. Dos rasgos se pueden extraer de la definición. Uno, que existe un riesgo de perjuicio discriminatorio en caso de que no se adopten los ajustes, el otro que haya una proporcionalidad entre el coste y la función de los ajustes. Lo problemático de los ajustes razonables, surge a partir de situaciones, que hacen frontera entre

⁶⁸CERMI (2017). op.cit. pp. 158.

⁶⁹Argüelles Blanco, A.R. (2017). op. Cit. 158.

⁷⁰Argüelles Blanco, A.R. (2017). op. Cit. 161

la razonabilidad de los ajustes y lo que supone una carga desproporcionada⁷¹.

Los obligación de realizar ajustes razonables es una institución que ha surgido en diferentes ordenamientos jurídicos, con el fin de garantizar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en sus puestos de trabajo. En el ordenamiento jurídico europeo, se ha podido notar su influencia a partir de la aprobación de la Directiva 2000/78/CE, que todos los estados miembros tenían la obligación de transponer a sus respectivos ordenamientos. Se pueden diferenciar dos periodos, siendo el año 2010, momento en el que la Unión aprobó la Convención de la ONU mediante la Decisión 2010/48, el punto de inflexión entre ambos⁷².

No obstante, la obligación de ajustes razonables, no es un mecanismo exclusivamente europeo. Los países pioneros en este tipo de legislación han sido los Estado Unidos de América y Canadá en los años 70 y 80 del siglo XX. De hecho, ambos fueron referencias cuando se estableció la obligación a nivel europeo. En el caso estadounidense, la obligación de ajustes razonables se introdujo con la aprobación de la *Equal Employment Opportunity Act* de 1972. Ésta norma supuso un hito en la lucha contra la discriminación. Aunque circunscribía su ámbito al de la libertad religiosa, significó la creación de una obligación para el empresario de las condiciones de trabajo que impidiesen el ejercicio efectivo de la libertad religiosa. La norma que introduce los ajustes razonables en materia de discapacidad fue la *Rehabilitation Comprehensive Services, and Developmental Disabilities Amendments of 1978*, por la cual, los tribunales, en el marco de ciertas demandas, debían considerar la razonabilidad del coste de modificación de un puesto de trabajo y sus posibles alternativas⁷³. Más tarde, la *American with disabilities act* de 1990 (ADA) se convirtió en la primera norma en introducir la obligación de ajustes razonables en el ámbito de la discapacidad. En una lista no cerrada de ajustes razonables menciona el que las instalaciones que usen los empleados sean fácilmente accesibles por personas con discapacidad, modificación o adquisición de equipos, la reestructuración del trabajo o de los horarios o la reasignación a un puesto vacante⁷⁴.

⁷¹De Asis Roig, R. (2016). “El eje de la accesibilidad y sus límites”. *Anales de derecho y discapacidad*, Nº1, pp.51-67.

⁷²Benavente Torres, M^a .I . (2019). “Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales ”. En Molina Navarrete, C. (coord.), *Los nuevos motivos de discriminación y su incidencia en el ordenamiento español*. Jaén: *Junta de Andalucía, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*, pp. 99-130.

⁷³Gutiérrez Colominas, D. (2018). “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”. Tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona.

⁷⁴González Martínez, J.A. (2022). “Los ajustes razonables como medida de integración laboral de las personas

Canadá ha sido un país referente en la implementación de la obligación de ajustes razonables. En este caso, la institución ha sido objeto de regulación legal por parte del legislador pero, primordialmente, la obligación ha sido configurada por la jurisprudencia canadiense, que le otorgó más flexibilidad y efectividad, así como un alcance mayor. El primer pronunciamiento de un tribunal, en cuestión de ajustes razonables en Canadá, fue la Sentencia del Tribunal Supremo, *Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears*, de 1985. De nuevo, el pleito gira en torno a los ajustes razonables pero por motivos religiosos, debido a la imposibilidad de una trabajadora de prestar sus servicios en una franja horaria por este motivo. La sentencia concluye que se discriminó a la trabajadora, por la inactividad de la empleadora respecto a la realización de cambios en los turnos, dando lugar a una discriminación indirecta. La recepción de esta nueva doctrina del tribunal no fue unánime, y algunos autores no estaba convencidos de la efectividad de la nueva medida⁷⁵. Tras esta, la sentencia de mayor relevancia fue la Tribunal Supremo en *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU, de 1999*. Un pronunciamiento con gran nivel de detalle cuya principal aportación fue el establecimiento de un triple “test” para valorar si se han aplicado correctamente los parámetros de los ajustes razonables o si por el contrario, nos encontramos ante un comportamiento discriminatorio.

Uno de los instrumentos referencia en la lucha contra la discriminación ha sido la Directiva 2000/78/CE. En la directiva, una de las innovaciones que mayor impacto tuvo fue la introducción de la obligación de realizar ajustes razonables. No obstante, la adaptación del puesto de trabajo no surge con la Directiva 2000/78. En el ámbito internacional la OIT adoptó numerosos convenios en los aparecía la adaptación del puesto de trabajo. Y el legislador europeo ya había mostrado atención por a la adaptación del puesto de trabajo, siendo la referencia más inmediata el artículo 6.2.d de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Sin embargo, hay que hacer notar una distinción entre estos instrumentos y la directiva 2000/78. Y es que esta última, tiene una indudable influencia americana en la conceptualización de los ajustes razonables⁷⁶ y, además (o precisamente por ello) la Directiva 2000/78 amplía la protección de las personas con discapacidad centrándose

con discapacidad”. *Revista de derecho*, Vol. 3, pp. 187- 213.

⁷⁵Day, S.; Brodsky, G. (1996). “The legal duty to accommodate: Who benefits?”. *Canadian bar review*, vol.75, pp. 433- 473

⁷⁶Gutiérrez Colominas, D. (2018). op. Cit. 150

en la tutela antidiscriminatoria, mientras que aquella directiva estaba enfocada en la tutela preventiva. Esto, lejos de suponer una diferencia menor, tiene su relevancia., pues, en la práctica, la tutela antidiscriminatoria puede tener efectos similares a los de la tutela en materia de seguridad e igualdad. A pesar de que puedan interactuar entre ellas, pertenecen a ámbitos de protección claramente diferenciados, autónomos entre sí, fruto de la voluntad del legislador. Seguramente, la diferencia más notable en la práctica es que en la adaptación del puesto de trabajo en las actuaciones preventivas, no se tiene en cuenta el coste económico ni lo razonable de la adaptación.

La Directiva 2000/78 define los ajustes razonables en su art.5 como “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. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades” No obstante, el empresario queda eximido de esta obligación en aquellos supuestos en los que la adopción de las medidas suponga una carga excesiva. Y, aclara, que la carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades. Es por tanto, una solución individual que, inspirada por el principio de igualdad de oportunidades, persigue remover los obstáculos que las personas con discapacidad se encuentran en el entorno de trabajo y, así, garantizar su participación plena y efectiva en el mismo. También se puede decir que la redacción del artículo no es demasiado específica. La justificación de ello hay que verlo en que la norma es un estándar mínimo, que luego los países miembros transponen a sus respectivos ordenamientos jurídicos. Y de ahí, que sea necesaria una cierta flexibilidad.

En cuanto a el ámbito de aplicación de los ajustes razonables, parecería que se debe atener a lo dispuesto en el artículo 5. No obstante, en el artículo 3 de la Directiva se amplía el ámbito de aplicación, pues se alude por ejemplo a la actividad por cuenta propia y ejercicio profesional, referencias al sector público y privado criterios de selección y condiciones de contratación. Por ello, parece que el ámbito de aplicación de los ajustes razonables no puede interpretarse exclusivamente mediante el art.5, sino que existe una relación de complementariedad con el

art.3, a la luz del cual debe ser interpretado el ámbito de aplicación de los ajustes razonables⁷⁷.

La limitación a la obligación de realizar ajustes razonables recae en la ponderación de lo que se considere o no carga excesiva. Es decir, al empresario sólo le es obligado realizar los ajustes que sean razonables. Esto ha resultado ser un asunto problemático pues no se encuentra en la Directiva 2000/78 una definición de lo que significa razonable. Lo único que se indica es que este carácter de “razonable” desaparece cuando los ajustes suponen una “carga excesiva” para el empleador⁷⁸. El considerando 21 de la exposición de motivos de la Directiva da unas orientaciones sobre lo que se considera o no “carga excesiva”: “Para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deberían tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que éstas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda”. La necesidad de limitar el efecto de los ajustes razonables, derivó de los dictámenes del Comité de las Regiones y del Comité Económico y Social⁷⁹ que advirtieron de la importancia de ofrecer un marco jurídico que pudiese atenuar el impacto económico de la medida, so riesgo de un incumplimiento generalizado especialmente, en pequeñas y medianas empresas que normalmente tienen menos recursos para hacer frente a la adaptación del puesto de trabajo. Por lo demás, la Directiva 2000/78 no da mucha información sobre como la configuración y valoración de la carga excesiva.

4.2 Jurisprudencia del TJUE hasta *HK Danmark*

Tanto el derecho primario como el derivado han dejado muchas cuestiones en el aire en lo que respecta a la protección de las personas con discapacidad. Que es una persona con discapacidad, la definición de ajustes razonables o que debe interpretarse por “carga desproporcionada”, no han sido abordados directamente por las normas europeas. Unas y otras disposiciones dan por supuesto el concepto de persona con discapacidad. Y no existiendo una definición común, los criterios que determinan la discapacidad, si bien tienen rasgos comunes, variarán entre los estados miembros. La situación provocaría dificultades para, por ejemplo, el reconocimiento mutuo de las decisiones nacionales en materia de discapacidad⁸⁰. Por ello, el papel del TJUE merece especial atención. Si bien durante unos cuantos años el tribunal no conoció de asuntos

⁷⁷Gutiérrez Colominas, D. (2018). op. Cit. 154.

⁷⁸Carrasquero Cepeda, M. (2018). “Los ajustes razonables para personas con discapacidad en la Unión Europea”. *Revista de estudios europeos*, N°71, pp. 38-47.

⁷⁹DO C 204 de 18.7.2000, pp. 82; DO C 226 de 8.8.2000, pp.1.

⁸⁰Argüelles Blanco, A.R. (2017). op. Cit. 124.

relacionados con las personas con discapacidad, a partir de la Directiva 2000/78, comenzaron a aparecer sentencias en las que se abordaba la discriminación hacia las personas con discapacidad. Y con el paso del tiempo, la importancia de este tipo de cuestiones ha ido en aumento.

El asunto *Chacón Navas*⁸¹ debe su importancia a que fue uno de los pronunciamientos que empezó a sentar doctrina sobre el concepto de discapacidad. En cuanto a los ajustes razonables su tratamiento es puramente colateral. Pues bien, en la Directiva 2000/78 no se definía el término discapacidad, ni tampoco se procedía a encargarse el cometido a los estados miembros⁸². El asunto responde a una cuestión prejudicial planteada en el juzgado de lo social de España, acerca de si la enfermedad podía considerarse incluida en la discriminación por discapacidad. La trabajadora Chacón Navas es despedida cuando estaba de baja por una incapacidad temporal debido a una enfermedad común. La empresa la despide sin motivo alguno por lo que el despido es considerado improcedente. Pero la trabajadora solicita la nulidad del despido basándose en la relación entre enfermedad y discapacidad, y no la simple improcedencia. El juzgado de lo social de Madrid plantea dos preguntas al TJUE para si, a efectos de la directiva, los trabajadores enfermos pueden ser considerados personas con discapacidad. Por tanto, la problemática aquí presente recaía sobre si se podía considerar la enfermedad como una situación asimilable a la discapacidad y, por tanto, susceptible de ser protegida por la normativa antidiscriminación aunque explícitamente no apareciera este colectivo en el ámbito de aplicación.

El tribunal reconoce que, como se ha dicho, en la Directiva 2000/78 no aparece definición alguna del término discapacidad. Ello hizo necesaria la interpretación “autónoma y uniforme” del TJUE para todos los estados miembros. A partir de esto, el tribunal define el concepto de discapacidad como una “limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”. El hecho de que la directiva eligiera el término discapacidad y no el de enfermedad, excluye la equiparación pura y simple de ambos conceptos. En este punto el tribunal halla un argumento a favor de su postura en el deber de adaptación del puesto de trabajo. En el considerando decimosexto de la Directiva 2000/78 establece que “la adopción de medidas de adaptación a las

⁸¹Asunto C-13/05, 11-7-2006

⁸²Martínez-Gijón Machuca, M.A. (2017). “La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador”. *Editorial Bomarzo*. pp.23-24.

necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad”. La importancia que dedica el legislador comunitario a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo demuestra, según parecer del tribunal, que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizado durante un largo período. Por lo tanto, para que una situación concreta pueda subsumirse en el concepto de discapacidad, se requiere “la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración”. Esto lleva a suponer al tribunal que nada en la Directiva hace que los trabajadores que sufren una enfermedad sin mayores aditamentos, no pueden ampararse en la misma.

Más tarde, añade algo más sobre los ajustes razonables, al interpretar el término “razonables”. Por tal expresión el tribunal entiende que los empresarios “han de tomar 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, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”. Y añade por último algo en materia de despido por motivos de discapacidad, al decir que no se justifica este tipo de despido si no es por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, teniendo en cuenta ya la obligación de realizar los ajustes razonables.

La definición de discapacidad del TJUE ha sido criticada por algunos autores debido a su cercanía al modelo médico, sin reparar en factores de tintes más sociales o del entorno en el que desarrolla la actividad social o laboral de la persona afectada⁸³. Llamaba especialmente la atención esta postura del TJUE si tenemos en cuenta los esfuerzos de las instituciones europeas por implementar el modelo social de discapacidad desde hacía una década. Se produce por tanto una incoherencia entre el punto de vista del TJUE en el asunto *Chacón Navas*, y los puntos de vista del Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo. No obstante, aunque una interpretación literal del asunto parezca apuntar a que la discapacidad es un problema individual y no a la relación de la sociedad con las deficiencias físicas de la persona, si se puede decir que la sentencia opta por un mínimo común denominador con el modelo médico, sin que este mínimo sea el resultado final de la labor interpretativa del tribunal, lo que deja la puerta abierta a que la

⁸³Cabeza Pereiro, J. (2013). “La discriminación por discapacidad en el caso *Chacón Navas*”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social; Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, N°102, pp. 299-318.

enfermedad pudiera llegar a considerarse “discapacidad”, dado que no se establece un rango temporal concreto a partir del cual estamos hablando de una situación de discapacidad⁸⁴.

Otro problema que no se termina de abordar en la sentencia, es el que deriva de las limitaciones funcionales duraderas que pueden asimilarse a la discapacidad. En efecto, el tribunal pretende diferenciar las enfermedades temporales y las discapacidades de carácter permanente que constituyen la parte nuclear de la protección. Esta dualidad, en principio, no debería suponer grandes problemas a los estados miembros, que podrían cumplir los estándares de la Directiva con facilidad. La cuestión se vuelve más compleja si se desciende al detalle de los casos porque el tribunal no se manifestó sobre enfermedades de larga duración que conllevan limitaciones funcionales. En muchos casos, es evidente las intersecciones entre estas enfermedades y la discapacidad, sobre las cuales el tribunal no pudo más que dar unas reglas muy generales.

En el **asunto *Coleman*** examinó si la Directiva 2000/78 era susceptible de ser aplicada en casos de discriminación por asociación. La respuesta que se dio a ello fue, en general, muy favorable a los intereses de la señora *Coleman*, pero como este apartado está dedicado a los ajustes razonables y no a la discriminación por asociación, no se analizará el asunto en profundidad. No obstante, si es necesario mencionar un punto de la sentencia que se refiere a los ajustes razonables. En el considerando 39, a efectos de aclarar que la obligación de realizar ajustes razonables sólo es para las personas con discapacidad, excluye esta obligación de la regla general de discriminación por asociación. Curiosamente la sentencia se refiere a los ajustes razonables como “medidas de discriminación positiva”, concepto este que no encaja con el plasmado en la Directiva 2000/78 que concibe los ajustes en su artículo 5 como una obligación para los estados miembros y no como una posibilidad⁸⁵.

4.3. Periodo posterior a la entrada en vigor de la Decisión del Consejo 2010/48/ CE

Tras la entrada en vigor de la Decisión del Consejo 2010/48/CE, todas las disposiciones de la Convención de la ONU pasaron a formar parte del cuerpo normativo de la UE, con el consiguiente refuerzo de una noción social de la discapacidad. Además, la primacía de los acuerdos internacionales sobre el derecho derivado, conlleva, en la medida de lo posible, una interpretación de este de conformidad con dichos acuerdos (Sentencia de 22 de noviembre de 2012, Digitalnet y otros, considerando 39). Esto significaba que el concepto legal de

⁸⁴Cabeza Pereiro, J. (2013). op. Cit. 304.

⁸⁵Gutiérrez Colominas, D. (2018). op. Cit. 192.

“discapacidad” debía ser interpretado a la luz de la Convención. Tampoco implica, como se señaló en la STJUE de 18 de marzo de 2014, Z, C-363/12, que las disposiciones de la Convención tengan un efecto directo sobre las partes firmantes, sino que su valor se haya en el campo de lo programático. En definitiva, lo relevante de la cuestión, recae en como el nuevo enfoque social asentado en el marco internacional, trajo una ampliación de la noción de discapacidad gracias a la interpretación que el TJUE realizó de las disposiciones de la Directiva 2000/78.

El asunto *HK Danmark*⁸⁶, es uno de los pronunciamientos más importantes en materia de discapacidad. Por un lado, porque fue el primero en dictarse tras la Convención, lo que ampliará el concepto de discapacidad⁸⁷. Por otro, porque es de los pocos asuntos que se ocupan de los ajustes razonables de manera, no accesoria, sino principal. El supuesto de hecho es el siguiente. Dos trabajadoras de diferentes empresas habían sido despedidas por cuestiones de salud pues tenían enfermedades que se habían alargado en el tiempo (Una trabajadora por problemas lumbares, la otra por un latigazo cervical). Ambas trabajadoras sostuvieron ante los juzgados nacionales que su estado de salud les impedía llevar a cabo ciertas tareas, y que por tanto, se les debía considerar personas con discapacidad y su despido discriminatorio. Además, añadían que sus empleadores tenían que haberles propuesto una reducción del tiempo de trabajo, en virtud de la obligación de realizar ajustes prevista en el artículo 5 de la Directiva 2000/78. Los empresarios cuestionaron que el estado de salud de las trabajadoras estuviese comprendido bajo el concepto “discapacidad”, ya que la única incapacidad que les afecta es la de prestar servicios a tiempo completo. A esto se le suma, la consideración de que la reducción de tiempo de trabajo no es una de las medidas a las que se refiere el artículo 5 de esta Directiva, de lo que se deduce que no existe obligación de realizar ajustes razonables.

El tribunal comienza recordando la entrada en vigor de la Convención de la ONU sobre discapacidad y la inevitable conexión entre los preceptos relativos a la discapacidad y los de la Convención, fruto de la primacía de los acuerdos internacionales celebrados por la Unión sobre las disposiciones de Derecho derivado que impone interpretar éstas, en la medida de lo posible, de conformidad con dichos acuerdos. En el mismo sentido, señala que la Directiva 2000/78 debe interpretarse, en la medida de lo posible, de conformidad con dicha Convención⁸⁸.

⁸⁶Asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, 11/04/2013

⁸⁷Carrasquero Cepeda, M (2018). op.cit. pp. 42.

⁸⁸Laso Pérez, J. (2013). “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de abril de 2013, asuntos C-335/11 y C-337/11, HK Danmark” *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1. pp. 227-293

La consecuencia de esta cuestión es la adopción del modelo social de discapacidad, cosa que se aprecia en la definición que da el tribunal de “discapacidad” como una [...] “una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”, y añade en el considerando 39 que las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales deben ser «a largo plazo». La reformulación de la definición de “discapacidad” asume el espíritu de la Convención. Principalmente son dos las modificaciones que se llevan a cabo respecto a la definición de *Chacón Navas*. La primera deriva del nuevo enfoque social que adopta el TJUE cuando alude a la interacción de las limitaciones con con “diversas barreras”, lo que responsabiliza a la sociedad y no al individuo. El segundo cambio, se debe a que la discapacidad ya no es una circunstancia que imposibilita la vida laboral sino un obstáculo para el ejercicio de la misma⁸⁹. En el considerando 44 el tribunal afirma que el estado de salud de una persona discapacitada que puede trabajar, aunque sólo sea a tiempo parcial, puede, por tanto, entrar dentro del concepto de “discapacidad”.

La conclusión de las anteriores reflexiones del tribunal, es que en la sentencia, se rebaja la distancia que había abierto en el asunto *Chacón Navas* entre enfermedad y “discapacidad”. Expande así el concepto de discapacidad volviéndolo más complejo y ambiental, por que la identificación de factores de riesgo segregacionista en la vida profesional dependerán del contexto social en el que se mueva y no de las condiciones médicas de la persona⁹⁰. Precisa que es irrelevante el origen de la discapacidad en orden a su determinación y sería un error confundir el origen de la discapacidad con la propia situación protegida pues esta interpretación sería totalmente contraria al objetivo de la Directiva. Continúa diciendo el tribunal que una “enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78”. Así que aunque el TJUE no añada explícitamente la enfermedad como una nueva

⁸⁹Bascón Marín, J. op. Cit. pp. 155.

⁹⁰Molina Navarrete, C. (2015). “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: Una interpretación correctora a la luz del “caso Ring”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº130, pp. 135-160.

causa de discriminación de las de la Directiva 2000/78, si permite su asimilación con la discapacidad, siempre que cumpla los requisitos anteriormente expuestos. Ciertamente, la enfermedad actúa muchas veces como antesala de la ulterior discapacidad⁹¹.

La sentencia también contiene menciones especialmente interesantes en lo que se refiere a los ajustes razonables. La primera de ellas se halla en el considerando 45, en el que se aclara que la constatación de la existencia de una discapacidad no depende de la naturaleza de los ajustes de la utilización de un equipamiento especial, pues tal cosa excluiría de la definición a dolencias física y mentales. Con esta afirmación el tribunal pretende señalar que “la determinación de una discapacidad es una actuación previa a la necesidad de realizar ajustes razonables”. Por tanto, la determinación de la existencia de una discapacidad no debe tener en cuenta que los ajustes razonables no hayan sido o no adoptados en el puesto de trabajo⁹², pues “[...] son la consecuencia y no el elemento constitutivo del concepto de discapacidad”.

En lo que refiere a la “obligación” de reducir el tiempo de trabajo como una forma de ajustes razonables del artículo 5 de la Directiva 2000/78, el tribunal responde positivamente. El sentido de la respuesta no es cosa menor pues la reducción del tiempo de trabajo no aparece explícitamente en el considerando 20 de la Directiva. (que cita una serie de ejemplos), ni en ningún otro lugar de la norma. La solución del tribunal es incluir la reducción del tiempo de trabajo en lo que llama “pautas [de tiempo] de trabajo”, que si aparecen en el mencionado considerando 20, y que considera una medida organizativa. La razón de fondo que motiva la decisión es que, para el tribunal, la voluntad del legislador no pretendía limitar el concepto “pautas de [tiempo de] trabajo” a la cadencia o el ritmo con el que se efectúa el trabajo y excluir los ajustes de horarios. Asimismo, aunque la reducción del tiempo de trabajo no estuviera en el concepto “pautas de [tiempo de] trabajo”, hay que señalar que la enumeración del vigésimo considerando no es exhaustiva, y bien podría considerarse una medida de ajustes contemplada en el artículo 5 de la Directiva. Además, esta interpretación de los preceptos de la Directiva, estaría en consonancia con el art. 2.4 de la Convención de la ONU, cuyo objetivo es fomentar el empleo entre las personas con discapacidad.

Por todo lo expuesto vemos como el TJUE instaura con la sentencia *HK Danmark* una noción más flexible, dinámica y social del concepto de “discapacidad”. El hecho de que el enfoque este

⁹¹Argüelles Blanco, A.R. (2017). op. Cit. 133.

⁹²Gutiérrez Colominas, D. (2018). op. Cit. 197.

más orientado hacia lo social y menos en el estado médico de las personas, consigue que se pueda evitar una falsa objetividad del concepto de “discapacidad”. Es decir, no se puede determinar científicamente que es o no una “discapacidad”, porque es algo que cambia con la sociedad. Y es la sociedad la que considera a alguien “discapacitado”, y en casos como el HK Danmark, se puede ver ejemplo de un supuesto que *a priori* no encajaría en el concepto de persona con discapacidad pero que puede llegar a equipararse a ello porque impide la participación plena y efectiva de la persona en la sociedad. Por otro lado, la sentencia dejó abiertos dos frentes: La primera cuestión era el encaje de la limitación de la capacidad profesional en países que utilizan sistemas de porcentajes. La segunda, determinar que significado tiene la expresión largo plazo, cosa que fue discutida en el asunto *Daouidi*.

Otro asunto que evidencia la amplia casuística de situaciones que pueden tener la protección de la Directiva 2000/78, se encuentra en la STJUE de 18 de diciembre de 2014, **FOA, C-354/13**. Si el tribunal había excluido la equiparación simple entre enfermedad y discapacidad, a no ser que aquella cumpliera ciertas condiciones, algo similar ha ocurrido con la obesidad, donde se han tenido que depurar las circunstancias donde esta última pudiera provocar una discriminación por discapacidad⁹³. En el caso, el Sr. Kaltoft había trabajado como cuidador infantil para una empresa durante quince años, manteniéndose durante todo ese tiempo obeso y siendo finalmente despedido por la empresa. La cuestión prejudicial que se le planteó al TJUE es si la obesidad es una causa de discriminación protegida en el Derecho de la Unión, y más concretamente, si esta puede considerarse como una discapacidad y que criterios son los determinantes para conceder la protección antidiscriminatoria. La cuestión era pionera en el derecho comunitario, aunque en los ordenamientos jurídicos de Canadá y EEUU el asunto no era nuevo⁹⁴, y se acaba ofreciendo una solución favorable a las situaciones de discriminación no previstas explícitamente. El derecho de la Unión no consagra como principio general la no discriminación por razón de obesidad en ámbito laboral. No obstante, admite su equiparación con la discapacidad. Por tanto, la tutela antidiscriminatoria se vale de las herramientas que a aquella le proporciona la Directiva 2000/78, siempre que se cumplan una serie de características compartidas con la discapacidad tal como se describe en la Convención y expuestos en los considerando 59 y 60 de la sentencia: “cuando acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras,

⁹³Argüelles Blanco, A.R. (2017). op. Cit. 134.

⁹⁴Para más información véase Rivas Vallejo, P. (2015). “¿Es la obesidad causa de discriminación laboral? Diálogo a tres bandas: Derecho norteamericano, Derecho comunitario y Derecho español”. *Comunicación presentada a las XXVI Jornadas Catalanas de Derecho Social*.

pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”.

La sentencia **Daouidi, C-395/15**, complementa la doctrina que el TJUE ha ido conformando en los últimos años pues aporta parámetros interpretativos para determinar el carácter “duradero” de la dolencia o limitación, derivada de enfermedad o accidente, que pueden determinar su consideración como “discapacidad”⁹⁵. Un trabajador temporal que, como consecuencia de un accidente laboral, inicia un período de incapacidad temporal de duración indeterminada. Un mes después, el Sr. Daouidi recibe la comunicación escrita de despido disciplinario. Con base en estos hechos se plantea la posibilidad (esencialmente en la quinta pregunta del juzgado) de que la situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, y de duración incierta, sea asimilada al concepto de discapacidad. Partiendo de los principios expuestos en el asunto *HK Danmark*, el tribunal hace depender la inclusión de una incapacidad temporal dentro del concepto de “discapacidad” en función de la durabilidad de las dolencias producidas por el accidente de trabajo. Es decir, que la incapacidad sea temporal no excluye que sus efectos sean duraderos. El objetivo del tribunal es apartarse de interpretaciones formalistas de lo que puede ser una discapacidad, y centrarse en analizar el estado de incapacidad del afectado en la fecha en la que se adopta contra él, el acto presuntamente discriminatorio.

El tribunal también responde a una de las principales cuestiones que planteaba la sentencia, esto es, clarificar el concepto de “larga duración”. Para ello, vuelve sobre el argumento de *Chacón Navas* de que las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo hacen ver que el legislador europeo tenía en mente situaciones en las que la actividad profesional se vería afectada durante largo tiempo por razón de una discapacidad. Así que, repitiendo esto, el tribunal manifiesta en el considerando 55 que “Corresponde al juzgado remitente comprobar si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter «duradero», ya que tal apreciación es, ante todo, de carácter fáctico”. A pesar de lo que podría concluirse de esta declaración, la interpretación de lo que supone larga duración no se deja exclusivamente en manos de los juzgados nacionales, sino que el TJUE otorga una serie de criterios para ello. Entre los indicios se destaca el que en “la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo (...) o el que dicha

⁹⁵Agustí Maragall, J. (2019?). “Discriminación por razón de discapacidad: discapacidad y ajustes razonables en el derecho de la UE y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. *Ponencia presentada en el Seminario organizado por la Academia de Derecho Europeo (ERA) en Barcelona los días 24 – 25 de octubre sobre Applying EU Anti-Discrimination Law*.

incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona”.

Para comprobar la limitación duradera de la capacidad de la persona, el juzgado nacional debe basarse en los elementos objetivos de que disponga y, en particular, documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales (considerandos 56 y 57 de la sentencia). Este aspecto ha sido criticado por algunos autores como Gutiérrez Colominas, que considera el que la exigencia de probar una discapacidad mediante evidencias médicas se trata de un reducto del modelo médico del tratamiento de discapacidad, debido a la importancia vital que el tribunal otorga a los documentos médicos. Tal fundamentación, dice, *pone de manifiesto una cierta discordancia en relación con la aplicación del modelo social propugnado por la CIDPD, ya que se omite cualquier referencia a la repercusión de las barreras ambientales*⁹⁶.

Por lo demás, el tribunal no establece un período de tiempo concreto a partir del cual una limitación pase a considerarse una discapacidad. Se dice que debe ser una limitación “que no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo”. Bajo este parámetro se podrían excluir situaciones de corta recuperación, pero que complicaciones médicas acaban alargando; y proteger recuperaciones previsiblemente largas que las circunstancias particulares acaben acortando⁹⁷. Por último, decir que la sentencia continua la voluntad de expandir el concepto de “discapacidad” al mayor número de situaciones. Esta línea jurisprudencia, tiene un impacto directo sobre los ajustes razonables, en el sentido de que a mayor número de personas con discapacidad, mayor será el número de situaciones en las que haya la obligación de realizar ajustes.

En ese sentido, es relevante la precisión que se realiza en el asunto *Ruiz Conejero*, C-270/16, en el cual, el tribunal declara que la condición de discapacitado con efectos en el Derecho nacional no implica que tenga una discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78. Para determinar si el ámbito de aplicación es el de la Directiva 2000/78, el órgano jurisdiccional remitente debe verificar si la limitación de la capacidad debe calificarse como discapacidad, con base en el concepto de “discapacidad” definido por el tribunal. Este debate se enmarca en la discusión de si el art.52.d)⁹⁸ del Estatuto de los trabajadores, perjudicaba a trabajadores con

⁹⁶Gutiérrez Colominas, D. (2018). op. Cit. 206, 252.

⁹⁷Gutiérrez Colominas, D. (2018). op. Cit. 205.

⁹⁸ Art.52.d): “El contrato podrá extinguirse Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el

enfermedades asimilables al concepto de discapacidad, pues no contemplaba ausencias relacionadas con este tipo de patologías. El artículo podía suponer una discriminación indirecta para los trabajadores con discapacidad. La respuesta del tribunal es la que sigue. Una norma nacional se opone al derecho de la Unión si permite al empresario despedir por faltas de asistencia al trabajo, justificadas pero intermitentes, si tales faltas están relacionadas con la enfermedad atribuible a la discapacidad del trabajador. La incompatibilidad de la normativa nacional y la Directiva 2000/78 no es total si se constata la presencia de una finalidad legítima, combatir el absentismo, y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarla. Aunque el núcleo de la sentencia es decidir sobre el carácter discriminatorio del art. 52.2.d), teniendo en cuenta su finalidad de combatir el absentismo, esta cuestión se remite para su resolución al órgano jurisdiccional nacional. No obstante, el TJUE parece indicar, en el considerando 54, que si bien el artículo del Estatuto de los trabajadores cubre determinadas ausencias que no pueden considerarse faltas de asistencia que justifiquen la extinción del contrato, las ausencias por motivo de enfermedad del trabajador no cubren la totalidad de las situaciones de “discapacidad”.

Descontando los asuntos analizados en este trabajo, el tribunal ha abordado la cuestión de la discapacidad en otras sentencias. No serán objeto de estudio, bien porque no aportan innovaciones en la jurisprudencia del tribunal, o bien porque, como en el caso de la Sentencia Comisión/Italia, C-312/11, que trata sobre la obligación de realizar ajustes razonables, no se añade ninguna innovación en su interpretación, pues se centra en el incumplimiento de Italia del deber de transponer el artículo 5 de la Directiva 2000/78. No obstante, antes de terminar el apartado se hace necesario mencionar una cuestión prejudicial cuyo estudio resulta de interés para el trabajo.

La sentencia del TJUE *Nobel plastiques Ibérica* C-397/18, analiza la situación de trabajadores “especialmente sensibles” y si estos pueden o no ser considerados personas con discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78. También analiza la posibilidad de que los criterios utilizados por la empresa a la hora de seleccionar trabajadores que van a ser despedidos por razones objetivas, puedan constituir una discriminación directa o indirecta por discapacidad.

El supuesto de hecho es el de una trabajadora a la cual se había diagnosticado una enfermedad (una epicondilitis) por la cual se le reconoció la condición de “trabajador especialmente

total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses”

sensible a los riesgos derivados del trabajo”, y la llevó a varios períodos de incapacidad temporal desde 2011 a 2014. En 2016, la empresa decide hacer un despido objetivo justificado por razones económicas, técnicas, organizativas y de producción. Entre los criterios para el despido, se encontraban factores como el absentismo o la menor polivalencia en los puestos de trabajo. A consecuencia de este despido, la trabajadora demandó a la empresa Nobel Plastiques Ibérica, S.A. reclamando la nulidad del despido o simplemente su improcedencia.

La diferencia con las sentencias anteriores es que aquí lo que se plantea no es sí la enfermedad de larga duración puede equipararse a la discapacidad, aunque la trabajadora padezca una enfermedad de larga duración. Lo que se plantea es sí se le puede considerar persona con discapacidad como consecuencia de haber sido calificada como “persona especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo” conforme al derecho nacional. El tribunal responde en el considerando 49 que el mero hecho de que se reconozca a una persona esta condición no significa, de por sí, que esa persona tenga una “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78. Con ello, el TJUE aparta la posibilidad de que la sensibilidad a los riesgos laborales pueda equipararse automáticamente a la discapacidad. La decisión se basa en que los requisitos que utiliza artículo 25 de la Ley 31/1995 para determinar quienes son trabajadores especialmente sensibles, no son idénticos a los utilizados por el TJUE en la sentencia *HK Danmark* para decidir si existe una discapacidad. Esto no significa que la trabajadora no pueda ser considerada persona con discapacidad. Solamente que para ello el órgano que planteo la cuestión prejudicial deberá examinar si la epicondilitis diagnosticada, y que tenía efectos a largo plazo, al interactuar con diversas barreras, impide su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

A continuación, el tribunal analiza si en el despido se incurrió en algún tipo de discriminación. Lo primero que descarta es que los criterios seleccionados constituyan una discriminación directa pues mantienen una aparente neutralidad. En cuanto a la discriminación indirecta la conclusión es diferente. Algunos de los criterios seleccionados por la empresa, como el absentismo o la polivalencia funcional, pueden constituir una diferencia de trato. En el caso del absentismo las faltas pueden estar relacionadas con la discapacidad, y la polivalencia funcional pues la trabajadora había sido calificada por los servicios médicos como “apta con limitaciones”. Ahora bien, no toda trato desfavorable que resulte indirectamente de una discapacidad no es contrario a la protección que pretende la Directiva 2000/78 en la medida en que constituya una discriminación con arreglo al artículo 2, apartado 1, de dicha Directiva. Señala el tribunal en el

considerando 62 que “existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una discapacidad determinada, respecto de otras personas, salvo que el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en esa Directiva esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 de dicha Directiva para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica”. Para el TJUE la realización de ajustes razonable supone un condicionante para decidir si en el despido se incurrió en una discriminación indirecta. Esto significa, que si el empresario realizó los ajustes razonables que le correspondía hacer para la trabajadora y luego se le despidió por causas aparentemente neutras, no habría discriminación indirecta pues según el considerando 17 de la Directiva “no existe obligación de contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad”. Pero si el empresario, no realizó los ajustes razonables, sí habría incurrido en una discriminación a tenor del artículo 2 de la Convención de la ONU, en la cual la discriminación por motivos de discapacidad incluye la denegación de ajustes razonables. Finalmente, el tribunal no decide sobre este caso concreto, sino que con base en estos parámetros deja al órgano jurisdiccional nacional para que verifique si las adaptaciones efectuadas fueron suficientes para ser consideradas ajustes razonables.

En conclusión, la sentencia *nobel plastiques* mantiene la línea jurisprudencial que se había instaurado desde *HK danmark*, con un concepto de *discapacidad* amplio. No obstante, el tribunal se cuida de ampliarlo demasiado pues no considera que la calificación como “trabajador especialmente sensible a los riesgos del trabajo” sea automáticamente asimilable a la discapacidad. Para ello, deberá verse si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia *HK Danmark*. Esta decisión tiene sentido ya que la discapacidad, en el sentido de la Directiva 2000/78, forma parte de la esfera de la tutela antidiscriminatoria, mientras que la especial sensibilidad a los riesgos derivados del trabajo pertenece a la esfera de la Prevención de Riesgos Laborales⁹⁹. Se otorga una gran importancia en la sentencia a los ajustes razonables. En general, las sentencias del TJUE se han apoyado en el concepto de “ajustes razonables” para interpretar y delimitar el concepto de “discapacidad” en su extensión y duración. En el caso concreto de

⁹⁹Fernández Martínez,S. (2019). TTrabajadores especialmente sensibles, discriminación por discapacidad y despido objetivo”.*IUSLabor. Revista d’anàlisi de Dret del Treball*, n.º 3, pp. 156-172

Nobel plastiques, de la realización o no de los ajustes razonables se hace depender la existencia o no de una discriminación y, por tanto, haber observado o no el principio de igualdad de trato.

4.4. La configuración española de los ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad

En el caso español, la obligación de realizar ajustes razonables ha ido de la mano de la transición del modelo médico al modelo social de tratamiento de la discapacidad. La incorporación al ordenamiento jurídico español se produjo tras la transposición de la Directiva 2000/78, que convirtió el deber empresarial de ajustes razonables en pieza clave para la integración laboral de personas con discapacidad¹⁰⁰. Se ha de señalar que la adaptación del puesto de trabajo no nace con la transposición de la Directiva, pero su fundamentación era diferente. En el apartado 4.1 del trabajo, cuando se hablaba de legislación europea en materia de ajustes razonables, se habló de la relación entre la Directiva 89/391 y la Directiva 2000/78. Aunque en ambas se aborda la adaptación del puesto de trabajo, en la primera se hace desde la tutela preventiva para mejorar la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo; mientras en la segunda, la adaptación se hace desde la tutela antidiscriminatoria con el fin de eliminar obstáculos en el entorno laboral para la personas con discapacidad.

Una relación similar, podemos verla entre la Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales y la normativa española posterior a la Directiva 2000/78. En el artículo 25 de la Ley 31/95 se dice que el empresario debe garantizar la protección de trabajadores que por sus propias características personales, incluyendo personas con discapacidad sean sensibles a los riesgos del trabajo, con ese fin, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias. Y si no había quedado claro cual es el objetivo de las adaptaciones, el párrafo segundo del art.25 dice que“los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro”. Por tanto, aquí el bien jurídico que se protege es la seguridad y salud de los trabajadores, lo que puede llevar, si resulta necesario, a la adaptación del puesto de trabajo. No obstante, este tipo de adaptación así como los fundamentos sobre los que se sustenta, tienen un carácter autónomo respecto a la obligación de realizar ajustes razonables, basado en el principio de no discriminación de las personas con discapacidad.

¹⁰⁰Gutiérrez Colominas, D. (2018). op. Cit. 297.

La LIONDAU destacó por la actualización conceptual que llevó a cabo en materia de discapacidad. Entre las novedades, se puede decir que preparó el terreno normativo para la transposición de la Directiva 2000/78. Algunos de los mecanismos que aparecen en la ley bajo el epígrafe de medidas contra la discriminación, se pueden nombrar algunos como la discriminación indirecta o los ajustes razonables, que aparecen aquí por primera vez en el ordenamiento español. El art.7.c) define los ajustes razonables como “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”. A esto añade una serie de parámetros sobre cuando una carga es no proporcionada por los costes de la medida, los efectos discriminatorios para la persona con discapacidad o la posibilidad de obtener financiación pública. La voluntad del legislador de introducir el modelo social en la LIONDAU es manifiesta y la incorporación de los ajustes razonables son prueba de ello. Ahora bien, como sucede en otros aspectos de esta ley, la definición que se hace de los ajustes razonables no es excesivamente clara. Lo que se debe por un lado a que era una novedad en el ordenamiento jurídico español y no existían precedentes, y por otro a que se utilizan expresiones de significado difuso como “adaptación social o actitudinal” o “facilitar la accesibilidad”. Además, dado que no tuvieron un desarrollo normativo posterior, quedó inconcreta en cuanto a su contenido y sin previsión de sanciones en caso de incumplimiento hasta la a Ley 49/2007¹⁰¹.

La transposición de las disposiciones de la Directiva 2000/78 se produjo en el capítulo III Título II Ley 62/2003. La transposición es, en general, bastante fiel a la norma originaria y, en particular, los ajustes razonables aparecen en el artículo 38.2 de la Ley 62/2003 que introdujo el artículo 37.bis.2 en la LISMI. El tenor del artículo es el que sigue: *Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.*

¹⁰¹Gutiérrez Colominas, D. (2018). op. Cit. 332-333.

Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa.

En este artículo se mantuvo incólume gran parte de la definición del art.5 de la Directiva (salvo por supresión de la palabra “razonables” en los ajustes llamándolas sólo “medidas ”). Se introdujo algún cambio más en la parte final. En el art.5 se aludía genéricamente a “medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades” para paliar una “carga excesiva”. En la transposición se concreta algo más esa disposición mencionándose “medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa “. El desarrollo de la carga excesiva se puede decir que se hizo con acierto en la transposición, aunque la ausencia de pautas que ayuden a valorar cada caso dejan mucho margen a los juzgados de la jurisdicción social.

Se puede hacer mención a dos diferencia más, pero esta vez entre la LIONDAU y la transposición en la LISMI. Y es que , en la LIONDAU, existe el planteamiento de los ajustes razonables como medida antidiscriminatoria, pero también se plantea como una medida de acción positiva. En la transposición, el principio de igualdad de oportunidades, y los ajustes razonables por extensión, se conciben como una medida de lucha contra la discriminación. Se elimina la ejecución de medidas de acción positiva, reforzando el carácter obligatorio, y no potestativo, de los ajustes razonables¹⁰². La segunda de las diferencias es que en la LIONDAU los ajustes razonables son genéricos, pues esta abarca una multiplicidad de ámbitos relacionados con la discapacidad buscando un acercamiento integral. En la transposición, los ajustes razonables estaban específicamente orientados hacia el ámbito laboral. Esta realidad coexistió hasta RD 1/2013, que armonizó ambos textos, con una fuerte influencia de la Convención de la ONU.

Los ajustes razonables para el puesto de trabajo requieren una serie de actuaciones para las que, debido a su complejidad técnica, se han desarrollado herramientas específicas tales como ADAPTyAR o ErgoDis/ IBV. Estos instrumentos comprenden los siguientes parámetros: especificación exhaustiva de las tareas que engloban el puesto de trabajo y sus características;

¹⁰²Gutiérrez Colominas, D. (2018). op. Cit. 336.

especificación del equipo de trabajo necesario; determinación de las demandas físicas, sensoriales y cognitivas requeridas para la realización de las tareas, accesibilidad al lugar de trabajo en sentido amplio; y la adaptación propiamente dicha, que supone aplicar soluciones ergonómicas o de otro orden necesarias¹⁰³.

En el RD 1/2013 a pesar de las modificaciones que introdujo, mantuvo, en el art.40.2, la definición de ajustes razonables que aparece en el artículo 37.bis.2 de la LISMI, tras la transposición de la Directiva 2000/78. Como antes sólo se analizó de una manera general el precepto, ahora se analizará con mayor detalle. Una primera característica que debe señalarse es que en la configuración española de realizar ajustes razonables la obligación es de carácter universal, debido a la flexibilidad de la institución¹⁰⁴. Esto deriva de la utilización de terminología distinta a la Directiva 2000/78 como “medidas adecuadas” que deben aplicarse “en función de las necesidades de cada situación concreta” y que lleva a cierta ambigüedad. Esto tiene un lado positivo, pues la definición puede adaptarse a cada situación particular. El lado negativo es la inseguridad jurídica, agravada por la ausencia de una norma de desarrollo. A pesar de la ambigüedad del término “medidas adecuadas” vamos a intentar desentrañar un poco más su significado. En general, el término ha sido considerado equivalente al de “ajustes razonables”. El considerando 20 de la Directiva establece como “medidas adecuadas”, las “medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre”. La norma europea ayuda a encuadrar la española. Porque relaciona los ajustes con la integración en el entorno laboral. Y porque la adecuación de la medida lleva implícita su razonabilidad. Los ajustes razonables serían la obligación que surge para el empresario, las medidas adecuadas la concreción material. En otros países se ha sustituido “ajustes razonables” por otros términos (en Francia por ejemplo se eligió “mesures appropriées”) que, según la doctrina especializada, el uso de términos alternativos “ajuste” (accommodation) no tiene significado legal y en esencia todos los términos tienen el mismo significado¹⁰⁵.

Otra característica sería su configuración multinivel. El deber empresarial tiene objetivos diversos que se extienden desde acceder al empleo y desempeñar el trabajo, hasta progresar

¹⁰³Argüelles Blanco, A.R. (2017). op. Cit. 161.

¹⁰⁴Gutiérrez Colominas, D. (2018). op. Cit. 355.

¹⁰⁵Waddington, L., Lawson, A.. (2010). “Disability and non-discrimination law in the European Union : an analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field“. *Publications Office*.

profesionalmente y acceder a la formación. Con esta delimitación se incluyen muchas de las vicisitudes de la relación laboral, lo que configura la obligación de tal manera que debe ser susceptible de cumplimiento permanente por parte del empresario y de ser exigida en cualquier momento de la relación laboral por el trabajador. Por este motivo, la realización de ajustes razonables ha sido calificada como obligación de tracto sucesivo que se extiende desde el momento anterior a la formalización del contrato de trabajo hasta su extinción.

En el ámbito subjetivo, a diferencia de otras legislaciones, en la española quien debe cumplir la obligación de realizar ajustes razonables es el empresario independientemente del tamaño de la empresa u otros condicionantes. Este es un factor positivo para el cumplimiento de la obligación pues permite su aplicación uniforme. Por otro lado, el sujeto que puede exigir los ajustes razonables es cualquier persona con discapacidad que vaya a prestar servicios en una empresa o que adquiriera esa condición a lo largo de la relación laboral¹⁰⁶. La condición del trabajador como persona con discapacidad debe estar acreditada pues si el empresario desconoce completamente, tal estado no puede exigírsele el cumplimiento de los ajustes razonables¹⁰⁷.

Curiosamente tanto el legislador europeo como el español no han legislado sobre ajustes razonables en colectivos que, precisamente, fueron los que dieron origen al concepto de ajuste razonable. Concretamente se hace mención a las personas que, por profesar determinada religión, necesitan de adaptaciones del puesto trabajo para ejercer su libertad religiosa. La progresiva ampliación del ámbito subjetivo en lo que se refiere a la personas con discapacidad no parece, de momento, haber llegado a otros colectivos. De hacerlo, se debería modificar tanto la Directiva 2000/78 como la jurisprudencia del TJUE para dar cabida a este colectivo. Por otro lado, no se ha clarificado la posición de familiares que tienen a su cargo personas con discapacidad y si pueden ser partícipes de los ajustes razonables. Tampoco parece que la reciente Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, haya introducido modificación alguna en este régimen. En la misma se señala que la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad se considerar una discriminación directa. La consecuencia de ello es que, para que surja este deber empresarial de adaptación, resultará

¹⁰⁶Rodríguez Sanz de Galdeano, B. (2014). “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N°127, pp. 85- 120.

¹⁰⁷En este sentido se manifestó el abogado general en el asunto *Ruiz Conejero*, cuando en el considerando 36 dijo que “si el empresario, de manera justificada, desconoce por completo la discapacidad del trabajador —no hay ningún indicio de que el trabajador tenga una discapacidad y éste no se lo ha comunicado al empresario—, no cabe esperar de él que proceda a realizar ajustes razonables”

imprescindible que la persona trabajadora tenga la condición de persona con discapacidad. Lo que también implica que la distinción entre discapacidad y enfermedad continuará teniendo relevancia a efectos de determinar si la empresa viene obligada o no a realizar ajustes razonables¹⁰⁸.

Por último, mencionar que los ajustes razonables no son una obligación absoluta. No se le puede exigir a un empresario la realización de los ajustes razonables si no conoce la discapacidad del trabajador y este se la oculta. Situación de la que puede tener noticia mediante el reconocimiento médico o por la propia acreditación del trabajador, aunque esta no será necesaria cuando resulte patente. Los otros factores que delimitan el concepto, serán que la razonabilidad del ajuste y lo desproporcionado de la carga.

En cuanto al carácter “razonable del ajustes, se puede comenzar diciendo que es un término enormemente inconcreto, y que su definición no se ha aclarado ni por doctrina internacional ni europea. Por ello, la razonabilidad puede ser entendida como que el empresario no tenga grandes dificultades para realizar el ajuste o como sinónimo de efectividad del ajuste¹⁰⁹. Ateniéndonos a la legislación nacional, se puede encontrar una definición de razonabilidad en el artículo 66.2 del RD 1/2013. Para determinar si un ajuste es razonable se tiene en cuenta “los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda”. Este conjunto de factores se complementan y deben ser ponderados conforme a los distintos intereses en juego.

De lo dicho, se entiende que la legislación española concibe la razonabilidad de los ajustes y la carga desproporcionada como asuntos diferentes. Es decir, la ausencia de razonabilidad no equivale a carga desproporcionada. De hecho, si el ajuste se considera razonable, después y de manera autónoma se pasara a considerar si existe una carga excesiva. El carácter limitativo del derecho a los ajustes razonables implica que la determinación de la carga excesiva debe hacerse de manera restrictiva, so riesgo de un incumplimiento generalizado¹¹⁰. La carga excesiva

¹⁰⁸Cordero Gordillo, V. (2023). “El despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Nº 13(1), pp. 1–27.

¹⁰⁹Gutiérrez Colominas, D. (2018). op. Cit. 376.

¹¹⁰Gutiérrez Colominas, D. (2018). op. Cit. 379.

aparece en la legislación nacional, regulada en el art.40.2 del RD 1/2013. Para determinar si una carga excesiva en grado suficiente se tiene en cuenta las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa. Se puede decir que los factores que configuran la carga excesiva no son excesivamente numerosos ni se encuentra muy clara la forma en la que deben concretarse y ponderarse. Esto lejos de ser una ventaja, puede suponer una cuestión negativa porque le da margen al empresario para acogerse a esta limitación de la carga excesiva en múltiples situaciones que acabará solucionando el juez en una ponderación caso por caso.

A pesar de que la legislación de la “carga excesiva” no se encuentre muy desarrollada en España, esta circunstancia no impide que se puedan recoger elementos que no aparecen en la norma. Así, el considerando 21 de la Directiva 2000/78 señala las medidas para paliar una carga desproporcionada, precediendo tales medidas con la palabra “particularmente”, que parece indicar que la enumeración no es *numerus clausus*. Este hecho, junto a la interpretación extensiva de los ajustes razonables hecha por *HK Danmark*, puede llevar mas factores a la hora de determinar la carga excesiva. En otros países se han tenido en cuenta circunstancias como el número de empleados contratados por el empresario en el centro de trabajo en cuestión; el impacto moral que supone al trabajador que solicita el ajuste; el tiempo que transcurre entre la solicitud del ajuste y la ejecución del mismo; la ponderación del ajuste si este es requerido por otra norma; o la duración del contrato de trabajo del trabajador con discapacidad¹¹¹

No debe olvidarse que, del artículo 25.1 LPRL, se deriva una prohibición de empleo en caso de falta de adecuación del trabajador especialmente sensible al puesto. Pues se dice en el artículo que “Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa (...) su discapacidad física, psíquica o sensorial , puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro”. Como consecuencia de este precepto, por ejemplo las personas con ceguera o sordera no pueden ser empleadas en maquinas o trabajos en las que puedan poner en peligro a sus compañeros o a si mismas¹¹². En casos de discapacidad sobrevenida, una manera de salvar la situación sería la movilidad funcional. La movilidad podría suponer la preferencia del trabajador sobre otros en el acceso a un determinado puesto, pero tampoco generaría un deber para el empresario de crear un puesto

¹¹¹Gutiérrez Colominas, D. (2018). op. Cit. 383.

¹¹²Argüelles Blanco, A.R. (2017). op. Cit. 168.

adecuado a su capacidad si no existe en la empresa (STJS Madrid 28-03-2007, AS 2007/2001)¹¹³.

5. Conclusiones

A lo largo del trabajo se han analizado desde varias perspectivas y ordenamientos jurídicos las regulaciones de la discapacidad. Lo primero fue establecer los distintos paradigmas bajo los cuales se han introducido a las personas con algún tipo de deficiencia física, mental o sensorial. El paradigma de la prescindencia, que fue el hegemónico durante gran parte de la historia y tiene su base en creencias mágico religiosas, o directamente eugenésicas; El paradigma de la rehabilitación que se vehiculó, principalmente, a través del modelo médico. Con posterioridad, surgió el paradigma de la autonomía personal que ha dado lugar a varios modelos (social, modelo biopsicosocial y de diversidad funcional) y que es el imperante en la actualidad. El principal reflejo del mismo se encuentra la Convención de la ONU que tanta repercusión ha tenido. Algunos autores han calificado el modelo de la ONU de social, o biopsicosocial o modelo de los derechos. Es cierto, que cada cual remarca más este o aquel aspecto de la discapacidad pero, en esencia, mantienen una postura que es común en los aspectos esenciales de la definición de discapacidad. Estos son, que la discapacidad es un concepto que resulta de la interacción entre personas con deficiencias y las barreras actitudinales y del entorno que evitan su participación en la sociedad en igualdad de condiciones con el resto de la población. Si no existen limitaciones o “deficiencia” alguna, no se puede considerar que exista discapacidad, de la misma manera que sin no existieran barreras sociales tampoco podríamos hablar de discapacidad.

Tras analizar cuales han sido las ideas predominantes acerca de la discapacidad en la historia, se pasa a estudiar como se manifiestan estas en el ámbito jurídico. Para ello se hace un repaso de la legislación internacional, europea e interna. En general, la normativa, en sus diferentes ámbitos ha ido siempre en la misma dirección. Se ha pasado de un ordenamiento paternalista, que tutelaba a las personas con discapacidad y que eran denominadas con terminología estigmatizante, a un enfoque que a medida que pasaba el tiempo ha ido haciéndose cada vez más integrador y que ponía el foco en la sociedad. Además, las personas con discapacidad dejan de ser el objeto de unas medidas de carácter asistencial, para empezar a ser consideradas como personas que tienen los mismos derechos que cualquier otra. En un primer momento, la

¹¹³Argüelles Blanco, A.R. (2017). op. Cit. 173.

organización que más rápidamente avanzó en la materia fue la OIT. La explicación a ello se debe a su especialización en asuntos de trabajo, y por lo cual se hacía necesario evitar o prevenir que personas, que por el mero hecho de tener algún tipo de discapacidad, quedaban excluidas de los centros de trabajo. Por ello, y a través de diferentes convenios, se fueron estableciendo medidas de formación y de adaptación del puesto de trabajo para las personas con discapacidad.

No obstante, a mediados de los 80 esta labor tan intensa de la OIT se detiene. Se puede pensar que en el momento en el que el modelo médico empieza a decaer así lo hacen también los instrumentos de la OIT. Mientras que el objeto de las políticas era adaptar o, si se quiere, “normalizar” al trabajador con discapacidad, los instrumentos son abundantes. Con el cambio de paradigma, con el que se trata de adaptar los entornos y no las personas, los trabajos de la OIT en materia de discapacidad se vuelven escasos. Sea por este motivo o por cualquier otro, lo cierto es que el vacío dejado por la OIT, lo ocupó la ONU. Con una serie instrumentos que van aumentando en número a medida que pasa el tiempo, es partir de finales de los años 80 y principios de los 90 cuando parece alcanzar la masa crítica suficiente para realizar innovaciones en el ámbito de la discapacidad. Acercamientos más integrales y formas de entender la discapacidad de manera más compleja, que culminan en el año 2006 con la Convención Internacional sobre los derechos de la Personas con Discapacidad, la larga lista de instrumentos promulgados por la ONU. La repercusión de la Convención ha sido enorme en diferentes ordenamientos jurídicos y marca un verdadero hito.

Seguramente el marco legal donde más directamente ha podido verse la influencia de la normativa de la ONU, sea el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Realmente, hasta principios de los años 90, la legislación europea en materia de discapacidad estaba bastante desfasada. De tal manera estaba desfasada que, en ocasiones, se utilizaban enfoques y denominaciones para las personas con discapacidad que habían sido superados hace décadas. Y, a pesar de ello, en un tiempo sorprendentemente rápido, si lo comparamos con otras organizaciones, la Unión Europea modernizó drásticamente su enfoque respecto a la discapacidad. Abandonó una política paternalista de corte asistencialista para introducirse directamente en la arena de la lucha contra la discriminación.

Seguramente, la norma mas importante en materia de discapacidad y que marca el devenir de la regulación europea en los años posteriores y hasta la actualidad, es la Directiva 2000/78. La Directiva estaba centrada en el ámbito laboral. Que sólo se ocupe de este ámbito, podría

interpretarse como una limitación. Al fin y al cabo, en la Unión Europea todavía no existe un instrumento de alcance general para la lucha contra la discriminación. La otra manera de ver el asunto, es que el legislador europeo, en vez de elaborar un instrumento muy general y poco útil, adoptó esta norma que, circunscrita a una parcela muy concreta del derecho, ha ejercido una poderosa ascendente sobre toda la legislación antidiscriminatoria posterior. Y es que, en efecto, la Directiva 2000/78 se ha manifestado como una de las herramientas más eficaces para combatir la discriminación de cuantas se han adoptado.

Ahora bien, la interpretación de la Directiva por sí sola, llevó al pronunciamiento del TJUE en la sentencia *Chacón Navas*. La sentencia tiene un concepto de discapacidad restringido que se achaca a una influencia quizá demasiado acusada del modelo médico. En el momento, en el que entró en vigor la Convención de la ONU para la UE, la situación cambió de tercio. Muestra de ello fue la sentencia *HK Danmark*, cuya línea jurisprudencial, con más peso de los factores sociales y con una interpretación amplia de la discapacidad, se ha mantenido hasta la actualidad. En general, se tienden a proteger las situaciones. Si la persona con discapacidad tiene limitaciones, se le aplica el régimen de protección de la Directiva 2000/78, independientemente de la naturaleza de la discapacidad. Por eso, se ha conseguido que una enfermedad pueda equipararse a una discapacidad si cumple los requisitos. En un futuro, si el concepto de discapacidad continúa expandiéndose, se hará necesario filtrar la protección que se ofrece a las personas con discapacidad para defender la diversidad de este colectivo. Al fin y al cabo, no son los mismos obstáculos los que enfrenta alguien con una leve discapacidad, a una discapacidad grave; o las que son singulares o múltiples; o las que son de movilidad o cognitivas.

La legislación interna en materia de discapacidad tiene su pistoletazo de salida en 1978. No porque antes no hubiera legislación al respecto, sino porque la que había estaba circunscrita al paradigma rehabilitador y en su mayoría acabó siendo derogada. Partiendo del art.14, en el que se declara la igualdad de todos los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación por cualquier circunstancia personal o social, se puede llegar al art.49. Un artículo innovador en su momento, que establecía la base para la ley que lo desarrollaría, la LISMI. Se cuestionó en estos primeros momentos la idoneidad de realizar una ley (o de establecer un artículo concreto) para las personas con discapacidad. Esto podría ser visto como algún tipo de discriminación al señalarlos o diferenciarlos del común de la gente. No obstante, las normas universales que cubren a todas las personas y todos los derechos, en la práctica, acaban dejando situaciones insuficientemente cubiertas. Las normas y reglamentos temáticos tienen la ventaja

de prestar una mayor atención a las necesidades del colectivo o del tema sobre el cual legisla. Finalmente, se promulgó este conjunto legislativo que, siendo imperfecto, otorgaba una protección en diversos ámbitos a personas que sufrían una discriminación por razón de su discapacidad.

Con posterioridad se promulgó la LIONDAU, que complementó la LISMI, y después el Real Decreto Legislativo 1/2013. La importancia de este último reside en que adaptó la perspectiva social de la Convención de la ONU. Formalmente este trabajo ya había sido llevado a cabo por la LIONDAU, pero tuvo muy poca eficacia en la práctica. Se profundizó en cuestiones que había surgido en los últimos años como la discriminación indirecta o la accesibilidad universal. Aunque a pesar de estos avances, de facto, a la hora de conceder pensiones por discapacidad u otros tipo de prestaciones la deficiencia física o psíquica es la fundamental, y el factor social es lo auxiliar. Otras cuestiones, como la pérdida de preeminencia del empleo ordinario frente al protegido a la hora de integrar en el mercado laboral a personas con discapacidad, hacen pensar que la acogida del modelo social en la legislación española cojea en algunos aspectos. En los fundamentos de la legislación, se encuentra clara y prístina las referencias al modelo social y al papel que la sociedad tiene respecto a la discapacidad. Pero, si se desciende al detalle, la justificación de ciertas decisiones, a veces no se muestra coherente con el objetivo de eliminar las barreras que impiden la inclusión de las personas con discapacidad en la sociedad.

Por último, y con este recorrido hecho, se analizó la institución de los ajustes razonables. De origen norteamericano, los ajustes razonables llegaron a el ordenamiento jurídico de la Unión con la Directiva 2000/78. La opinión al respecto de los mismos no ha sido unánime. Desde algunos ámbitos son vistos como una de las herramientas más eficaces para luchar contra la desigualdad. Otros han criticado precisamente lo opuesto, alegando su ineficacia para lucha contra la desigualdad. La crítica viene de como se ha diseñado el concepto y de las dudas acerca de su efectividad. La conceptualización actual de los ajustes razonables hace que tengan un marcado acento de concesión empresarial que se ejercita en función de las circunstancias individuales. Para los críticos, en vez de los ajustes, la alternativa sería crear puestos de trabajo universales para así evitar una estigmatización de las personas con discapacidad que se perpetua mediante la distinción entre trabajos que requieren una adaptación, y los que no la requieren¹¹⁴. En mi opinión, no se debe confundir cualquier tipo de trato individualizado con un señalamiento

¹¹⁴Gutiérrez Colominas, D. (2018). op. Cit. 161.

de la persona con discapacidad. En el fondo, en los ajustes razonables (su propio nombre lo indica) prima la “razonabilidad” y la equidad en las soluciones. Si el ajuste permite al empresario mantener la productividad del puesto de trabajo y a la persona con discapacidad desempeñar su puesto con normalidad, por mucho que sea una solución individualizada, debe interpretarse que la medida ha tenido éxito.

Pero, dejando a un lado las críticas, resulta indudable que la obligación de ajustes razonables ha sido de vital importancia en la construcción del concepto de discapacidad por los tribunales. Y a la vez, la cantidad de conceptos jurídicos indeterminados que aparecen en los ajustes razonables (¿qué es lo razonables? ¿qué es es una carga excesiva?) ha hecho necesaria su interpretación por los órganos jurisdiccionales. Más si cabe, teniendo en cuenta que hay estados donde la legislación no ha ahondado ni ha arrojado luz sobre las cuestiones más problemáticas que suscitan los ajustes razonables, como en el caso de España, y en los que hay que atenerse a lo dictaminado por las instituciones europeas. Quizá fuera aconsejable que la legislación en España abordara estos asuntos con mayor detalle, lo que redundaría en una mayor seguridad jurídica.

6. Bibliografía

- Agustí Maragall, J. (2019?). “Discriminación por razón de discapacidad: discapacidad y ajustes razonables en el derecho de la UE y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. *Ponencia presentada en el Seminario organizado por la Academia de Derecho Europeo (ERA) en Barcelona los días 24 – 25 de octubre sobre Applying EU Anti-Discrimination Law*.
- Argüelles Blanco, A.R. (2017). “Herramientas jurídicas para la igualdad de oportunidades laborales de las personas con discapacidad”. En *Fernández Villazón, L.A.; Moreno i Gené, J. (dirs.), Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*. Pamplona: Thomsom Reuters Aranzadi, pp. 119-180
- Azúa Berra, P. (2007). “El desarrollo de la LISMI 25 años después”. *Congreso Nacional de Empleo y Discapacidad*, Burgos, AFEM.
- Bascón Marín, J. (2021). “ Las carencias del concepto legal de discapacidad y sus consecuencias en los trabajadores españoles con disfunciones corporales”. *Revista española de derecho del Trabajo* 239, pp. 129-182.
- Benavente Torres, M^a .I . (2019). “Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales ”. En Molina Navarrete, C. (coord.), *Los nuevos motivos de discriminación y su incidencia en el ordenamiento español*. Jaén: Junta de Andalucía, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pp. 99-130.
- Biel Portero, I. (2009). “ Los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Marco Jurídico Internacional Universal y Europeo”. Tesis Doctoral, Servicio de Publicaciones Universidad Jaume, Castellón.
- Cabeza Pereiro, J. (2013). “La discriminación por discapacidad en el caso Chacón Navas”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social; Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, N°102, pp. 299-318.

- Canimas Brugué, J. (2015). “¿Discapacidad o diversidad funcional?”. *Siglo Cero*, vol 46(2), nº 254, pp. 79-97.
- Carrasquero Cepeda, M. (2018). “Los ajustes razonables para personas con discapacidad en la Unión Europea”. *Revista de estudios europeos*, Nº71, pp. 38-47.
- Cordero Gordillo, V. (2023). “El despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Nº 13(1), pp. 1–27.
- Cuenca Gómez, .P. (2012). “Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU”, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, Madrid, pág. 48-49.
- CERMI (2017),El acceso a la condición de ciudadanía de las personas con discapacidad en España. CERMI-cinca, 2017.
- Day, S.; Brodsky, G. (1996). “The legal duty to accommodate: Who benefits?”. *Canadian bar review*, vol.75, pp. 433- 473.
- De Asis Roig, R. (2013). “Unas primeras reflexiones sobre la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad”. *Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, Nº.12.
- De Asis Roig, R. (2016). “El eje de la accesibilidad y sus límites”. *Anales de derecho y discapacidad*, Nº1, pp.51- 67.
- Dejong, G. (1979). *The Movement for Independent Living: Origins, Ideology and Implications for Disability Research*. Michigan State University, UCIR.
- De Lorenzo García, R. (2018). “Reforma social de la Constitución: Comentarios y reflexiones al artículo 49”. *Anales de derecho y discapacidad*, Nº3, pp. 11-41.
- Esteban Legarreta, R. (2018). “Trabajo pobreza y discapacidad”. En Morales Ortega, J.M

(coord.) Pobreza en la ocupación e instrumentos de reacción. Editorial Laborum. pp. 399-427.

-Fernández Márquez, O. (2022). “I. Fuentes de derecho del trabajo”. *Revista española de derecho del Trabajo* 256, pp. 24-42

-Fernández Martínez, S. (2019). “Trabajadores especialmente sensibles, discriminación por discapacidad y despido objetivo”. *IUSLabor. Revista d’anàlisi de Dret del Treball*, n.º 3, pp. 156-172.

-García Sabater, A.B. (2022). “Sentencia del TJUE sobre la reserva de contratos públicos para centros especiales de empleo de iniciativa social”. *Revista española de derecho del Trabajo* 249, pp. 189-198

-Garrido Pérez, E. (2000). *El trabajo de minusválidos en centros especiales de empleo*. Madrid: Tirant lo Blanch.

-Garrido Pérez, E. (2003). “El trabajo de discapacitados en centros especiales de empleo: Replanteamiento sobre la necesidad de una relación laboral especial”. En Romero Ródenas, M.J. (coord.), *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete: Bomarzo, pp. 27-58.

-Gomá Lanzón, J. (2015). *Imitación y experiencia*. Madrid: Taurus minor.

-González Martínez, J.A. (2022). “Los ajustes razonables como medida de integración laboral de las personas con discapacidad”. *Revista de derecho*, Vol. 3, pp. 187- 213.

-Goñi Sein, J.L.; Gónzales Labrada. M. ; Sierra Hernáiz. E. y Llorens Espada. J. (2022). “XII. Seguridad y salud en el trabajo”. *Revista española de derecho del Trabajo* 256, pp. 253-272.

-Gutiérrez Colominas, D. (2018). “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”. Tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona.

-Gutiérrez Colominas, D. (2022). “¿ Es exigible la obligación de realizar ajustes razonables

para personas con discapacidad durante un período de prácticas? *Revista española de derecho del Trabajo* 254, pp.189-198

- Jaraba Sánchez, M. (2012). “La Estrategia Europea de discapacidad 2010-2020: nuevas herramientas contra la discriminación” en Pérez Bueno, L.C (dir.), *2003-2012: 10 Años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España (Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna)*, pp. 121-139.

-Jiménez Lara, A. (2007). “Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes”, en De Lorenzo, R. y Pérez Bueno, L. C.: *Tratado sobre Discapacidad*. Madrid: Editorial Thompson Reuters Aranzadi.

-Laso Pérez, J. (2013). “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de abril de 2013, asuntos C-335/11 y C-337/11, HK Danmark” *Ars Iuris Salmanticensis*, 1. pp. 227-293 .

-López Álvarez, P. (2012)“La igualdad de trato de las personas con discapacidad en la Unión Europea”, en Pérez Bueno, L.C (dir.), *2003-2012: 10 Años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España (Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna)*, pp. 121-139.

-Martínez-Gijón Machuca, M.A. (2017). “La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador”. Editorial Bomarzo.

-Molina Navarrete, C. (2015). “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: Una interpretación correctora a la luz del “caso Ring”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº130, pp. 135-160.

-Montilla Martos, J.A. (2022). “La reforma constitucional del artículo 49 de la constitución”. *Anales de derecho y discapacidad*, Nº Extra 7, pp. 211- 225.

-Palacios, A. y Bariffi, F. (2007). “La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. Madrid: Ediciones Cinca.

- Pérez Dominguez, F. (2021). “El tratamiento de la discapacidad por la Unión Europea: Entre la pujanza de la tutela antidiscriminatoria y las limitaciones a la política social”. *Revista de derecho constitucional europeo*, N°36, pp. 105-147.
- Polinio de Dios, G. (2016). “La discapacidad desde la perspectiva del Estado social”. Tesis doctoral, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba.
- Rivas Vallejo, P. (2015). “¿Es la obesidad causa de discriminación laboral? Diálogo a tres bandas: Derecho norteamericano, Derecho comunitario y Derecho español”. *Comunicación presentada a las XXVI Jornadas Catalanas de Derecho Social*.
- Rodríguez Sanz de Galdeano, B. (2014). “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N°127, pp. 85- 120.
- Ros Clemente, M.I. (2017). Estudio de la inclusión laboral de las personas con discapacidad en España. (Tesis doctoral, Universidad Católica de Murcia).
- Seoane, J.A. (2011). “¿Que es una persona con discapacidad?”. *Agora: Papeles de filosofía* , vol.30, nº1, pp. 143-161.
- Seoane, J.A. (2011). “La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad .Perspectiva jurídica”. *Siglo Cero: Revista española sobre discapacidad intelectual*, Vol. 42, N°237, pp. 21-32
- Triguero Martínez, L.A. (2019). “Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes 1967 (núm. 128)”. *Revista internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, extra 0, pp. 1004-1007.
- Waddington, L., Lawson, A.. (2010). “Disability and non-discrimination law in the European Union : an analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field“. *Publications Office*.

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD DEL TRABAJO FIN DE GRADO

D./D.^a Jesús Báez Pérez, con DNI

DECLARO QUE:

El Trabajo Fin de Master titulado **La protección social de las personas con diversidad funcional**, que presento para su exposición y defensa, es original y he citado debidamente todas las fuentes de información utilizadas, tanto en el cuerpo del texto como en la bibliografía.

En Oviedo, a 19 de julio de 2023

Firmado: Jesús Báez Pérez