

# 1. EL MODELO LEGAL DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la  
Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la  
Universidad de Granada

*“La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana [...]. Reconociendo la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad”*

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006

## I. INTRODUCCIÓN: UN RECORRIDO GENERAL Y DE PROXIMIDAD SOBRE EL ELENCO NORMATIVO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El anhelo de una vida plena y la necesidad de realización personal mueven a todas las personas, pero esas aspiraciones no pueden ser satisfechas si se hallan restringidos o ignorados los derechos a la libertad, la igualdad y la dignidad. Sin embargo, algo tan común y cotidiano se vuelve oscuro y el día a día de las personas con discapacidad, quienes, a pesar de los innegables progresos sociales alcanzados, ven limitados esos derechos en el acceso o uso de entornos, procesos o servicios que o bien no han sido concebidos teniendo en cuenta sus necesidades específicas o bien se revelan expresamente restrictivos a su participación en ellos.

Existe, pues, un variado y profuso conjunto de impedimentos que privan a las personas con discapacidad del pleno ejercicio de sus derechos y los efectos de estos obstáculos se materializan en una situación de exclusión social, que debe ser inexcusablemente abordada por los poderes públicos.

Localizamos una serie de textos normativos específicos que hacen referencia a la situación de las personas con discapacidad: normas legítimas y con fines honestos que, en ocasiones, son insuficientes. En este sentido, son varios los textos normativos a los que tenemos que referirnos. A nivel nacional (entre otros textos relevantes): la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas; la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; 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. A nivel internacional (entre otros muchos textos a los que nos referiremos más adelante): la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas; el Instrumento de ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

El impulso de las medidas que promuevan la igualdad de oportunidades suprimiendo los inconvenientes que se oponen a la presencia integral de las personas con discapacidad, como bien es sabido, concierne a todos los ciudadanos, organizaciones y entidades; sin embargo, y antes que todos los demás, es el propio legislador el que tiene la obligación de recoger las necesidades detectadas y proponer las soluciones y las líneas generales de acción más adecuadas.

En efecto, es muy 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, pueden postergar o apartar 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 iguales condiciones que el resto de los ciudadanos.

En España, en un primer momento, podíamos localizar la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, que fue la primera ley aprobada en España dirigida a regular la atención y los apoyos a las personas con discapacidad y sus familias, en el marco del grupo normativo formado por los artículos 9.2, 10.1, 14 y 49 de la Constitución (y entonces en obligada conexión e interpretación sistemática *ex constitutione* con los artículos 10.2 y 93 a 96 del Texto Constitucional)<sup>1</sup>, y que vino a suponer un relevante avance para la época. Esta ley venía a participar de la idea de que el amparo especial y las medidas de equiparación para garantizar los derechos de las personas con discapacidad debían sustentarse en apoyos complementarios, ayudas técnicas y servicios especializados que les permitieran llevar una vida normal en su entorno. Así, la citada ley, venía a establecer un sistema de prestaciones económicas y servicios, medidas de integración laboral, de accesibilidad y subsidios económicos, y una serie de principios que posteriormente se incorporaron a las leyes de sanidad, educación y empleo<sup>2</sup>.

Posteriormente, localizamos la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que vino a suponer un renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad, centrándose especialmente en dos estrategias de intervención: la lucha contra la discriminación y la accesibilidad universal. Esta ley preveía el establecimiento de un régimen de infracciones y sanciones que se hizo realidad con la aprobación de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, 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.

Asimismo, y aunque no es objeto de la tarea de refundición de esta norma, es necesario destacar en la configuración del marco legislativo de los derechos de las personas con discapacidad, la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, que reconoce el derecho de libre opción de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas al aprendizaje, conocimiento y uso de las lenguas de signos españolas, y a

<sup>1</sup> Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2019, espec., págs. 118 y sigs.

<sup>2</sup> Vid. Preámbulo del 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.

los distintos medios de apoyo a la comunicación oral, lo que constituye un factor esencial para su inclusión social.

Imprescindible es hacer referencia a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008. La Convención supuso la consagración del enfoque de derechos de las personas con discapacidad, de modo que considera a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y los poderes públicos están obligados a garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo.

Nos encontramos así ante un fuerte elenco de normas que había venido creando un marco normativo de referencia en el modelo social de las personas con discapacidad. Pero quedaba pendiente una labor de refundición, regularizando, aclarando y armonizando algunas de las leyes citadas, que es mandato de la disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, en la redacción dada por la disposición final quinta de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, lo que resultaba muy necesario dadas las modificaciones que se habían experimentado en estos años, así como el sustancial cambio del marco normativo de los derechos de las personas con discapacidad. Y esta tarea fue culminado por 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, que tuvo como referente principal a la ya mencionada Convención Internacional.

En este 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, además de revisarse los principios que informan la ley conforme a lo previsto en la Convención, en su estructura se localiza un título específico a determinados derechos de las personas con discapacidad; asimismo, se reconoce expresamente que el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones.

## **II. LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS Y LA DISCAPACIDAD: RECORRIDO HISTÓRICO-NORMATIVO Y LAS POLÍTICAS DE INTEGRACIÓN**

Para el desarrollo de la temática, nos vemos obligados a referirnos a este recorrido normativo absolutamente necesario<sup>3</sup>. La primera gran línea de cambio experimentada por el Derecho Humanitario Internacional, tanto universal (ONU, OIT) como regional europeo (Consejo de Europa y Unión Europea), respecto al tratamiento de las personas con discapacidad fue el paso desde una política de regulación particularista (fragmentada) a una política global. Este particularismo aparece especialmente acusado en la meritoria, hasta ese momento, acción de la OIT que, lógicamente, limitó su regulación a través de instrumentos normativos (Convenios; *HardLaw*) y no normativos, pero no por ello carente de vinculatoriedad jurídica débil (Recomendaciones; *SoftLaw* o “Derecho blando”) al ámbito socio-laboral.

Al hilo de lo anterior, como expresión de la dimensión anticipatoria de la política de lucha contra los accidentes de trabajo, se elaboró la Recomendación sobre la adaptación y la readaptación

<sup>3</sup> Puede verse también en MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.: “Integración de las personas con discapacidad”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MONEREO ATIENZA, C. (Dirs.): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, págs. 575 y ss.

profesionales de los inválidos, 1955 (núm. 99), en la que se establecía que “*el término inválido designa a toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar empleo adecuado se hallen realmente reducidas debido a una disminución de su capacidad física o mental*”; por otro lado, en el ámbito de las políticas de empleo, se redactó el Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983 (núm. 159), en la que se entendía “*persona inválida*” a “*toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida*”.

Desde sus inicios la ONU acogió la atención a los discapacitados, aunque inicialmente no como una política global, sino en el marco de la prohibición de discriminaciones, o en el marco de su protección social vía sistemas de Seguridad Social. En esta segunda línea es la que se plasma en la propia Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuyo artículo 25 se declara el derecho de toda persona “*a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad*”. Y en la línea de instrumentos dirigidos a luchar contra la discriminación hay que destacar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entraron en vigor en 1966 (aunque no se refiere expresamente a los discapacitados)<sup>4</sup>.

La concreción normativa de estas grandes declaraciones fue escasa y centrada en aspectos muy concretos. Esta misma línea es la que se desarrollaría durante los años siguientes. Llegamos así a la Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social, proclamada por la Asamblea General en su resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969. En este texto normativo destaca el artículo 11 que dispone lo siguiente: “a) La provisión de sistemas amplios de seguridad social y los servicios de asistencia social y el establecimiento y la mejora de sistemas de servicios y seguros sociales para todas aquellas personas que por enfermedad, invalidez o vejez no puedan ganarse la vida, temporal o permanentemente, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar el debido nivel de vida a estas personas, a sus familias y a quienes estén a su cargo; b) La protección de los derechos de madres y niños; la preocupación por la educación y la salud de los niños; la aplicación de medidas destinadas a proteger la salud y el bienestar de las mujeres, especialmente de las mujeres embarazadas que trabajan y madres de niños de corta edad, así como de las madres cuyos salarios constituyen la única fuente de ingresos para atender a las necesidades de la familia; la concesión a la mujer de permisos y de subsidios por embarazo y maternidad, con derecho a conservar el trabajo y el salario; c) La protección de los derechos y la garantía del bienestar de los niños, ancianos e impedidos; la protección de las personas física o mentalmente desfavorecidas; d) La educación de los jóvenes en los ideales de justicia y paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos, y el fomento de esos ideales entre ellos; la promoción de la plena participación de la juventud en el proceso del desarrollo nacional; e) La adopción de medidas de defensa social y la eliminación de condiciones que conducen al crimen y a la delincuencia, en particular a la delincuencia juvenil; f) La garantía de que a todos los individuos, sin discriminación de ninguna clase, se les den a conocer sus derechos y obligaciones y reciban la ayuda necesaria en el ejercicio y protección de sus derechos”; y el artículo 19: “a) La adopción de medidas para proporcionar gratuitamente servicios sanitarios a toda la población y asegurar instalaciones y servicios preventivos y curativos adecuados y servicios médicos de bienestar social accesibles a todos; b) El establecimiento y la promulgación de medidas legislativas y reglamentarias encaminadas

<sup>4</sup> Sobre los derechos de protección social proclamados en el artículo 25 de la DUDH y su plasmación en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, véase MONEREO PÉREZ, J. L.: “Derecho a la Seguridad y Asistencia Social” y “Derecho a la Salud”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MONEREO ATIENZA, C. (Díts.): *El Sistema Universal de Derechos Humanos*, Granada, Comares, 2014, págs. 515 y sigs., y 595 y ss., respectivamente

a poner en práctica un amplio sistema de planes de seguridad social y servicios de asistencia social, y a mejorar y coordinar los servicios existentes; c) La adopción de medidas y la prestación de servicios de bienestar social a los trabajadores migrantes y a sus familias, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio núm. 97 de la Organización Internacional del Trabajo y en otros instrumentos internacionales relativos a los trabajadores migrantes; d) La institución de medidas apropiadas para la rehabilitación de las personas mental o físicamente impedidas, especialmente los niños y los jóvenes, a fin de permitirles en la mayor medida posible, ser miembros útiles de la sociedad – entre estas medidas deben figurar la provisión de tratamiento y prótesis y otros aparatos técnicos, los servicios de educación, orientación profesional y social, formación y colocación selectiva y la demás ayuda necesaria– y la creación de condiciones sociales en las que los impedidos no sean objeto de discriminación debida a sus incapacidades”.

Es a partir de la década de los setenta cuando se observa una nueva orientación, al empezar a aceptarse un nuevo enfoque respecto de la discapacidad: el concepto de los derechos humanos de las personas con discapacidad. En este sentido, se proclama por la Asamblea General en su resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971, la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental y pide que se tomen medidas a nivel nacional e internacional a fin de adoptarla como base aceptada y marco de referencia para la protección de los derechos de las personas con discapacidad. Concretamente se recogen las siguientes proclamaciones: “1. El retrasado mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos. 2. El retrasado mental tiene derecho a la atención médica y el tratamiento físico que requiera su caso, así como a la educación, la capacitación, la rehabilitación y la orientación que le permitan desarrollar al máximo su capacidad y sus aptitudes. 3. El retrasado mental tiene derecho a la seguridad económica y a un nivel de vida decoroso. Tiene derecho, en la medida de sus posibilidades, a desempeñar un empleo productivo o alguna otra ocupación útil. 4. De ser posible, el retrasado mental debe residir con su familia o en un hogar que reemplace al propio, y participar en las distintas formas de la vida de la comunidad. El hogar en que viva debe recibir asistencia. En caso de que sea necesario internarlo en un establecimiento especializado, el ambiente y las condiciones de vida dentro de tal institución deberán asemejarse en la mayor medida posible a los de la vida normal. 5. El retrasado mental debe poder contar con la atención de un tutor calificado cuanto esto resulte indispensable para la protección de su persona y sus bienes. 6. El retrasado mental debe ser protegido contra toda explotación y todo abuso o trato degradante. En caso de que sea objeto de una acción judicial, deberá ser sometido a un proceso justo en que se tenga plenamente en cuenta su grado de responsabilidad, atendidas sus facultades mentales. 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”.

Posteriormente, en diciembre de 1975, la Asamblea General aprueba la Declaración de los Derechos de los Impedidos, en la que se afirma que los derechos estipulados deben reconocerse a todas las Personas con Discapacidad, sin distinción ni discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra circunstancia. Concretamente se recoge en ella lo siguiente: “1. El término “impedido” designa a 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. 2. El impedido debe gozar de todos los derechos enunciados en la presente Declaración. Deben reconocerse esos derechos a todos los impedidos, sin excepción

alguna y sin distinción ni discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra circunstancia, tanto si se refiere personalmente al impedido como a su familia. 3. El impedido tiene esencialmente derecho a que se respete su dignidad humana. El impedido, cualesquiera sean el origen, la naturaleza o la gravedad de sus trastornos y deficiencias, tiene los mismos derechos fundamentales que sus conciudadanos de la misma edad, lo que supone, en primer lugar, el derecho a disfrutar de una vida decorosa, lo más normal y plena que sea posible. 4. El impedido tiene los mismos derechos civiles y políticos que los demás seres humanos; el párrafo 7 de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental se aplica a toda posible limitación o supresión de esos derechos para los impedidos mentales. 5. El impedido tiene derecho a las medidas destinadas a permitirle lograr la mayor autonomía posible. 6. El impedido tiene derecho a recibir atención médica, psicológica y funcional, incluidos los aparatos de prótesis y ortopedia; a la readaptación médica y social; a la educación; la formación y a la readaptación profesionales; las ayudas, consejos, servicios de colocación y otros servicios que aseguren el aprovechamiento máximo de sus facultades y aptitudes y aceleren el proceso de su integración o reintegración social. 7. El impedido tiene derecho a la seguridad económica y social y a un nivel de vida decoroso. Tiene derecho, en la medida de sus posibilidades, a obtener y conservar un empleo y a ejercer una ocupación útil, productiva y remunerativa, y a formar parte de organizaciones sindicales. 8. El impedido tiene derecho a que se tengan en cuenta sus necesidades particulares en todas las etapas de la planificación económica y social. 9. El impedido tiene derecho a vivir en el seno de su familia o de un hogar que la sustituya y a participar en todas las actividades sociales, creadoras o recreativas. Ningún impedido podrá ser obligado, en materia de residencia, a un trato distinto del que exija su estado o la mejoría que se le podría aportar. Si fuese indispensable la permanencia del impedido en un establecimiento especializado, el medio y las condiciones de vida en él deberán asemejarse lo más posible a los de la vida normal de las personas de su edad. 10. El impedido debe ser protegido contra toda explotación, toda reglamentación o todo trato discriminatorio, abusivo o degradante. 11. El impedido debe poder contar con el beneficio de una asistencia letrada jurídica competente cuando se compruebe que esa asistencia es indispensable para la protección de su persona y sus bienes. Si fuere objeto de una acción judicial, deberá ser sometido a un procedimiento justo que tenga plenamente en cuenta sus condiciones físicas y mentales. 12. Las organizaciones de impedidos podrán ser consultadas con provecho respecto de todos los asuntos que se relacionen con los derechos humanos y otros derechos de los impedidos. 13. El impedido, su familia y su comunidad deben ser informados plenamente, por todos los medios apropiados, de los derechos enunciados en la presente Declaración”.

Y en 1976 proclama 1981 Año Internacional de los Impedidos, subrayando que el año se dedicará a la plena integración de las personas con discapacidad en la sociedad y a alentar los estudios y los proyectos de investigación pertinentes destinados a educar a la opinión pública acerca de los derechos de las personas con discapacidad.

En 1982 la Asamblea General aprueba el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad. La política en materia de discapacidad se estructuraba en tres esferas principales: prevención, rehabilitación e igualdad de oportunidades. Para aplicar dicho Programa, el 3 de diciembre de 1982 la Asamblea General formula recomendaciones sobre la aplicación del Programa Mundial, incorporando las recomendaciones del Comité Consultivo del Año Internacional. En esa misma resolución también proclama 1983-1992 Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos (Resolución 37/52).

El propósito del Programa de Acción Mundial para las personas con Discapacidad consistía en promover las medidas eficaces para la prevención de la discapacidad y para la rehabilitación y la realización de los objetivos de “igualdad” y de “plena participación” de las personas con discapacidad

en la vida social y en el desarrollo. Esto significa oportunidades iguales a las de toda la población y una participación equitativa en el mejoramiento de las condiciones de vida resultante del desarrollo social y económico. Estos principios debían aplicarse con el mismo alcance y la misma urgencia en todos los países, independientemente de su nivel de desarrollo. Este propio Programa de Acción Mundial para las personas con Discapacidad recogía unos importantes antecedentes que ahora traemos a colación: a causa de deficiencias mentales, físicas o sensoriales hay en el mundo más de 500 millones de personas con discapacidad, a las que se deben reconocer los mismos derechos y brindar iguales oportunidades que a todos los demás seres humanos. Con demasiada frecuencia, estas personas han de vivir en condiciones de desventaja debido a barreras físicas y sociales existentes en la sociedad, que se oponen a su plena participación. El resultado es que millones de niños y adultos del mundo entero arrastran a menudo una existencia marcada por la segregación y degradación.

Continúa el Programa de Acción Mundial para las personas con Discapacidad recogiendo que, el análisis de la situación de las personas con discapacidad debe efectuarse dentro del contexto de distintos niveles de desarrollo económico y social y de diferentes culturas. Sin embargo, en todas partes, la responsabilidad fundamental de remediar las condiciones que conducen a la aparición de deficiencias y de hacer frente a las consecuencias de las discapacidades recae en los gobiernos<sup>5</sup>. Esto no reduce la responsabilidad de la sociedad en general, ni de los individuos y organizaciones. Los gobiernos deben ser los primeros en despertar la conciencia de las poblaciones en cuanto a los beneficios que se obtendrían para los individuos y la sociedad con la inclusión de las personas con discapacidad en todas las esferas de la vida social, económica y política. Los gobiernos deben velar también por las personas que se ven en situación de dependencia debido a discapacidades graves tengan oportunidad de alcanzar niveles de vida iguales a los de sus conciudadanos. Las organizaciones no gubernamentales pueden prestar asistencia a los gobiernos de diversa manera, formulando las necesidades, sugiriendo soluciones adecuadas o proporcionando servicios complementarios a los proporcionados por los gobiernos. La participación de todos los sectores de la población en los recursos financieros y materiales, sin omitir las zonas rurales de los países en desarrollo, podría ser muy importante para las personas con discapacidad, ya que podría traducirse en el aumento de los servicios comunitarios y en la mejora de las oportunidades económicas. Podrían impedirse muchas deficiencias adoptando medidas contra la nutrición deficiente, la contaminación ambiental, la falta de higiene, la atención prenatal y postnatal insuficiente, las enfermedades transmisibles por el agua y los accidentes de toda clase. Mediante la expansión, a nivel mundial en los programas de inmunización, la comunidad internacional podría lograr avances importantes contra las deficiencias causadas por la poliomielitis, el sarampión, el tétanos, la tos convulsiva, la difteria y, en menor grado, la tuberculosis.

En muchos países, los requisitos previos para el logro de las finalidades del programa son el desarrollo económico y social, el suministro de servicios amplios a toda la población en la esfera humanitaria, la redistribución de los recursos y los ingresos económicos y el mejoramiento de los niveles de vida de la población. Es necesario realizar todos los esfuerzos posibles para impedir guerras que den lugar a devastación, catástrofes y pobreza, hambre, sufrimientos, enfermedades y deficiencias de gran número de personas y, por consiguiente, adoptar medidas a todos los niveles que permitan reforzar la paz y seguridad internacionales, solucionar todas las controversias internacionales por medios pacíficos y eliminar todas las formas de racismo y discriminación racial en países en donde todavía existen. También sería conveniente recomendar a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas que utilicen al máximo sus recursos con fines pacíficos, incluidas la prevención de la discapacidad y la atención a las necesidades de las personas con discapacidad. Todas las formas de asistencia técnica que ayuden a los países en desarrollo a acercarse a estos objetivos pueden apoyar a la ejecución del programa. Con todo el logro de estos objetivos requiere periodos prolongados de

<sup>5</sup> ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: “La responsabilidad social universitaria y la discapacidad: una contribución a lo que la universidad tiene que ser “además””, en *Anales de derecho y discapacidad*, núm. 2, 2017, págs. 107 y ss.

esfuerzos, durante los cuales es probable que aumente el número de personas con discapacidad, de no haber medidas correctoras eficaces, las consecuencias de la discapacidad añadirán obstáculos al desarrollo. Por tanto, es esencial que todas las naciones incluyan en sus planes de desarrollo general medidas inmediatas para la prevención de la discapacidad, para la rehabilitación de las personas con deficiencia y para la equiparación de oportunidades.

Y respecto a las definiciones, el Programa de Acción Mundial para las personas con Discapacidad se refiere a las mismas de la siguiente manera:

La Organización Mundial de la Salud, en el contexto de la experiencia en materia de salud, establece la distinción siguiente entre deficiencia, discapacidad y minusvalía. “Deficiencia” es *“toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica”*. “Discapacidad” es *“toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano”*. “Minusvalía” consiste en *“una situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol que es normal en su caso (en función de la edad, sexo y factores sociales y culturales)”*.

La minusvalía está, por consiguiente, en función de la relación de las personas con discapacidad y su ambiente: *“ocurre cuando dichas personas se enfrentan a barreras culturales, físicas o sociales que les impiden el acceso a los diversos sistemas de la sociedad que están a disposición de los demás ciudadanos. La minusvalía es, por lo tanto, la pérdida o la limitación de las oportunidades de participar en la vida de la comunidad en igualdad con los demás”*.

Las personas con discapacidad no forman un grupo homogéneo. Por ejemplo, las personas con enfermedades o deficiencias mentales, visuales, auditivas o del habla, las que tiene movilidad restringida o las llamadas “deficiencias médicas”: *“todas ellas se enfrentan a barreras diferentes, de índole diferente y que han de superarse de maneras diferentes”*.

Las medidas de acción pertinentes propuestas en el Programa de Acción Mundial se definen como de prevención, rehabilitación y equiparación de oportunidades. “Prevención” significa la adopción de medidas encaminadas a impedir que se produzcan deficiencias físicas, mentales y sensoriales (prevención primaria) o a impedir que las deficiencias, cuando se han producido, tengan consecuencias físicas, psicológicas y sociales negativas. La “rehabilitación” es un proceso de duración limitada y con un objetivo definido, encaminado a permitir que una persona con deficiencia alcance un nivel físico, mental y/o social funcional óptimo, proporcionándole así los medios de modificar su propia vida. Puede comprender medidas encaminadas a compensar la pérdida de una función o una limitación funcional (por ejemplo, ayudas técnicas) y otras medidas encaminadas a facilitar ajustes o reajustes sociales. “Equiparación de oportunidades” significa el proceso mediante el cual el sistema general de la sociedad tal como el medio físico y cultural, la vivienda y el transporte, los servicios sociales y sanitarios, las oportunidades de educación y trabajo, la vida cultural y social, incluidas las instalaciones deportivas y de recreo se hace accesible para todos.

Con el avance de los años, nos situamos ahora en 1992, que, con ocasión de la finalización del Decenio de la ONU para los Impedidos, la Asamblea General proclamó el día 3 de diciembre Día Internacional de las Personas con Discapacidad. Desde entonces, cada 3 de diciembre gira sobre un tema especialmente sensible para las personas discapacitadas:

- 2019: “Participación y el liderazgo de las personas con discapacidad: Agenda de Desarrollo 2030”.

- 2018: “Empoderar a las personas con discapacidad y garantizar su integración e igualdad”.
- 2017: “Transformación hacia una sociedad sostenible y resiliente para todos”.
- 2015: “La inclusión importa: acceso y empoderamiento para personas con todo tipo de capacidad”.
- 2014: “El desarrollo sostenible: la promesa de la tecnología”.
- 2013: “Romper las barreras, abrir las puertas: por una sociedad inclusiva para todos”.
- 2012: “Eliminar las barreras para crear una sociedad incluyente y accesible a todos”.
- 2011: “Juntos en pro de un mundo mejor para todos, que comprenda la participación de las personas con discapacidad en el desarrollo”.
- 2010: “Mantener la promesa: incorporación de la discapacidad en los objetivos de desarrollo del Milenio hacia 2015 y más allá”.
- 2009: “Por unos Objetivos de Desarrollo del Milenio inclusivos: empoderamiento de las personas con discapacidad y sus comunidades en todo el mundo”.
- 2008: “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: dignidad y justicia para todos”.
- 2007: “Trabajo decente para las personas con discapacidad”.
- 2006: “Accesibilidad electrónica”.
- 2005: “Los derechos de las personas con discapacidad: acción para el desarrollo”.
- 2004: “Nada que nos afecte sin contar con nosotros”.
- 2003: “Nuestra propia voz”.
- 2002: “Vida independiente y medios de vida sostenibles”.
- 2001: “Participación e igualdad plenas: necesidad de nuevos métodos para evaluar los progresos y los resultados”.
- 2000: “Las tecnologías de la información al alcance de todos”.
- 1999: “Accesibilidad para todos en el nuevo milenio”.
- 1998: “Arte, cultura y vida independiente”.
- 1997: “Arte, deporte y discapacidad”.

En la década de los noventa se celebraron cinco conferencias mundiales de las Naciones Unidas en las que se destaca la necesidad de una “sociedad para todos”, promoviendo la participación de todos los ciudadanos, incluidas las personas con discapacidad, en todas las esferas de la sociedad.

En 1993 la Asamblea General aprobó las “Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad” (las Normas Uniformes). Mediante las Normas Uniformes se trató de lograr que *“las niñas y niños, los hombres y las mujeres con discapacidad, como miembros de sus sociedades, puedan ejercer los mismos derechos y obligaciones que los demás”*, y exigió que los Estados eliminaran los obstáculos a la participación en la sociedad, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad. Las Normas Uniformes fueron el instrumento principal de las Naciones Unidas por el que se rigió la actuación de los Estados en relación con los derechos humanos y la discapacidad, y constituyó un punto de referencia importante para determinar las obligaciones de los Estados con arreglo a los instrumentos vigentes relativos a los derechos humanos. Numerosos países han basado su legislación nacional en las Normas Uniformes. Si bien un Relator Especial observa la aplicación de las Normas Uniformes al nivel nacional, éstas no son de cumplimiento obligatorio. Los 22 artículos de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad de las Naciones Unidas se estructuran en 4 capítulos (requisitos para la igualdad de participación; esferas previstas para la igualdad de participación; medidas de ejecución; y mecanismo de supervisión) y abarcan todos los aspectos sociales y económicos de la vida de las personas con discapacidad.

Dentro de los antecedentes de las Normas Uniformes se establece que, en todas partes del mundo y en todos los niveles de cada sociedad hay personas con discapacidad. El número total de personas con discapacidad en el mundo es grande y va en aumento. Tanto las causas como las consecuencias de la discapacidad varían en todo el mundo. Esas variaciones son resultado de las diferentes circunstancias socioeconómicas y de las distintas disposiciones que los Estados adoptan en favor del bienestar de sus ciudadanos. La actual política en materia de discapacidad es el resultado de la evolución registrada a lo largo de los 200 últimos años. En muchos aspectos refleja las condiciones generales de vida y las políticas sociales y económicas seguidas en épocas diferentes. No obstante, en lo que respecta a la discapacidad, también hay muchas circunstancias concretas que han influido en las condiciones de vida de las personas que la padecen: la ignorancia, el abandono, la superstición y el miedo son factores sociales que a lo largo de toda la historia han aislado a las personas con discapacidad y han retrasado su desarrollo. Con el tiempo, la política en materia de discapacidad pasó de la prestación de cuidados elementales en instituciones a la educación de los niños con discapacidad y a la rehabilitación de las personas que sufrieron discapacidad durante su vida adulta. Gracias a la educación y a la rehabilitación, esas personas se han vuelto cada vez más activas y se han convertido en una fuerza motriz en la promoción constante de la política en materia de discapacidad. Se han creado organizaciones de personas con discapacidad, integradas también por sus familiares y defensores, que han tratado de lograr mejores condiciones de vida para ellas. Después de la segunda guerra mundial, se introdujeron los conceptos de integración y normalización que reflejaban un conocimiento cada vez mayor de las capacidades de esas personas. Hacia fines del decenio de 1960, las organizaciones de personas con discapacidad que funcionaban en algunos países empezaron a formular un nuevo concepto de la discapacidad. En él se reflejaba la estrecha relación existente entre las limitaciones que experimentaban esas personas, el diseño y la estructura de su entorno y la actitud de la población en general. Al mismo tiempo, se pusieron cada vez más de relieve los problemas de la discapacidad en los países en desarrollo. Según las estimaciones, en algunos de ellos el porcentaje de la población que sufría discapacidades era muy elevado y, en su mayor parte, esas personas eran sumamente pobres.

Respecto a la finalidad y contenido de las Normas Uniformes, aunque las mismas no son de cumplimiento obligatorio, estas normas pueden convertirse en normas internacionales

consuetudinarias cuando las aplique un gran número de Estados con la intención de respetar una norma de derecho internacional. Llevan implícito el firme compromiso moral y político de los Estados de adoptar medidas para lograr la igualdad de oportunidades. Se señalan importantes principios de responsabilidad, acción y cooperación. Se destacan esferas de importancia decisiva para la calidad de vida y para el logro de la plena participación y la igualdad. Estas Normas constituyen un instrumento normativo y de acción para personas con discapacidad y para sus organizaciones. También sientan las bases para la cooperación técnica y económica entre los Estados, las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales. La finalidad de estas normas 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. En todas las sociedades del mundo hay todavía obstáculos que impiden que las personas con discapacidad ejerzan sus derechos y libertades y dificultan su plena participación en las actividades de sus respectivas sociedades. Es responsabilidad de los Estados adoptar medidas adecuadas para eliminar esos obstáculos. Las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan deben desempeñar una función activa como copartícipes en ese proceso. El logro de la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad constituye una contribución fundamental al esfuerzo general y mundial de movilización de los recursos humanos. Tal vez sea necesario prestar especial atención a grupos tales como las mujeres, los niños, los ancianos, los pobres, los trabajadores migratorios, las personas con dos o más discapacidades, las poblaciones autóctonas y las minorías étnicas. Además, existe un gran número de refugiados con discapacidad que tienen necesidades especiales, a las cuales debe prestarse atención.

Y es en el siglo XXI cuando hay un verdadero salto cualitativo, con la gestación y posterior aprobación en 2006 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada, junto a su Protocolo Facultativo, el 13 de diciembre de 2006). Se aprobaron el 13 de diciembre de 2006, y ambos instrumentos quedaron abiertos a la firma el 30 de marzo de 2007. Se obtuvieron 82 firmas de la Convención y 44 del Protocolo Facultativo, así como una ratificación de la Convención. Nunca una convención de las Naciones Unidas había reunido un número tan elevado de signatarios en el día de su apertura a la firma. Se trata del primer instrumento amplio de derechos humanos del siglo XXI y la primera convención de derechos humanos que se abre a la firma de las organizaciones regionales de integración. Señala un “cambio paradigmático” de las actitudes y enfoques respecto de las personas con discapacidad.

### III. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE 2006

*“Hay principios de derechos fundamentales que son más fuertes que toda disposición jurídica, por ejemplo, una ley que los contradiga, y carente por ello de validez [...]. Es cierto que ellos han estado rodeados en particular de muchas dudas, pero el trabajo de los siglos ha elaborado una firme reserva, recogida en las llamadas declaraciones de derechos del hombre y el ciudadano con un tal universal consenso, que la duda en relación con muchos de ellos solo puede mantenerse todavía por un escepticismo deseado”*

GUSTAV RADBRUCH<sup>6</sup>

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones

<sup>6</sup> RADBRUCH, G.: “Cinco minutos de Filosofía del Derecho”, en RADBRUCH, G.: *El hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho*, edición y estudio preliminar, “Gustav Radbruch: un modelo de jurista crítico en el constitucionalismo democrático social” (págs. IX-LXIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2020, pág. 88.

Unidas, que ha sido ratificada por España, junto con su Protocolo Facultativo, en 2007, y entró en vigor el 3 de mayo de 2008, vino a impulsar un cambio de paradigma en las políticas sobre discapacidad, pasando desde el enfoque asistencial al de garantía de derechos. Se este modo se percibe el cambio de paradigma de un “modelo médico” al “modelo Social” de la discapacidad. Ello supone entender que la discapacidad es un concepto socio-jurídico que “evoluciona” en un sentido totalizante y de tutela integral de la persona con discapacidad. Este cambio al modelo social es la nueva mirada que aporta la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en donde se reconoce el derecho fundamental a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, imponiéndose al Estado el diseño de modelos de apoyo y fomento para el ejercicio efectivo de la autonomía y las capacidades humanas de las personas con discapacidad. En conecta con el enfoque de las capacidades desarrollado por la filósofa estadounidense Martha Nussbaum<sup>7</sup>, como enfoque de autenticación y “materialización” de los derechos humanos, y, por tanto, constituye un complemento universalista (que hace visible las condiciones materiales para el efectivo desarrollo humano y el despliegue de las potencialidades y oportunidades vitales de la persona) y no una alternativa al enfoque de los derechos fundamentales<sup>8</sup>. En cambio de paradigma respecto de la protección pública de las personas discapacitadas se expresa nitidamente en el artículo 1 de la Convención, a cuyo tenor: “El propósito de la presente Convención es *promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, *puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”. Es obvio que se inclina por un modelo *social* –contrapuesto al modelo médico–, *personalista* –que potencia de la autonomía y capacidad de libre actuación– y *participativo* –que fomenta la participación activa de las personas con discapacidad en la sociedad en general y en particular en todas aquellas medidas que les puedan afectar directa o indirectamente; de manera que se aparta del enfoque “pasivo” y paternalista tradicional– que enlazan con el discurso de los derechos y de las capacidades humanas fundamentales. Atiende a las limitaciones que se imponen en una sociedad desigual que no propicia la integración de las personas con discapacidad. Por ello mismo importa no sólo los elementos subjetivo de la discapacidad, sino principalmente en la *posición social* de vulnerabilidad de las personas con discapacidad en una “sociedad excluyente” y que propicia la discriminación en los diversos ámbitos de la vida social de las personas que *se apartan del tipo de normalidad antropológica dominante* y que tiende a enmascarar situaciones de trato desigualdad y discriminatorio. El cambio de paradigma de afrontar la protección de las personas con discapacidad implica tomarse en serio los derechos de las personas con discapacidad que como tales ostentan posiciones jurídicas activas –y no son meros sujetos pasivos; “objeto” de las políticas públicas– en su condición de miembros “activos” en el marco de una sociedad democrática que facilita efectivamente el libre desarrollo de las personas con discapacidad en todos ámbitos donde se despliega su personalidad. Por tanto –como lleva a cabo la propia Convención–, de lo que se trata es que disfruten plenamente de los derechos atribuidos a todos los seres humanos y de que puedan desarrollar plenamente sus capacidades y oportunidades vitales removiendo los obstáculos sociales, laborales, jurídicos, políticos y culturales que lo impidan. Y *ese cambio de paradigma hoy pivota o*

<sup>7</sup> Véase la argumentación desarrollada por NUSSBAUM, M. C: *Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano*, Barcelona, Paidós, 2012, espec., págs. 83-126.

<sup>8</sup> En este sentido, explícitamente y con fundamentación del nexo de complementariedad existente entre derechos humanos-capacidades humanas para una protección integral de las personas, en MONEREO PÉREZ, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El Modelo Europeo*, Albacete, Bomarzo, 2009, cap. 5 (“El enfoque de las “capacidades” como completo del “enfoque de los derechos””), págs. 143 y ss.; *Ibid.*, “Derecho Humano al Desarrollo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MONEREO ATIENZA, C. (DIRS.): *El Sistema Universal de Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014.

*tiene un eje central en la misma Convención* como instrumento normativo fundamental de dimensión universalista dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (y con ello encuadrable en el estándar internacional y europeo de garantías multinivel de los derechos fundamentales)<sup>9</sup>.

La Convención ha supuesto la consagración del enfoque de derechos de las personas con discapacidad, de modo que considera a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos, estando los poderes públicos obligados a garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo. De acuerdo con ello, esta ley reconoce a las personas con discapacidad los mismos derechos que tiene el resto de la población y reorienta las actuaciones públicas, desde un modelo biosanitario y rehabilitador, centrado en la enfermedad o en las deficiencias, a un modelo social basado en las capacidades y en la interacción con el entorno y la participación real y efectiva en todos los asuntos que les son propios. La ley también promueve el respeto a la diversidad desde el reconocimiento del valor de las personas con capacidades o funcionalidades diferentes a las de la mayoría. Esta orientación implica un cambio fundamental de las políticas públicas, que han de dirigir sus objetivos a lograr la accesibilidad universal, proporcionando los apoyos necesarios para alcanzarla con criterios de equidad y sostenibilidad a fin de avanzar hacia la vida independiente y hacia una sociedad plenamente inclusiva.

Debe partirse del reconocimiento de la discapacidad como 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. Se avanza así hacia la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso. Además, es evidente que, pese a los diversos instrumentos y actividades que pudieran localizarse, las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo. Se encuentra así la citada convención internacional que viene a ampliar e integrar a las personas con discapacidad con el objetivo de promover y proteger los derechos y la dignidad de estas personas contribuyendo significativamente a paliar la profunda desventaja social que padecen y a promover su participación, con igualdad de oportunidades, en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural, tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados.

En este sentido, haciendo referencia a los preceptos más importantes que después relacionaremos con la normativa española y, más concretamente, con el ámbito laboral, nos encontramos con un propósito muy noble por parte de la Convención: *“promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”*. Asimismo, dentro de personas con discapacidad, se *“incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”* (artículo 1 de la Convención).

<sup>9</sup> Para un estudio completo y en profundidad de ese estándar multinivel de garantías, véase VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Comares, 2014. VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Comares, 2012. VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Comares, 2017.

Desde la perspectiva que nos interesa, hay una serie de conceptos que deben ser traídos a colación puesto que, en un momento posterior de este texto, nos referiremos a ellos más detenidamente. Así, por ejemplo, por discriminación por motivos de discapacidad “*se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables*”. Y por ajustes razonables se “*entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*” (artículo 2 de la Convención).

En este sentido, son principios de la Convención los siguientes: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

En plena vinculación con el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad, los Estados Parte se comprometen a cumplir con las siguientes obligaciones generales (artículo 4 de la Convención): a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad; d) Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella; e) Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad; f) Empezar o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal que requieran la menor adaptación posible y el menor costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promover su disponibilidad y uso, y promover el diseño universal en la elaboración de normas y directrices; g) Empezar o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad, dando prioridad a las de precio asequible; h) Proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo; i) Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos.

Importante es hacer referencia a la igualdad y a la no discriminación reconocida en la Convención. Al hilo de lo anterior, los Estados Parte reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la

ley en igual medida sin discriminación alguna. Es por ello que los Estados Parte prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Parte adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables. Asimismo, no se considerarán discriminatorias las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.

Por último, en plena vinculación con la materia laboral, esta Convención reconoce el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás, lo que incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Parte salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables; b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos; c) Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás; d) Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua; e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo; f) Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias; g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público; h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas; i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo; j) Promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto; k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad. Por último, los Estados Parte asegurarán que las personas con discapacidad no sean sometidas a esclavitud ni servidumbre y que estén protegidas, en igualdad de condiciones con las demás, contra el trabajo forzoso u obligatorio.

Vista la normativa más importante referida al colectivo de personas con discapacidad, analicemos después una serie de cuestiones en plena vinculación con la materia laboral.

#### **IV. ESTRATEGIA EUROPEA SOBRE DISCAPACIDAD 2010-2020: UN COMPROMISO RENOVADO PARA UNA EUROPA SIN BARRERAS**

Llegamos así a uno de los textos normativos más recientes respecto a la discapacidad. En este sentido, la Unión Europea y sus Estados miembros tienen un mandato muy sólido para mejorar la situación social y económica de las personas con discapacidad, lo que se deriva de los siguientes mandatos normativos:

De conformidad con el artículo 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (“la Carta”), “*la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida*”. El artículo 26 establece que “*la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad*”. Asimismo, el artículo 21 prohíbe toda discriminación por razón de discapacidad<sup>10</sup>.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) estipula que la Unión, en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, tratará de luchar contra toda discriminación por razón de discapacidad (artículo 10) y que podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivo de discapacidad (artículo 19).

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas (“la Convención”), primer instrumento internacional jurídicamente vinculante en el ámbito de los derechos humanos del que son Partes la Unión Europea y sus Estados miembros, exige a los Estados Parte que protejan y salvaguarden todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad. De conformidad a la Convención, entre las personas con discapacidad se encuentran aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

En este sentido, como antecedentes de esta época reciente, una de cada seis personas de la Unión Europea (UE) tiene una discapacidad entre leve y grave, lo que suma unos 80 millones de personas que, con frecuencia, no pueden participar plenamente en la sociedad y la economía a causa de barreras físicas y de la actitud del resto de la sociedad. A ello se le une que las personas con discapacidad registran un índice de pobreza un 70% superior a la media, en parte por tener un menor acceso al empleo. Más de un tercio de las personas mayores de setenta y cinco años sufre algún tipo de discapacidad que restringe en cierta medida sus posibilidades, y más del 20% tienen capacidades muy limitadas. Además, es previsible que estas cifras aumenten por el envejecimiento de la población de la Unión Europea.

Por ello, la Comisión colaborará con los Estados miembros para luchar contra los obstáculos que impiden tener una Europa sin barreras, suscribiendo Resoluciones recientes a este respecto del Parlamento Europeo y del Consejo. Esta Estrategia proporciona un marco de acción a escala europea y nacional para abordar las distintas situaciones de hombres, mujeres y niños con discapacidad. Lo cierto es que es esencial que las personas con discapacidad participen plenamente en la vida económica y social para que tenga éxito la Estrategia Europa en su empeño de generar un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Construir una sociedad que incluya a todos también sirve para ofrecer oportunidades de mercado y promover la innovación.

Los marcos político y de regulación jurídica no reflejan adecuadamente las necesidades de las personas con discapacidad, como tampoco es el caso de los desarrollos de productos y servicios. Muchos productos y servicios, y buena parte del entorno construido, no son lo suficientemente accesibles. La crisis económica ha repercutido negativamente en la situación de las personas con discapacidad, de manera que es aún más imperativo actuar. Por todo ello, esta Estrategia pretende mejorar las vidas de estas personas y aportar mayores beneficios a la sociedad y la economía sin imponer una burocracia innecesaria a la industria y las administraciones.

<sup>10</sup> Para mayor abundamiento, *vid.* ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: *Legislación Sobre Discapacidad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005, *passim*.

Como bien establece este texto normativo, el objetivo general de esta Estrategia es capacitar a las personas con discapacidad para que puedan disfrutar de todos sus derechos y beneficiarse plenamente de una participación en la economía y la sociedad europeas, especialmente a través del mercado único. Lograr este objetivo y asegurar una puesta en práctica efectiva de la Convención en toda la Unión Europea exige coherencia. La Estrategia identifica medidas a escala de la Unión Europea complementarias a actuaciones nacionales y determina los mecanismos necesarios para aplicar la Convención en la Unión, sin olvidar las propias instituciones de la propia Unión Europea. También expone el apoyo que se necesita para la financiación, la investigación, la sensibilización, la recopilación de datos y la elaboración de estadísticas. La Estrategia se centra en la supresión de barreras. La Comisión ha identificado ocho ámbitos primordiales de actuación: accesibilidad, participación, igualdad, empleo, educación y formación, protección social, sanidad y acción exterior. Se determinan así medidas clave respecto a cada ámbito, con el objetivo principal para la Unión Europea destacado en un recuadro. Estos ámbitos se eligieron por su potencial para contribuir a los objetivos generales de la Estrategia y la Convención, así como a partir de los documentos políticos en esta materia de las instituciones de la Unión Europea y del Consejo de Europa, los resultados del Plan de Acción de la Unión Europea en materia de discapacidad (2003-2010) y una consulta de los Estados miembros, las partes interesadas y el público en general.

Dicho lo anterior, hagamos ahora referencia al ámbito de actuación de la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020:

**1. Accesibilidad.** De conformidad con la Estrategia, por “accesibilidad” se entiende el acceso de las personas con discapacidad, en las mismas condiciones que el resto de la población, al entorno físico, al transporte, a las tecnologías y los sistemas de la información y las comunicaciones (TIC), y a otras instalaciones y servicios. Como bien se establece, todavía hay barreras importantes en todos estos ámbitos. Trae la propia Estrategia una serie de ejemplo: de media, en la Unión Europea, solo el 5 % de los sitios web públicos se ajustan completamente a las normas de accesibilidad de internet, si bien un porcentaje más alto es parcialmente accesible; igualmente, muchas cadenas de televisión facilitan un número todavía muy reducido de programas subtítulos o que ofrezcan descripciones auditivas. La accesibilidad es una condición previa a la participación en la sociedad y en la economía, y la Unión Europea tiene un largo camino que recorrer para conseguirla. La Comisión propone utilizar instrumentos legislativos y de otro tipo, como la normalización, para optimizar la accesibilidad al entorno construido, el transporte y las TIC, en consonancia con las iniciativas emblemáticas de la “Agenda digital” y la “Unión por la innovación”. Partiendo de los principios de una regulación más inteligente, la Comisión debe estudiar los beneficios de adoptar medidas legislativas que garanticen la accesibilidad de los productos y los servicios, incluidas las medidas encaminadas a intensificar el recurso a la contratación pública. Asimismo, debe fomentarse la incorporación de la accesibilidad y el diseño para todos en los planes de estudios educativos y de formación profesional de las profesiones pertinentes, así como potenciar un mercado de la Unión Europea para tecnologías de apoyo. En definitiva, la intervención de la Unión Europea apoyará y complementará actividades nacionales destinadas a poner en práctica la accesibilidad y eliminar las barreras actuales, y a mejorar la disponibilidad y la variedad de tecnologías de apoyo.

**2. Participación.** Persisten múltiples obstáculos que impiden que las personas con discapacidad puedan ejercer plenamente sus derechos fundamentales (en especial sus derechos como ciudadanos de la Unión) y que limitan su participación en la sociedad en las mismas condiciones que otras personas. Estos derechos incluyen el derecho a la libre circulación, a elegir dónde y cómo se quiere vivir, y a tener pleno acceso a las actividades culturales, recreativas y deportivas. Al respecto, la propia Estrategia pone como ejemplo, el de una persona con una discapacidad reconocida que se traslada a otro país de la Unión Europea, pues esta puede perder su acceso a prestaciones nacionales como la

posibilidad de utilizar el transporte público de forma gratuita o a precios reducidos. Es por ello que la propia Estrategia recoge que se estudiará la superación de los obstáculos al ejercicio de los derechos como personas, consumidores, estudiantes o actores económicos y políticos; abordar los problemas relacionados con la movilidad interna en la Unión Europea, así como facilitar y promover el uso de un modelo europeo de tarjeta de estacionamiento para personas con discapacidad; asimismo, también se debe promover la transición de una asistencia institucional a una asistencia de carácter local mediante el uso de los Fondos Estructurales y del Fondo de Desarrollo Rural para respaldar la evolución de los servicios de asistencia locales y sensibilizar sobre la situación de personas con discapacidad alojadas en centros residenciales, especialmente los niños y las personas mayores; mejorar la accesibilidad de organizaciones, actividades, actos, instalaciones, bienes y servicios, comprendidos los de tipo audiovisual, en los campos del deporte, el ocio, la cultura y la diversión; promover la participación en actos deportivos y la organización de actos específicos para las personas con discapacidad; estudiar maneras de facilitar el uso del lenguaje de los signos y del alfabeto Braille en los contactos con las instituciones de la Unión Europea; abordar la accesibilidad al voto para facilitar el ejercicio de los derechos electorales que asisten a los ciudadanos de la Unión Europea; promover la transferencia transfronteriza de obras protegidas por derechos de autor en un formato accesible; intensificar el uso de las excepciones que admite la Directiva sobre derechos de autor.

Por todo lo anterior, también se recoge que la actuación de la Unión Europea apoyará actividades nacionales destinadas a: lograr la transición de una asistencia institucional a una asistencia de carácter local, también mediante la utilización de los Fondos Estructurales y el Fondo de Desarrollo Rural, a efectos de la formación de recursos humanos y la adaptación de las infraestructuras sociales, el desarrollo de sistemas de financiación para ayudas personalizadas, la promoción de condiciones laborales adecuadas para los cuidadores profesionales y el apoyo a las familias y a los cuidadores no profesionales; facilitar la accesibilidad de organizaciones y actividades en los campos del deporte, el ocio, la cultura y la diversión, y acogerse a las excepciones que admite la Directiva sobre derechos de autor.

En definitiva, dentro de este apartado de participación, la Unión Europea debe lograr una plena participación en la sociedad de las personas con discapacidad permitiéndoles disfrutar de todos los beneficios de la ciudadanía de la Unión Europea; suprimiendo las trabas administrativas y las barreras actitudinales a la participación plena y por igual; y proporcionando servicios de calidad de ámbito local que comprendan el acceso a una ayuda personalizada.

**3. Igualdad.** Como tercer punto de actuación de la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 nos encontramos con la igualdad. En este sentido, comienza el texto confirmando que más de la mitad de los europeos consideran que la discriminación por discapacidad o edad está muy extendida en la Unión Europea. Conforme a los requisitos de los artículos 1, 21 y 26 de la Carta y de los artículos 10 y 19 del TFUE, la Comisión promoverá la igualdad de trato de las personas con discapacidad a través de un enfoque de doble vertiente. Por una parte, se utilizará la legislación de la Unión Europea vigente para proteger de la discriminación y, por otra, se aplicará una política activa destinada a luchar contra la discriminación y promover la igualdad de oportunidades en las políticas de la Unión Europea. La Comisión también prestará una atención especial al impacto acumulativo de la discriminación que pueden experimentar las personas con discapacidad, si se suman otros motivos de discriminación como la nacionalidad, la edad, la raza o el origen étnico, el sexo, la religión o las convicciones, o bien la orientación sexual. También velará por la plena aplicación de la Directiva 2000/78/CE, por la que se prohíbe la discriminación en el empleo; favorecerá la diversidad y luchará contra la discriminación a través de campañas de sensibilización a escala nacional y de la Unión Europea, y apoyará la labor en la Unión de ONG que trabajan en este terreno. La actuación de la Unión Europea apoyará y complementará políticas y programas nacionales encaminados a fomentar

la igualdad, por ejemplo, promoviendo la conformidad de la legislación de los Estados miembros en materia de capacidad jurídica con la Convención. En definitiva, la Unión Europea debe erradicar la discriminación por razón de discapacidad.

**4. Empleo.** Como cuarto punto de actuación de la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 nos encontramos con la referencia al empleo. En efecto, los empleos de calidad aseguran una independencia económica, fomentan los logros personales y ofrecen la mejor protección frente a la pobreza. Sin embargo, la tasa de empleo de las personas con discapacidad se sitúa solo en torno al 50 %. Para alcanzar las metas de crecimiento que se ha propuesto la Unión Europea, es necesario que un número mayor de personas con discapacidad ejerzan una actividad laboral remunerada en el mercado de trabajo “abierto”. Es por ello que la Comisión tiene que desarrollar el pleno potencial de la Estrategia Europa 2020 y de su “Agenda de nuevas cualificaciones y empleos” facilitando a los Estados miembros análisis, orientaciones políticas, intercambios de información y otro tipo de apoyo. También debe darse a conocer mejor la situación de las mujeres y los hombres con discapacidad respecto al empleo, identificar retos y proponer soluciones. Sin perjuicio de lo anterior, también debe prestar especial atención a los jóvenes con discapacidad en su transición de la educación al empleo, así como abordar la movilidad interna en el mercado laboral “abierto” y en talleres protegidos a través del intercambio de información y del aprendizaje mutuo. Asimismo, debe tratar la cuestión de las actividades por cuenta propia y de los empleos de calidad, sin descuidar aspectos como las condiciones de trabajo y la promoción profesional, contando con la participación de los interlocutores sociales. La Comisión debe intensificar su apoyo a las iniciativas voluntarias que promueven la gestión de la diversidad en el lugar de trabajo, tales como “cartas de la diversidad” firmadas por la empresa o iniciativas de empresa social. En este sentido, la actuación de la Unión Europea apoya y complementa los esfuerzos nacionales destinados a: analizar la situación de las personas con discapacidad en el mercado laboral; luchar para evitar que las personas con discapacidad caigan en la trampa o entren en la cultura de las prestaciones por discapacidad, que les disuaden de entrar en el mercado laboral; contribuir a su integración en el mercado laboral a través del Fondo Social Europeo (FSE); desarrollar políticas activas del mercado; mejorar la accesibilidad de los lugares de trabajo; desarrollar servicios de colocación profesional, estructuras de apoyo y formación en el lugar de trabajo; y promover el uso del Reglamento general de exención por categorías, que permite conceder ayudas estatales sin notificación previa a la Comisión. En definitiva, posibilitar que muchas personas con discapacidad tengan ingresos por actividades laborales en el mercado de trabajo abierto.

**5. Educación y formación.** Como quinto punto de actuación de la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 nos encontramos con la referencia a la educación y a la formación. Comienza el texto disponiendo que, en el grupo de edad entre dieciséis y diecinueve años, la tasa de personas con limitaciones importantes que no prosiguen sus estudios se sitúa en el 37%, frente a un 25% de las personas con ciertas limitaciones, y un 17% de las personas sin limitación alguna. El acceso a la educación general es difícil para los niños con discapacidad grave, y a veces tiene lugar de forma segregada. Las personas con discapacidad y, especialmente, los niños, deben integrarse adecuadamente en el sistema educativo general, con el apoyo individual necesario, en interés de los propios niños. Sin perjuicio de la responsabilidad de los Estados miembros respecto al contenido de los planes de estudios y la organización de los sistemas educativos, la Comisión viene respaldando el objetivo de una educación y formación inclusivas y de calidad en el marco de la iniciativa “Juventud en movimiento”. Además, viene difundiendo más información sobre los niveles educativos y las oportunidades que se ofrecen a las personas con discapacidad, y aumentando la movilidad de este colectivo facilitando su participación en el Programa de aprendizaje permanente. La actuación de la Unión Europea respalda así el marco estratégico para la cooperación europea en educación y formación, los esfuerzos nacionales encaminados, en primer lugar, a suprimir las barreras jurídicas y organizativas que se presentan a las personas con discapacidad en los sistemas generales de educación

y de aprendizaje permanente; en segundo lugar, a apoyar oportunamente una educación inclusiva, un aprendizaje personalizado y una identificación temprana de necesidades especiales; y, por último, a facilitar una formación y un apoyo adecuados a los profesionales que trabajan a todos los niveles educativos e informar sobre tasas y resultados de participación. En definitiva, la Unión Europea viene promoviendo una educación y un aprendizaje permanente inclusivos para todos los alumnos<sup>11</sup>.

**6. Protección social.** Como sexto punto de actuación de la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 nos encontramos con la referencia a la protección social. En este sentido, una participación menor en la educación general y en el mercado laboral conlleva desigualdades en los niveles de ingresos y pobreza para las personas con discapacidad, y es motivo de exclusión social y aislamiento. Sin embargo, es obvio que este colectivo debe poder beneficiarse de los sistemas de protección social y de los programas de reducción de la pobreza, de ayudas a la discapacidad, de planes de vivienda pública y de otros servicios de facilitación, así como de programas de prestaciones y jubilación. Por ello, la Comisión viene prestando atención a estos asuntos a través de la “Plataforma europea contra la pobreza”, lo que incluye evaluar la adecuación y sostenibilidad de los sistemas de protección social y de las ayudas del Fondo Social Europeo. Sin perjuicio de las competencias de los Estados miembros, la Unión Europea apoya las medidas nacionales encaminadas a garantizar la calidad y la sostenibilidad de los sistemas de protección social para las personas con discapacidad, en particular, a través de los intercambios de información sobre políticas y del aprendizaje mutuo. En definitiva, la Unión Europea viene promoviendo condiciones de vida dignas para las personas con discapacidad.

**7. Sanidad.** Como séptimo punto de actuación de la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 nos encontramos con la referencia a la sanidad. Las personas con discapacidad pueden tener un acceso limitado a los servicios sanitarios, incluidos los tratamientos médicos ordinarios, lo que puede revertir en desigualdades respecto a la salud independientes de su discapacidad. Estas personas tienen derecho al mismo acceso a la asistencia sanitaria que el resto de la población, también a la asistencia de carácter preventivo, y a beneficiarse de unos servicios sanitarios y de rehabilitación específicos que sean asequibles, de calidad y que tengan en cuenta sus necesidades, incluidas las derivadas del género. Esta tarea es competencia básicamente de los Estados miembros, que son responsables de la organización y la prestación de servicios sanitarios y de asistencia médica. Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión viene apoyando el desarrollo de medidas encaminadas a la igualdad de acceso a la asistencia sanitaria que comprendan unos servicios sanitarios y de rehabilitación de calidad diseñados para las personas con discapacidad. También viene prestando una atención especial a las personas con discapacidad a la hora de poner en práctica medidas destinadas a luchar contra las desigualdades en el campo de la salud; viene promoviendo la adopción de medidas en el ámbito de la salud y la seguridad en el trabajo para reducir los riesgos de sufrir una discapacidad durante la vida laboral y mejorar la reinserción laboral de los trabajadores con discapacidad; y viene dedicándose a prevenir estos riesgos. Asimismo, la actuación de la Unión Europea apoya las medidas nacionales cuyo objeto sea proporcionar unos servicios y unas instalaciones sanitarias accesibles y no discriminatorias; fomenta la sensibilización hacia las discapacidades en las escuelas de medicina y en los planes de estudios de los profesionales de la salud; ofrece unos servicios adecuados de rehabilitación; promueve la asistencia sanitaria psíquica y el desarrollo de servicios de intervención temprana y de evaluación de necesidades. En definitiva, la Unión Europea viene potenciando la igualdad de acceso a los servicios sanitarios y a las instalaciones vinculadas para las personas con discapacidad.

<sup>11</sup> ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: “La difusión y extensión del derecho de la discapacidad entre los operadores jurídicos”, en AA. VV.: *Nuevos Horizontes en el Derecho de la Discapacidad: hacia un Derecho Inclusivo*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2018, págs. 293 y ss.

**8. Acción exterior.** Como octavo y último punto de actuación de la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 nos encontramos con la referencia a la acción exterior. La Unión Europea y los Estados miembros vienen promoviendo los derechos de las personas con discapacidad en su acción exterior, incluidas las ampliaciones de la Unión, la política de vecindad y los programas de desarrollo. En este sentido, la Comisión viene trabajando en un marco más amplio de no discriminación para hacer hincapié en la discapacidad como un componente de los derechos humanos en la acción exterior de la Unión Europea; además, realiza labores de sensibilización respecto a la Convención y las necesidades de las personas con discapacidad, incluida la accesibilidad, en el campo de las actuaciones de emergencia y la ayuda humanitaria; consolida la red de corresponsales en materia de discapacidad de manera que se conciencie a las delegaciones de la Unión Europea de todo lo concerniente a la discapacidad; garantiza que los países candidatos potenciales o efectivos avancen en la promoción de los derechos de las personas con discapacidad y se asegura de que los instrumentos financieros destinados a las ayudas previas a la adhesión se utilicen para mejorar la situación de este colectivo. La intervención de la Unión Europea servirá para apoyar y complementar iniciativas nacionales encaminadas a plantear cuestiones de discapacidad en los diálogos con los países no pertenecientes a la Unión y, en su caso, incluirá la discapacidad y la puesta en práctica de la Convención tomando en consideración los compromisos de Accra sobre la eficacia de la ayuda. También fomentará los acuerdos y compromisos sobre cuestiones de discapacidad en foros internacionales (Naciones Unidas, Consejo de Europa, OCDE). En definitiva, la Unión Europea promueve los derechos de las personas con discapacidad en la acción exterior de la Unión.

Habiendo hecho referencia expresa a todos los puntos de actuación de la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020, ya solo queda referirnos a una serie de cuestiones que aparecen en dicho texto. En definitiva, la Comisión debe velar para que las personas con discapacidad sean conscientes de sus derechos, prestando particular atención a la accesibilidad de los materiales y los canales de información, promoviendo asimismo la sensibilización hacia los enfoques de tipo “diseño para todos” en los productos, servicios y entornos. Además, la Unión Europea debe acompañar en esta difícil tarea a las campañas nacionales de sensibilización sobre las capacidades y las contribuciones de las personas con discapacidad y potenciar el intercambio de buenas prácticas en materia de discapacidad. En suma, concienciar a la sociedad de todo lo referente a la discapacidad e informar en mayor medida a las personas con discapacidad de sus derechos y la manera de ejercerlos.

El marco de gobernanza que establece el artículo 33 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas (organismos gubernamentales, mecanismo de coordinación, mecanismo independiente y participación de las personas con discapacidad y sus organizaciones) debe abordarse a dos niveles: respecto a los Estados miembros, en una amplia gama de políticas de la Unión Europea, y en el marco de las instituciones de la Unión.

Como conclusión, la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 ha pretendido sacar partido del potencial combinado de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas, aprovechando plenamente las posibilidades que ofrecen la Estrategia Europa 2020 y sus instrumentos. Es un instrumento que está permitiendo desarrollar un proceso destinado a capacitar a las personas con discapacidad de manera que puedan participar plenamente en la sociedad, en unas condiciones de igualdad con el resto de la población. No obstante, aún queda mucho camino por recorrer, travesía que debe ser superada a través de la implicación real de los organismos nacionales y supranacionales.

## V. PROBLEMAS DE DISCRIMINACIÓN DEL COLECTIVO DISCAPACITADO: LA POLÍTICA LEGISLATIVA DE LOS “AJUSTES RAZONABLES”. OBSTÁCULOS EN LA PARTICIPACIÓN DE PERSONAS QUE NO RESPONDAN A PARÁMETROS DE “NORMALIDAD”

### 1. Contexto del término de “ajustes razonables” en el modelo social de la discapacidad

El concepto de “*ajustes razonables*” se encuentra recogido en la Directiva 2000/78/CE<sup>12</sup>. Éste se fundamenta en la idea de que la sociedad se encuentra estructurada conforme a patrones de “*normalidad*”, en las que se tiene en cuenta al modelo de persona con capacidades físicas y mentales que podríamos catalogar como de “*normales*”. Así, desde la perspectiva laboral, los empleadores conciben sus instalaciones y diseñan sus políticas, al amparo de dichos criterios. Pero el término de discapacidad no queda definido en la norma comunitaria, habiendo declarado el TJUE que dicho concepto ha de identificarse con el del artículo 1, párrafo segundo del Convenio de la ONU<sup>13</sup>. Por tanto, serán personas con discapacidad las que “*tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás*”<sup>14</sup>. En consecuencia, ha de considerarse a las personas con discapacidad, como sujetos titulares de derechos y no como meros objetos de tratamiento y protección social<sup>15</sup>. De tal forma, que aquellas personas que no respondan a tales parámetros de “*normalidad*”, se encuentran impedidas no solo por sus patrones, sino también, por los obstáculos que descubren a su paso, los cuáles, derivan a una consecuencia lógica e inevitable como es la exclusión del mercado de trabajo, o en su defecto, a un abanico de oportunidades mucho más reducido y restringido. Como resultado de este razonamiento, actualmente existe un gran número de personas con discapacidad, en edad de trabajar, que se ven excluidos del mercado de trabajo, sufriendo tasas de desempleo dos o tres veces superiores a la media, siendo la duración de su desempleo más largo que la del resto de la población<sup>16</sup>. Y es que, una sociedad abierta ha de modificar tal entorno solidariamente para acoger a las personas con discapacidad como elementos enriquecedores que ensanchan la humanidad y le agregan valor. Lo anterior, debe hacerse tomando en consideración la propia intervención de las personas con capacidades diferenciadas<sup>17</sup>. Desde este ámbito, la noción de “*ajustes razonables*” se inserta en la doctrina del modelo social de la discapacidad. Por otro lado, los Estados miembros difunden que la mayoría de las personas con discapacidad están completamente excluidas del mercado de trabajo y dependen en gran medida de las prestaciones con invalidez, lo que, con más frecuencia de lo deseable, este tipo de prestaciones solo sirve para reforzar la exclusión de los beneficiarios, que se ven de esta forma obligados a depender de las prestaciones sociales<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: “Marco normativo para la garantía de las exigencias básicas de accesibilidad y para la supresión de barreras arquitectónicas (a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2013)”, en SOTO RUIZ, J. (Dir.): *Estudios sobre derecho y discapacidad: In memoriam José Soto García-Cam*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, págs. 151 y ss.

<sup>13</sup> Aprobado el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York. MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N. y VILA TIerno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2020, pág. 416.

<sup>14</sup> STJUE, Sala Segunda, 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11.

<sup>15</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.: “Integración de las personas con discapacidad”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MONEREO ATIENZA, C. (DIRS.): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pág. 578.

<sup>16</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., VIDA SORIA, J. y MALDONADO MOLINA, J. A.: “Solidaridad y protección social en el marco de la Constitución Europea”, en Quesada Segura, R. (Coord.): *La constitución Europea y las relaciones laborales*, Sevilla, CARL, 2004, pág. 468.

<sup>17</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.: “Integración de las personas con discapacidad”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MONEREO ATIENZA, C. (DIRS.): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pág. 578.

<sup>18</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.: “Integración de las personas con discapacidad”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MONEREO ATIENZA, C. (DIRS.): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los*

## 1.1. El concepto de “ajustes razonables”

El término de “*ajustes razonables*” procede de la normativa norteamericana. Inicialmente, este concepto no se ligaba a la discapacidad de la persona, sino que surgió asociada al concepto de la discriminación por motivos de religión<sup>19</sup>. El artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE –ajustes razonables para las personas con discapacidad– reconoce que “*a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables*”. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, así como para que se les ofrezca formación, salvo que estas medidas supongan una carga excesiva para el empresario<sup>20</sup>. Otra definición de “*ajustes razonables*”, es la contenida en la Convención de la ONU, sobre los derechos de las personas con discapacidad, y que entiende por tal, “*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*”<sup>21</sup>. Así, se ha de tener presente el “*principio de diseño para todos*”, con la finalidad de que las personas con discapacidad puedan ejercitar los mismos derechos y contar con las mismas oportunidades que los demás ciudadanos<sup>22</sup>.

## 1.2. El significado del término “ajustes”

Los conceptos que se refieren a los “ajustes” se refieren a medidas, modificaciones o adaptaciones que permitan a las personas con discapacidad, alcanzar un empleo, desempeñar su trabajo o acceder a la formación en igualdad de condiciones con los demás, de modo que el ajuste debe de encontrarse vinculado con el trabajo y no extenderse a las adaptaciones que asistan a la persona con discapacidad en sus actividades cotidianas<sup>23</sup>. Las medidas que se requieren para conseguir ese objetivo necesitan del estudio individualizado tanto de la persona con discapacidad, como del empleo o formación en cuestión. Por ende, nos es imposible elaborar un listado exhaustivo de las acciones que permitan tal finalidad, pues el concreto ajuste dependerá de las circunstancias de cada caso concreto. Así, un ambiente de trabajo apropiado contribuye a que los trabajadores puedan mantener un buen estado de salud, constituyendo un factor de competitividad importante, al tiempo que la accesibilidad es una medida preventiva eficaz contra fatiga y accidentes<sup>24</sup>.

---

*Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pág. 588.

<sup>19</sup> WADDINGTON, L y HENDRIKS A.: “The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination”, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, núm. 3, 2002, pág. 413.

<sup>20</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.: “Integración de las personas con discapacidad”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MONEREO ATIENZA, C. (Dir.): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pág. 590.

<sup>21</sup> Por otro lado, el artículo 40.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, establece, en transposición del artículo 5 de la Directiva 78/2000/CE, la obligación empresarial de “*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*”.

<sup>22</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.: “Integración de las personas con discapacidad”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MONEREO ATIENZA, C. (Dir.): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pág. 578.

<sup>23</sup> CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pág. 137.

<sup>24</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.: “Integración de las personas con discapacidad”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MONEREO ATIENZA, C. (Dir.): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los*

### 1.3. El significado del carácter “razonable”

La razonabilidad de los ajustes puede interpretarse de tres formas diferentes. En primer lugar, un ajuste es “razonable” cuando no implica excesivos costes o inconvenientes para el empleador. Dentro de esta noción, algunas legislaciones no hacen referencia a la noción de “carga excesiva”, sino sólo a la noción de “razonabilidad”. Otras ponen en relación el concepto de “razonable” con el de “carga excesiva”, entendiendo que un ajuste es “razonable” cuando no crea una “carga excesiva” para el empresario. Otras, en contraste con las anteriores, contemplan de forma separada el carácter razonable del ajuste y la carga excesiva, considerando ambos aspectos como límites de la obligación empresarial, sin especificar la naturaleza de cada uno de ellos<sup>25</sup>. Sin embargo, los tribunales han entendido que el “carácter razonable” es un límite a la obligación empresarial de efectuar ajustes, si bien un límite distinto de la “carga excesiva”. Así, la Corte Suprema<sup>26</sup>, ha rechazado que el término “razonable” sea sinónimo de “efectivo”, pues es la palabra “ajuste” la que expresa la idea de efectividad<sup>27</sup>.

Una segunda interpretación de la terminología de “ajuste razonable”, es aquella que la entiende como sinónimo de efectivo, siendo ajuste razonable, el ejercicio efectivo que permita al beneficiario del mismo llevar a cabo las tareas en cuestión. Sin embargo, dado que el término “razonable” no expresa ese significado, las legislaciones nacionales que se han inclinado por este enfoque suelen utilizar el término alternativo de “efectivo” o “apropiado”, en vez de “razonable”<sup>28</sup>.

Una tercera y última interpretación es la referida a la de considerar que un ajuste es “razonable”, siempre y cuando sea efectivo y, además, no resulte en excesivos costes o dificultades para el empresario. Así, debe de cumplirse un doble requisito: que sea efectivo y que no suponga una excesiva carga<sup>29</sup>. Habiendo observado los tres supuestos enunciados, ésta última interpretación parece ser la que subyace en el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE, que define la obligación de efectuar “ajustes razonables” en el sentido de que el empresario adopte medidas adecuadas salvo que éstas supongan una carga excesiva. De este modo, las políticas de accesibilidad favorecen igualmente la creación y el desarrollo de mercados cada vez más competitivos<sup>30</sup>. En definitiva, ha de incorporarse, aunque sea de forma implícita, el firme compromiso moral y político de los Estados de adoptar medidas para lograr la igualdad de oportunidades<sup>31</sup>.

## 2. Sujetos beneficiarios y sujetos obligados a efectuar ajustes

Podemos diferenciar dos tipos de personas con discapacidad protegidas por la normativa antidiscriminatoria. De un lado, las que pueden realizar el trabajo en su configuración actual, pero a quienes el empresario es reticente a su contratación por la creencia equivocada de que no podrán

---

*Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pág. 578.

<sup>25</sup> SCHIEK, D., WADDINGTON, L. y BELL, M. et al.: *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, págs. 634 y ss.

<sup>26</sup> En el asunto US Airways, inc. v. Barnett.

<sup>27</sup> CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, págs. 139 y ss.

<sup>28</sup> CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pág. 141.

<sup>29</sup> CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pág. 141.

<sup>30</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.: “Integración de las personas con discapacidad”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MONEREO ATIENZA, C. (Dir.): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pág. 585.

<sup>31</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N. (Dir.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, pág. 1776.

desempeñar las tareas pertinentes de la relación laboral. Tales sujetos, son víctimas de la denominada discriminación tradicional, análogas a la sufrida por las mujeres, minorías étnicas, religiosas o raciales. De otro lado, encontramos las personas cuyas discapacidades no les permiten desempeñar el trabajo en la configuración actual, pero que sería perfectamente realizado en su configuración apropiada con la realización de un ajuste razonable. Para ello, se debe de identificar las funciones vitales del trabajo a realizar, que serán las únicas características requeridas con el fin de valorar la capacidad del trabajador. Así, el supuesto de que un trabajador con discapacidad no se encuentre capacitado para desempeñar tareas marginales de un puesto de trabajo, no justifica su no contratación o peor aún, la extinción de su contrato de trabajo<sup>32</sup>. El trabajo es en sí mismo un factor de integración social, pero puede ser también un factor de exclusión social<sup>33</sup>.

En lo que respecta a los sujetos obligados a efectuar los “ajustes razonables”, la Directiva parece querer dirigirse solo a los empresarios. Sin embargo, del artículo 2.2.b).ii) cuando se refiere al concepto de discriminación indirecta, y sobre todo, a la justificación relativa a la realización de ajustes, recoge lo siguiente: “*empresario o cualquier persona u organización*”. Por tanto, por empresario debe entenderse no solo los privados, sino también los entes públicos como son las empresas públicas y las Administraciones, por cuanto la Directiva 2000/78/CE<sup>34</sup> se aplica tanto al sector público como al sector privado<sup>35</sup>. Y es que, el derecho al trabajo es un derecho social que no se agota en la dimensión de la libertad, sino que comprende igualmente una dimensión prestacional que determina obligaciones positivas de actuación para los poderes públicos<sup>36</sup>.

### 3. La determinación de la carga excesiva

La imposición empresarial de realizar aquellos “ajustes razonables” en beneficio de los empleados discapacitados, no es una obligación total y absoluta, y es que, el precitado ajuste ha de entenderse como una modificación efectiva que permita a la persona con discapacidad acceder a un empleo, desempeñar su trabajo o acceder a la formación requerida para ello. Sin embargo, los “ajustes razonables” a los que el empresario se encuentra sujeto, posee un límite: que tales ajustes no constituyan una carga excesiva o desproporcionada para la empresa. Se pretende conciliar el interés de la empresa con el rigor de la necesaria igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, permitiendo a los empresarios la justificación de la no realización de los “ajustes razonables”, en supuestos en los que sea patente que tales modificaciones se erigen en una carga totalmente excesiva desde la perspectiva económica o teniendo en cuenta otros factores<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, págs. 143 y ss.

<sup>33</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “Derecho al trabajo, derecho a trabajar y derecho a libre elección del trabajo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MONEREO ATIENZA, C. (Dir.): *El sistema universal de los derechos humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014, pág. 788.

<sup>34</sup> El artículo 3 de la directiva, cuando se refiere al ámbito de aplicación, dispone lo siguiente: “*la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos*”.

<sup>35</sup> CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, págs. 145 y ss.

<sup>36</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “Derecho al trabajo, derecho a trabajar y derecho a libre elección del trabajo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MONEREO ATIENZA, C. (Dir.): *El sistema universal de los derechos humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014, pág. 780.

<sup>37</sup> CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pág. 146.

El término de carga excesiva es un concepto jurídico indeterminado. No existe una definición que nos otorgue las pautas necesarias o los factores que engloba a este término. Para ello, tendremos que realizar un análisis individualizado de las circunstancias del caso concreto, teniendo presente los dos factores más importantes como son el coste del ajuste y la capacidad financiera de la empresa, elementos que permitirán evaluar la valoración de la eventual carga excesiva que la empresa pudiera sufrir. Así, llegamos a la siguiente premisa: cuanto menor sea el coste de un ajuste, más probable será que la empresa se encuentre obligada a su realización. Además, habrá que tener en cuenta otra serie de circunstancias como, por ejemplo, si la carga es mitigada en grado suficiente con medidas o ayudas públicas directas que pudieran existir o incluso ayudas indirectas como son las subvenciones o beneficios fiscales para la contratación de personas con discapacidad. Otro dato importante que se ha de tener presente es el tamaño de la empresa y su capacidad financiera, así como el volumen de negocios total de la organización empresarial, de modo que es más factible que una pequeña o mediana empresa pueda aludir la presencia de una carga excesiva en la realización de tales modificaciones, que una empresa de mayores dimensiones en las que se cuente con grandes recursos<sup>38</sup>. Más difícil será eludir la realización de tales ajustes cuando la empresa pertenezca o sea parte de un grupo de empresas, cuya capacidad financiera será aún mayor. Por otro lado, el hecho de que la empresa atraviese por dificultades económicas podrá ser alegado para valorar la existencia de la carga excesiva siempre que se acredite tales circunstancias fehacientemente. En el mismo sentido, otro aspecto vital será el de la repercusión que la realización del “*ajuste razonable*” tendrá en la incidencia con otros trabajadores de la empresa<sup>39</sup>. En definitiva, debemos incidir en la vital importancia de la realización de los “*ajustes razonables*”, por cuanto una cuestión tan importante como garantizar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad no puede hacerse depender de elementos economistas o financieros<sup>40</sup>.

#### 4. Incumplimiento de la obligación de realizar “ajustes razonables”: forma de discriminación

En lo que se refiere a la lucha contra la discriminación, se ha evolucionado en el Derecho Social Comunitario, progresando de un tratamiento jurídico indiferenciado, a una tutela diferenciada y reforzada –artículo 19.1 TFUE y artículo 1 Directiva 2000/78/CE–. Y es que, el derecho al trabajo presupone y comprende el trabajo desarrollado en condiciones dignas<sup>41</sup>. El incumplimiento del deber de realizar “*ajustes razonables*” constituye discriminación por razón de discapacidad. Tal afirmación es incuestionable por cuanto la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad establece, en su artículo 2, que la discriminación por motivos de discapacidad engloba “*cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables*”<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> SCHIEK, D., WADDINGTON, L. y BELL, M. *et al*: *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, pág. 739.

<sup>39</sup> CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, págs. 147 y ss.

<sup>40</sup> GARRIDO PÉREZ, E.: “El Tratamiento comunitario de la discapacidad: desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades”, en *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 59, 2001, pág. 186.

<sup>41</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “Derecho al trabajo, derecho a trabajar y derecho a libre elección del trabajo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MONEREO ATIENZA, C. (Dir.) *et al*: *El sistema universal de los derechos humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014, pág. 774.

<sup>42</sup> Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad. Aprobada en fecha 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

Por el contrario, la Directiva 2000/78/CE, al vincular la obligación de efectuar “ajustes razonables” al principio de igualdad de trato, insta a la confusión de si el incumplimiento de dicha obligación es constitutivo de discriminación. En este sentido, es significativo como en la propuesta original de la Comisión, la obligación de efectuar “ajustes razonables” se encontraba fijada en el articulado segundo, apartado 4, relativo al concepto de discriminación, para posteriormente trasladar dicho apartado a un artículo independiente. Sin embargo, el actual artículo 5<sup>43</sup>, mantiene la conexión con el artículo 2<sup>44</sup>, por medio de la vinculación de los “ajustes razonables” con el principio de igualdad de trato, por lo que en relación al argumento anterior, y por la historia legislativa del precepto, éste vínculo cabe interpretarlo de forma que el incumplimiento de realizar “ajustes razonables” es constitutivo de discriminación a la luz de la Directiva 2000/78/CE<sup>45</sup>, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación<sup>46</sup>.

Por otro lado, lo que no resulta tan claro es si el incumplimiento de la realización de ajustes ha de ser considerado como discriminación directa o indirecta, como aspecto de ambos conceptos o como forma de discriminación autónoma y diferente de las anteriores, en otros términos, discriminación *sui generis*<sup>47</sup>. En lo referido a la discriminación directa, y para determinar si ésta concurre en relación a los “ajustes razonables”, debemos comparar a la persona con discapacidad con otra persona dentro de los parámetros de la “normalidad”, una vez se haya realizado el ajuste razonable. Pero, y de conformidad con el artículo 2.2.a) de la Directiva 2000/78/CE, encontramos la problemática que produce el comparar a la persona con discapacidad respecto de quienes no requieren ningún ajuste razonable, lo cual, puede ser difícil de demostrar habida cuenta que lo pretendido con la realización del ajuste razonable es situar a la persona con discapacidad en una situación comparable, reconociendo desde el mismo momento de su comparación, la no igualdad entre ambas. Es decir, habrá discriminación directa por motivo de discapacidad cuando una persona haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga<sup>48</sup>.

En lo que respecta a la discriminación indirecta, ésta existe “cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas”<sup>49</sup> con una discapacidad, salvo que: a) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para su consecución sean adecuados y necesarios; b) que respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica, por lo que, *a contrario sensu*, si el empresario tiene tal obligación y la incumple, estará incurriendo en una discriminación indirecta<sup>50</sup>. Así, la obligación de

<sup>43</sup> Que se refiere al concepto de “ajustes razonables”.

<sup>44</sup> Referido al concepto de discriminación.

<sup>45</sup> Más expresa es la propuesta de Directiva por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su discapacidad –Artículo 2 COM (2008) 426–, al establecer lo siguiente: “la denegación de un ajuste razonable se considera una forma de discriminación, en consonancia con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y con la Directiva 2000/78/CE”.

<sup>46</sup> CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, págs. 151 y ss.

<sup>47</sup> WADDINGTON, L y HENDRIKS A.: “The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination”, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, núm. 3, 2002, pág. 423.

<sup>48</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.: “Integración de las personas con discapacidad”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MONEREO ATIENZA, C. (Dir.) et al: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pág. 590.

<sup>49</sup> Artículo 2.2 Directiva 2000/78/CE.

<sup>50</sup> CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pág. 154.

efectuar “ajustes razonables” es una obligación de hacer, ya que precisamente, la inacción o pasividad del empleador es la que se califica como discriminatoria<sup>51</sup>.

Quizás lo más adecuado, sea considerar dicho incumplimiento como una forma de discriminación *sui generis*, distinta de otras formas de discriminación. Aunque lo más relevante sea que la no realización de “ajustes razonables”, salvo que pueda probarse que supone una carga excesiva para el empresario, sea contemplada como una discriminación por razón de discapacidad, con independencia de si la misma deba ser calificada como una discriminación directa o indirecta o una clase autónoma e independiente de discriminación<sup>52</sup>. Por último, destacar que no es suficiente cualquier ajuste en el empleo, sino una modificación digna, que es hablar en propiedad del valor del trabajo y de la contribución de la persona que trabaja en la generación del producto social.

Quizás, algunas de las deficiencias que actualmente podemos encontrar en la regulación de los “ajustes razonables” pueden ser paliadas en un futuro próximo con medidas tales, como la adaptación de horarios, la alternancia entre trabajo presencial y teletrabajo, trabajo a domicilio o la opción de elección por el trabajo a tiempo parcial. Pero han de ser los servicios públicos los principales precursores de asesoramiento en la adaptación de puestos de trabajo y entorno laboral en situaciones de trabajadores con discapacidad. Por otro lado, es apropiado que se proceda a la revisión de la normativa en orden a simplificar los trámites de solicitud y concesión, así como la posibilidad de otorgar ayudas públicas en supuestos de discapacidad sobrevenida y en los cambios de puesto de trabajo en la empresa y movilidad geográfica<sup>53</sup>.

Pero, ante todo, lo fundamental es garantizar la igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo. Para ello, no solo es suficiente con la realización de modificaciones legislativas, sino que, además, es obligatorio sensibilizar a los empresarios acerca del valor positivo que supone la contratación de trabajadores discapacitados y los notables beneficios que pueden repostar en la organización empresarial. Así, la realización de “ajustes razonables” no debería ser considerada como un incremento de costes, sino como una inversión de capital humano competente y especialmente motivado. Políticas que son más necesarias en el momento actual, por cuanto la crisis económica ha repercutido negativamente en la situación de las personas con discapacidad<sup>54</sup>.

## VI. LA DISCAPACIDAD DE LOS TRABAJADORES Y SU VINCULACIÓN CON UNA POSIBLE DISCRIMINACIÓN A TENOR DE LA NORMATIVA VIGENTE

Las limitaciones psicofísicas de los trabajadores pueden afectar a su capacidad para trabajar con independencia de su calificación jurídica en el marco de la incapacidad. El Real Decreto Legislativo 1/2013, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, define la discapacidad como “una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

<sup>51</sup> DE SCHUTTER, O.: *Discriminations et marché du travail*, Francia, Peter Lang, 2011, pág. 191.

<sup>52</sup> CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pág. 154.

<sup>53</sup> Estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012. Aprobado por el Consejo de Ministros el 26 de septiembre de 2008.

<sup>54</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.: “Integración de las personas con discapacidad”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MONEREO ATIENZA, C. (DIRS.): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pág. 585.

En el sistema constitucional, nuestro artículo 14 CE acoge una cláusula de textura abierta al hacer referencia a “*cualquier otra circunstancia personal o social*” para abordar la problemática de la conexión entre enfermedad y prohibición de discriminación. Esa textura abierta se infiere también del tenor del artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Además, en las discapacidades, entra en juego la obligación de realizar ajustes razonables como medida laboral previa y necesaria a cualquier otra medida a adoptar<sup>55</sup>. Al hilo de lo anterior, recordemos el recientemente derogado despido por absentismo, conforme al cual, podía darse la extinción contractual por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando se alcanzara el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el 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 –reiteramos, lo anterior, de conformidad con el derogado artículo 52.d) ET–.

En efecto, no se está tan sólo ante un problema de equilibrio de intereses cuando están en juego derechos fundamentales específicos –derecho al trabajo– e inespecíficos –dignidad, igualdad y no discriminación–. Con más razón, por este motivo, aun cuando somos conscientes de los aspectos económicos negativos que por ello pudiera poseer el empresario, el punto de vista no puede quedar reconducido solo hacia la monetización/mercantilización de los términos del debate pues la realidad es que existe interacción con derechos fundamentales. Lo cierto es que si el trabajador es discapacitado y no hay causa seria para la extinción o no se ha cumplido el deber de adaptación, el despido debería ser calificado nulo<sup>56</sup>.

En la doctrina del TJUE se parte de la premisa de que ha sido incorporada al Derecho de la Unión Europea, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 (DO 2010). Como ya hemos comentado más arriba, en su Preámbulo dicha Convención de la ONU reconoce 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*” (Preámbulo, letra e) de la Convención de la ONU). Asimismo, la Convención de la ONU define lo que entiende por discriminación por motivos de discapacidad: “*se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables*” (artículo 2 de la Convención de la ONU; Directiva 2000/78/CE, considerandos 17 y 20, y artículo 5)<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, pág. 849.

<sup>56</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, *passim*.; GUINDO MORALES, S.: “Configuración y régimen jurídico de la ineptitud del trabajador y sus diferencias y similitudes con la incapacidad temporal y permanente en sus distintos grados y con otras causas de despido”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 55-56, 2019, págs. 54 y ss.

<sup>57</sup> Ajustes razonables para las personas con discapacidad. “*A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La*

No se trata de imponer el mantenimiento del puesto de trabajo en cualquier caso respecto a la persona discapacitada sino de facilitarle el empleo realizando aquellos “ajustes razonables” si ello es posible y sensato, tanto respecto al fondo de los ajustes a realizar como respecto a la racionalidad económico empresarial del coste para llevarlos a cabo. No hay discriminación si el empleador pone de relieve que objetivamente no le es posible hacer adaptaciones en el puesto de trabajo, ni dispone de otros puestos de trabajo; o bien el hacerlo pueda suponer un coste excesivo, concepto jurídicamente indeterminado que en caso de conflicto tendrá que resolverlo el juez, recayendo la carga de la prueba en la posición jurídica del empresario (artículo 10 de la Directiva 2000/78/CE relativo a la carga de la prueba)<sup>58</sup>.

No es baladí hacer nota, ya inicialmente, que en tales casos existe una facilitación de la carga de la prueba a través de la prueba indiciaria o prueba de presunciones que expresamente se encuentra recogida en el considerando 31 de la Directiva 2000/78/CE, cuando establece que “*las normas relativas a la carga de la prueba deben modificarse cuando haya un caso de presunta discriminación y en el caso en que se verifique tal situación a fin de que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada. No obstante, no corresponde a la parte demandada probar que la parte demandante pertenece a una determinada religión, posee determinadas convicciones, presenta una determinada discapacidad, es de una determinada edad o tiene una determinada orientación sexual*”<sup>59</sup>.

Por su parte, los artículos 11, 12, 15 y 31 de la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación prohíbe explícitamente la discriminación por motivos de discapacidad. No obstante, ni la Convención de la ONU, ni la Directiva 2000/78/CE, definen en sí misma lo que se haya de entender por “*discapacidad*” (más allá de lo dispuesto en el Preámbulo de la Convención de la ONU). Por otra parte, es significativo –y problemático– que la Directiva 2000/78/CE no incluya expresamente a la “*enfermedad*” entre los motivos o causas de posible discriminación objeto de cobertura protectora. Pero, es verdad, que no es una lista cerrada o *numerus clausus*. En cualquier caso, el articulado de la citada Directiva se limita a describir la “*discapacidad*” como motivo de discriminación, pero no prejuzga la causa de la discapacidad.

El artículo 1 de la Convención de la ONU aporta un concepto de discapacidad funcional y social cuando señala que son personas con discapacidad aquellas “*que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”. Una vez ratificada dicha Convención por la Unión Europea, esta concepción de la discapacidad de textura abierta fue acogida por la importante sentencia del TJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, conocida como asunto o “*doctrina Ring*”, pero salvaguardando la frontera que separa a la enfermedad y a la discapacidad que no pueden confundirse y que contemplan una situación jurídica compleja, a saber: la enfermedad de larga duración, de pronóstico incierto o de carácter crónico que genera limitaciones significativas en la capacidad profesional del trabajador es la que puede llegar a ser calificada de incapacidad presunta.

*carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades”.*

<sup>58</sup> De acuerdo con el artículo 10.1 de la Directiva 2000/78/CE: “*los Estados miembros adoptarán con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta*”.

<sup>59</sup> Sobre la operatividad jurídica de la facilitación de la carga de la prueba en los casos de despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales puede consultarse MONEREO PÉREZ, J. L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996, *passim*; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *La prueba en el proceso de trabajo*, Madrid, Civitas, 1994, *passim*.

Lo primero que debe recordarse es que durante la incapacidad temporal el trabajador está en situación de suspensión del contrato de trabajo (artículo 45.1.c) ET que configura la incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión contractual). Lo segundo, que la IT presupone que no existe todavía un pronunciamiento sobre posibles secuelas determinantes de una posible incapacidad permanente para el trabajo en ninguno de sus niveles o grados tipificados en la LGSS. Lo tercero, es que difícilmente se puede dar lugar a una causa de despido disciplinario por falta de rendimiento voluntaria<sup>60</sup>. Lo cuarto, que al menos es seguro que sin causa tales despidos deberían de adjetivarse paradójicamente de “despido por enfermedad” sin más, teniendo en cuenta que nuestra jurisprudencia (TC y TS) no considera que la enfermedad sea una de las causas de discriminación *ex* artículo 14 CE (en relación con el artículo 49 del texto constitucional). El artículo 14 CE podría admitir una interpretación más abierta que la actualmente imperante. Además, el artículo 49 CE realza la obligación de los poderes públicos de garantizar “*el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos*”. El quinto elemento a valorar tiene que ver con la posible consideración de una incapacidad en cuyo marco se opera una “discapacidad” no calificada como incapacidad permanente. Y entonces hay que entrar en toda la argumentación de relevancia para el Derecho de la Unión Europea en los términos del propio TJUE y en la regulación de nuestro 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<sup>61</sup>.

El Real Decreto Legislativo 1/2013 define lo que ha de entenderse por “discapacidad” indicando que “*es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*” (artículo 2.a) del citado texto normativo).

La propia definición de discapacidad de esta normativa implícitamente está previendo la posible situación de reversibilidad de las deficiencias —“*deficiencias previsiblemente permanentes*”—. Y la concordancia con la Convención de la ONU es relevante porque, como se observa en el Preámbulo de Real Decreto Legislativo 1/2013, la tarea de refundición “*ha tenido como referente principal la mencionada Convención Internacional*”<sup>62</sup>. Es una definición jurídica funcional de carácter general que no queda condicionada necesariamente a la declaración oficial de un específico grado de minoración psicofísica de la persona. Serán las normas de desarrollo reglamentario las que establezcan a sus efectos instrumentales la intensidad o grado de discapacidad. Ahora bien: la noción legal de “*persona discapacitada*” exige *hic et nunc* la declaración formal administrativa de su reconocimiento en un determinado grado (Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad).

En coherencia se delimita cuáles son los sujetos titulares de los derechos a través de dos técnicas normativas: por un lado, mediante una delimitación directa: “*son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás*” (artículo 4.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013); y, por otro, mediante una delimitación por remisión a las normas calificadoras de la incapacidad profesional de la Seguridad Social, a saber: “*además de lo establecido en el*

<sup>60</sup> Vid. ORTEGA LOZANO, P. G.: “El despido disciplinario por indisciplina o desobediencia en el trabajo: artículo 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores”, en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 8, 2016, *passim*.

<sup>61</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, pág. 857.

<sup>62</sup> En referencia a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

*apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”* (artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013).

En el fondo lo que el Real Decreto Legislativo establece es un sistema de garantías reforzadas partiendo de un hecho incontestable: *“las personas con discapacidad conforman un grupo vulnerable y numeroso al que el modo en que se estructura y funciona la sociedad ha mantenido habitualmente en conocidas condiciones de exclusión. Este hecho ha comportado la restricción de sus derechos básicos y libertades condicionando u obstaculizando su desarrollo personal, así como el disfrute de los recursos y servicios disponibles para toda la población y la posibilidad de contribuir con sus capacidades al progreso de la sociedad”* (exposición de motivos del citado texto normativo).

En efecto, el Real Decreto Legislativo 1/2013 se enmarca en la lógica del modelo social de la discapacidad –discapacidad social– superando así el modelo médico o rehabilitador –discapacidad médica–. El modelo social pretende ante todo tutelar los derechos fundamentales de la persona discapacitada poniendo un especial énfasis en la igualdad de oportunidades y en la no discriminación de las personas con discapacidad, que es el modelo integrador cristalizado en la Convención de la ONU. Es un típico lenguaje de los derechos fundamentales que la Convención pretende “garantizar” y no solo “proclamar”<sup>63</sup>. Es también la dirección seguida por el artículo 26 (en relación con el artículo 21)<sup>64</sup>–intitulado significativamente *“integración de las personas discapacitadas”*– de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a cuyo tenor: *“la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”*<sup>65</sup>.

Por otra parte, fundamental en relación a la cuestión prejudicial planteada en la sentencia del TJUE de fecha 18 de enero de 2018, caso Ruiz Conejero, uno de los principios que consagra el Real Decreto Legislativo 1/2013 es el principio de *“no discriminación”* (artículo 3.c) del citado texto normativo). Por lo que aquí interesa localizamos determinadas garantías de efectividad del derecho al trabajo *ex artículo 35 del Real Decreto Legislativo 1/2013: “las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación”* (artículo 35.1).

Se define específicamente la discriminación directa e indirecta en el trabajo. En este sentido, *“existirá discriminación directa cuando una persona con discapacidad sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de su discapacidad”* (artículo 35.3). *“Existirá discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral del empresario, aparentemente neutros,*

<sup>63</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, pág. 858.

<sup>64</sup> Sobre esta disposición, *vid.* MONEREO ATIENZA, C.: “Principio de no discriminación (Artículo 21)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, págs. 463 y ss.

<sup>65</sup> *Vid.* MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.: “Integración de las personas discapacitadas (Artículo 26)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y Coords.), *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, págs. 573 y ss., en particular, pág. 580.

*puedan ocasionar una desventaja particular a las personas con discapacidad respecto de otras personas, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios, o salvo que el empresario venga obligado a adoptar medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta y de acuerdo con el artículo 40, para eliminar las desventajas que supone esa disposición, cláusula, pacto o decisión”* (artículo 35.4).

Y como garantía de efectividad del derecho a la no discriminación laboral frente a las actuaciones discriminatorias se establece la declaración de nulidad: *“se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de discapacidad, en los ámbitos del empleo, en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo”* (artículo 35.5).

Igualmente, otros de los principios fundamentales es el de la igualdad de trato: *“se entiende por igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por motivo o por razón de discapacidad, en el empleo, en la formación y la promoción profesionales y en las condiciones de trabajo”* (artículo 36).

Para los distintos tipos de empleo de las personas con discapacidad se establecen medidas de política de empleo y garantías efectivas del derecho al trabajo digno (artículo 37 y ss.). En particular, en relación al empleo ordinario, se prevé la adopción de medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo. Entre ellas se dispone que *“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”* (artículo 40.2).

Y 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”* (artículo 40.2). Se trata de objetivar al máximo el concepto de *“carga excesiva”* como elemento que exonera de la obligación de adaptación del puesto y accesibilidad en la empresa. Por otra parte, la carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades<sup>66</sup>.

En definitiva, la discapacidad es una incapacidad cualificada o agravada que inhabilita a la persona no ya para una actividad sino para una función o pluralidad de actividades –no sólo laborales sino también educativas y sociales– que un ser humano “normal” debería poder llevar a cabo de no padecer dicha incapacidad, impidiendo *“su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”* (artículo 1 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, Instrumento de ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención publicado en el BOE de 21 de abril de 2008).

<sup>66</sup> Vid. MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.: “Integración de las personas discapacitadas (Artículo 26)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pág. 590. MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “El derecho a la protección de las personas con minusvalías”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N. (Dir. y Coords.), *Comentario a la Constitución Socio- Económica de España*, Granada, Comares, 2002.

Ya en la sentencia del TJUE de fecha 11 de julio de 2006 (asunto Chacón y Navas, C-17/05), se dejó constancia de que el concepto de discapacidad no viene definido en la propia Directiva 2000/78/CE, de manera que “*exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar*” (véanse, entre otras, las sentencias de 18 de enero de 1984, Ekro, 327/82, apartado 11, y de 9 de marzo de 2006, Comisión/España, C-323/03, apartado 32).

En efecto, la finalidad de la Directiva 2000/78/CE es combatir determinados tipos de discriminación en el ámbito del empleo y de la ocupación. En este contexto, “*debe entenderse que el concepto de “discapacidad” se refiere a 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*” (sentencia 11 de julio de 2006, asunto Chacón y Navas, C17/05).

En nuestra normativa nacional, el propio ET enuncia el derecho básico de los trabajadores a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo o una vez empleados (artículos 4.2.c) y 17.1 ET). Ahora bien, la discapacidad es mencionada expresamente a estos efectos calificadoros, a saber: “*tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate*” (artículo 4.2.c) ET). Por tanto, la discapacidad queda normativamente vinculada a la “*aptitud*” para el trabajo.

## VII. LOS DESPIDOS DE LOS TRABAJADORES DISCAPACITADOS O ENFERMEDADES ASIMILADAS A DISCAPACIDAD

Habiendo realizado un recorrido normativo de la discapacidad de los trabajadores y su discriminación llegamos a la siguiente conclusión<sup>67</sup>: lo cierto es que, desde el punto de vista de la

<sup>67</sup> Problemática tratada ampliamente en las siguientes referencias bibliográficas: MONEREO PÉREZ, J. L. y GUINDO MORALES, S.: “Sobre la constitucionalidad del despido objetivo fundamentado en la causa d) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores: STC núm. 118/2019, de 16 de octubre”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 7, 2019, versión electrónica. MONEREO PÉREZ, J. L. y GUINDO MORALES, S.: “La discriminación indirecta en la forma de cálculo de la pensión de jubilación en la modalidad contributiva de las mujeres trabajadoras con contrato laboral a tiempo parcial a propósito del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Sentencia del Tribunal de Justicia 8 de mayo de 2019, asunto C- 161/18: Villar Láiz”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 73, 2019, versión electrónica. MONEREO PÉREZ, J. L. y GUINDO MORALES, S.: “Prestaciones de asistencia social o de seguridad social y la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 70, 2019, versión electrónica. GUINDO MORALES, S.: “Sobre la readmisión del trabajador tras la declaración de improcedencia del despido objetivo por causas técnicas y organizativas una vez jubilado anticipadamente desde el día siguiente a la fecha de efectividad del despido”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019, versión electrónica. GUINDO MORALES, S.: “Configuración y régimen jurídico de la ineptitud del trabajador y sus diferencias y similitudes con la incapacidad temporal y permanente en sus distintos grados y con otras causas de despido”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 55-56, 2019, págs. 54 y ss. GUINDO MORALES, S.: “Los efectos jurídicos de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas en el terreno de la seguridad social”, en BARRIOS BAUDOR, G. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.): *Derecho vivo de la Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2019, págs. 81 y ss. GUINDO MORALES, S.: “La protección social de la figura de los cuidadores no profesionales de las personas que se encuentran en situación de dependencia: aspectos críticos”, en *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, núm. 17, 2018, págs. 113 y ss. GUINDO MORALES, S. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “Configuración y régimen jurídico de las faltas de asistencia al trabajo como motivo de extinción del contrato por circunstancias objetivas tras las últimas reformas laborales: Problemática actual y propuestas de mejora”, en *Revista de información laboral*, núm. 12, 2018, págs. 57 y ss. GUINDO MORALES, S.: “El porvenir del absentismo laboral ante las recientes reformas no garantizadas del trabajo decente”, en VV.AA.: *El futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente: Congreso internacional*, Monereo Pérez, J.L. et altri (Dir.), Murcia, Laborum, 2018, págs. 323

relación laboral, el trabajador que es dado de alta queda expuesto a los poderes empresariales de despido del empleador<sup>68</sup>. No obstante, consideramos que siempre que se aprecie discriminación o más ampliamente vulneración de derechos fundamentales del trabajador en un despido, el mismo deberá ser calificado como nulo –y no improcedente<sup>69</sup>– a todos los efectos<sup>70</sup>.

El operador jurídico tiene –por imperativo constitucional y legal– que estar particularmente atento cuando el despido encubre un acto discriminatorio merecedor de la calificación de nulidad<sup>71</sup>. Para ello podrá servirse de la prueba directa y la prueba indiciaria correspondiendo al trabajador afectado aportar al menos indicios relevantes para que el empresario demuestre que la causa de despido tiene un fundamento serio desligado de toda pretensión de discriminación o de vulneración del derecho fundamental del trabajador<sup>72</sup>.

Hay que tener en cuenta que la doctrina del TJUE –sentencias HK Danmark y M. Daouidi– se mueve en la lógica de superar el modelo médico-asistencial de discapacidad por el modelo social –que enfatiza la igualdad y la integración social de la persona con discapacidad–<sup>73</sup>. De los diversos modelos de tratamiento y garantía de los derechos vinculados a la discapacidad de las personas –el modelo de la prescindencia, el modelo médico/rehabilitador y el modelo social– se ha optado decididamente por el modelo social<sup>74</sup>, que viene a enmarcar la discapacidad del individuo en el contexto de la sociedad; remitiendo, pues, a una situación social en la que se encuentran ciertas personas y que incide en el ejercicio de los derechos fundamentales. Se trata de que las personas con discapacidad disfruten de sus derechos fundamentales, abandonando la percepción de estas personas como un problema –cuando no una “carga”– para garantizar, por el contrario, el ejercicio pleno de sus derechos y libertades fundamentales.

En efecto, la convención de la ONU está construida sobre la base de los presupuestos del modelo social y enfocando la discapacidad como cuestión de derechos<sup>75</sup>. El modelo social subyacente

---

y ss. (versión “online” en abierto); ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S.: “La actuación del trabajador en supuestos de incapacidad temporal: el agravamiento o retraso en el proceso de curación o la evidencia del trabajador apto para trabajar como causas extintivas. La teoría de la incapacidad o enfermedad como causa equiparable a discapacidad: discriminación y absentismo”, en *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, núm. 21, 2019, págs. 69 y ss.

<sup>68</sup> ORTEGA LOZANO, P. G.: *Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador: España e Italia*, Granada, Comares, 2020, *passim*.

<sup>69</sup> GUINDO MORALES, S.: “Sobre la readmisión del trabajador tras la declaración de improcedencia del despido objetivo por causas técnicas y organizativas una vez jubilado anticipadamente desde el día siguiente a la fecha de efectividad del despido”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019, versión electrónica.

<sup>70</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral: estudio jurídico crítico a propósito de la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16: Ruiz Conejero, y el acervo comunitario sobre discriminación y discapacidad”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 57, 2018, versión electrónica.

<sup>71</sup> GUINDO MORALES, S.: “Los efectos jurídicos de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas en el terreno de la seguridad social”, en BARRIOS BAUDOR, G. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.) *et al: Derecho vivo de la Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2019, págs. 81 y ss.

<sup>72</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996, *passim*.

<sup>73</sup> En esa dirección la argumentación de DUEÑAS HERRERO, L. J.: “¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación? La fuerza del concepto evolutivo de discapacidad en la Directiva 2000/78/CE: a propósito de la STJUE 01-23-2016”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, 2017, pág. 430.

<sup>74</sup> PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, Cinca, 2008, *passim*.

<sup>75</sup> *Vid.* QUINN, G. y DEGENER, T.: *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Documento de las Naciones Unidas HR/PUB/02/1, Nueva York/Ginebra, 2002, pág. 11.

a la Convención de la ONU “*desgarra el velo de la normalidad*” que ha permitido justificar la exclusión de las personas discapacitadas<sup>76</sup>.

Importa hacer notar a los efectos que aquí interesan que, según el propio Preámbulo de la Convención de la ONU, “*la discapacidad es un concepto que evoluciona*”. Estamos ante un concepto abierto y dinámico, pues evoluciona haciendo posibles adaptaciones a lo largo del tiempo y en distintos entornos socioeconómicos.

Y ello es así porque la propia Convención de la ONU incorporada ya al ordenamiento comunitario asume ese modelo social. Y no se olvide que a efectos de la Directiva 2000/78/CE, que no lo define, el concepto de discapacidad es un concepto de relevancia comunitaria que, por tanto, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión Europea. Por tanto, se está ante un concepto ampliado de discapacidad –limitación psicofísica de la capacidad de trabajo de larga duración– de Derecho comunitario al que han de acomodarse necesariamente los ordenamientos internos de los Estados miembros. Es más: nuestro país se adhirió a esa Convención y aprobó el Real Decreto Legislativo 1/2013 que se inserta en esa lógica.

Y en este orden de ideas –con el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, y la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio– la preocupación de la empresa –desde la perspectiva del cuidado de su interés– vendrá dada por las bajas de corta duración que causa un daño importante a la propia organización empresarial<sup>77</sup>.

Hay que tener en cuenta que no existe un único concepto legal de discapacidad y que diversas normas se encargan de realizar definiciones diversas. En principio el término “discapacidad” es un concepto jurídicamente indeterminado<sup>78</sup>, en el sentido de que es un concepto cuyo contenido y alcance es en gran medida incierto o no precisado, aunque se convendrá que, en la realidad jurídica, son poco frecuentes conceptos absolutamente determinados<sup>79</sup>.

De ordinario la discapacidad es objeto de una definición amplia (artículos 2 y 4.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013) y de un acotamiento específico como discapacidad laboral en sentido estricto que exige ser trabajador con discapacidad con un grado igual o superior al 33% reconocido como tal por el organismo competente (declaración administrativa de un grado de discapacidad en el referido umbral), o pensionistas de la Seguridad Social que tenga reconocida una pensión de incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez (Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre declaración de incapacidades laborales), o pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad (artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013). Además, la discapacidad es relativamente permanente: “*una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes*” (artículo 2.a) del Real Decreto Legislativo 1/2013).

<sup>76</sup> FERRAJOLI, L.: “La democracia constitucional”, en COURTIS, C.: *Desde otra mirada. Textos de la teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, pág. 267.

<sup>77</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, pág. 872.

<sup>78</sup> Vid. ORTEGA LOZANO, P. G.: “El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario. Interpretación valorativa y discrecional en el juicio de razonabilidad: los conceptos jurídicos indeterminados”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2017, *passim*.

<sup>79</sup> ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, edición al cuidado de J. L. MONEREO PÉREZ, Granada Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001, pág. 130.

Se obliga al operador jurídico a atender a las características del caso por caso, individualmente analizado, para resolver cualquier extinción o modificación de la relación laboral cuyo origen se localice en las patologías que habían dado lugar al reconocimiento de la discapacidad del empleado. En efecto y como ha establecido el TJUE, tiene que ser apreciado fácticamente en su existencia en el caso de autos por el juzgador nacional. Y tal despido ilegítimo debería ser calificado de nulo cuando así fuera demostrado. De manera que, si la causa real del despido es el pronóstico duradero y posterior de la capacidad de trabajo, el despido deberá de ser calificado *de lege data* como discriminatorio por motivo de discapacidad a los efectos de la Directiva 2000/78/CE.

En la sentencia del TJUE de fecha 1 de diciembre de 2016, asunto M. Daouidi, el tribunal ha estimado que el concepto de “discapacidad” –en el sentido de la Directiva 2000/78/CE– debe entenderse como referido a una limitación derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, 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. Es decir, aun cuando el TJUE ha evitado todo pronunciamiento sobre la constitucionalidad de los derechos, sí que se refiere a la posibilidad de que el despido del trabajador en situación de incapacidad temporal sea nulo en referencia a si la limitación que padece el trabajador es duradera: “entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es “duradera” figuran, en particular, 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 incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona”<sup>80</sup>.

No se trata de que todo despido por enfermedad suponga una vulneración de derechos fundamentales o tenga carácter discriminatorio, sino de entender que un despido de un trabajador en IT que sufre una enfermedad cualificada –en los términos de la doctrina del TJUE–, y que se aduce sin más como un problema de rentabilidad o productividad –o que éste sea su verdadero trasfondo–, sea merecedor de la calificación de nulidad con todas sus consecuencias lógico-jurídicas y no improcedente –lo que comporta una tutela débil que se reconduce fácilmente al despido *ad nutum* indemnizado–<sup>81</sup>.

Es de significar que las últimas sentencias no establecen que un despido por motivo de enfermedad tenga un carácter discriminatorio a efectos de la Directiva 2000/78/CE, la cual, hace referencia a la “discapacidad” y no a la “enfermedad” sin más: en esa perspectiva cualquier despido en IT no puede considerarse una suerte de “discapacidad temporal” a efectos de la referida directiva antidiscriminatoria. Pero sí consagra un criterio de asimilación/equiparación a la discapacidad de enfermedades duraderas o de larga duración con lo que se constituye una suerte de ampliación del concepto de discapacidad a efectos de la tutela antidiscriminatoria que es la finalidad de la directiva<sup>82</sup>.

Y estas enfermedades de larga duración asimiladas a la discapacidad deberán ser verificadas por el juez nacional competente atendiendo al conjunto de indicios que permitan una prueba indiciaria de que en el caso de autos se sobrepasa la enfermedad incapacitante y se entra en el ámbito de la enfermedad discapacitante. La larga duración, la enfermedad crónica y las situaciones en que la enfermedad constituye un factor de segregación o estigmatización socio-laboral serán –en sí–

<sup>80</sup> STJUE 1 de diciembre de 2016, M. Daouidi, C-395/15.

<sup>81</sup> GUINDO MORALES, S.: *Acción de impugnación judicial, calificación y efectos de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas*, Murcia, Laborum, 2019, *passim*. ORTEGA LOZANO, P. G.: *Las consecuencias jurídicas del despido: procedencia, improcedencia y nulidad*, Murcia, Laborum, 2018, *passim*.

<sup>82</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, pág. 863.

elementos determinantes para asimilar la enfermedad a la discapacidad. Y, entonces, si concurre ese presupuesto de causalidad ilícita o antijurídica tan sólo cabe que el despido sea calificado nulo de pleno derecho<sup>83</sup>.

Ahora bien: la doctrina del TJUE, que obliga al juez nacional a ser un órgano instrumental de calificación a efectos de la apreciación de la discriminación por motivos de discapacidad presunta o asimilada en un proceso por despido de un trabajador, no dejará de ser problemática.

Y dando un paso más, a través del desarrollo de la teoría de la “*enfermedad equiparable a discapacidad*”, el despido se considerará discriminatorio –con la consecuencia jurídica de la nulidad–, por un lado, en aquellos supuestos de incapacidad en los que no se presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo –en otros términos, que sea una patología cuya expectativa de reversibilidad sea incierta–; y, por otro, también será discriminatorio cuando se advierta que dicha incapacidad puede prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona al trabajo –duradero o suficientemente prolongada en el tiempo–. Sin embargo, consecuencia de las recientes resoluciones del TJUE, la carga de la interpretación judicial recaerá sobre el juzgador que deberá valorar y aclarar información médica del supuesto concreto, lo que, en efecto, dará lugar a resoluciones contradictorias y a su consecuente inseguridad jurídica. Circunstancias que tendrán que ser valoradas al momento en el que el trabajador ha sido despedido –pues puede encontrarse en una situación de incapacidad reversible que no se puede calificar de duradera<sup>84</sup>– y no en el estado en el que el empleado puede encontrarse en el momento de celebración del juicio o al dictarse la sentencia.

Creemos que hay que tomar en consideración la doctrina del TJUE relativa a la concepción ampliada de la discapacidad en cuanto concepto de relevancia comunitaria y que abarca a enfermedades de larga duración y a las enfermedades de carácter crónico –aunque no hayan sido formalmente declaradas–. Estos trabajadores con enfermedades asimiladas a discapacidad disfrutaban del estatuto jurídico-protector antidiscriminatorio que se hace extensivo a la prohibición del despido basado en la discapacidad, incluidas las garantías para el despido y las medidas de “ajuste razonable” del trabajo.

Más allá de ello –y manteniendo ese criterio– cabe decir que, después de todas estas consideraciones sobre la interconexión entre despido objetivo e incapacidad temporal, a lo mejor sería oportuno sin más declarar nulos los despidos sin causa de un trabajador en IT. Y esto no sería irrazonable porque la situación es suspensiva y no hay un pronóstico sobre la evolución del trabajador; además, la salud es un derecho fundamental y tendría a su favor la seguridad jurídica para ambas partes. Transcurrida la IT se verá entonces la situación de la capacidad del trabajador, con independencia de que sea o no calificado de incapacitado permanente en alguno de sus grados. Y, en relación a ello, no es infrecuente que el trabajador que se reincorpora presente disfuncionalidades que pueden mermar su capacidad para desempeñar las tareas propias de su puesto de trabajo. He aquí donde puede entrar en juego las obligaciones de adaptación y los ajustes razonables garantizados legalmente para las personas discapacitadas –lo que no ocurre para los que no tengan esa consideración jurídica, lo que coloca a los enfermos no discapacitados pero con enfermedades crónicas o recurrentes en una especial posición de debilidad–<sup>85</sup>.

Lo aconsejable *de lege ferenda* sería ampliar o extender la obligación legal de adaptación del trabajo respecto a todos los trabajadores tras una IT, siempre que ello no suponga un coste excesivo

<sup>83</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, págs. 71 y 72.

<sup>84</sup> STSJ Cataluña 12 de junio de 2017 [AS 2017\1417].

<sup>85</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas”, en AA. VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, pág. 876.

irrazonable para la empresa y es inherente a la noción jurídica de “ajustes razonables” (como se consagra en la Directiva 2000/78/CE, en el Real Decreto Legislativo 2/2013 para los discapacitados, y en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales respecto a los riesgos de personas especialmente sensibles)<sup>86</sup>.

En definitiva, consideramos que cuando el despido del trabajador se produzca durante una suspensión del contrato de trabajo por IT debería declararse nulo por encontrarse ante una situación suspensiva de la relación laboral. E igualmente cuando el despido devenga posteriormente a una situación de incapacidad temporal legalmente acreditada también debería de calificarse nulo –salvo procedencia del mismo conforme al régimen normativo específico del despido–. En otros términos: ampliar esa especial protección que ya existe en determinadas circunstancias biológicas y familiares particularmente protegidas, eliminando la posibilidad de declarar la improcedencia del despido y aplicando solo dos posibles calificaciones jurídicas: o la procedencia del mismo o su nulidad.

Con esta finalidad sería suficiente introducir un nuevo apartado en los artículos 53.4) ET, 55.5 ET y 108.2 LRJS –referidos a las circunstancias biológicas y familiares particularmente protegidas– que especificara la expresa nulidad del despido de los trabajadores en situación de incapacidad temporal o el despido de los mismos inmediatamente tras su reincorporación en la empresa –reiteramos, a excepción de que se acreditara la procedencia del mismo–.

### **VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN: ORIENTACIONES, RECORRIDO JURISPRUDENCIAL Y STATUS QUÆSTIONIS A LA PRESUMIBLE EXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN EN EL TRABAJADOR DISCAPACITADO. ¿LA INCLUSIÓN DE LA ENFERMEDAD INCAPACITANTE EN EL TÉRMINO DE DISCAPACIDAD?**

Para el Tribunal Constitucional<sup>87</sup>, no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, puede, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el artículo 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las “*otras circunstancias o condiciones personales o sociales*” contemplada en el mismo. En efecto, para el Tribunal Constitucional la enfermedad puede constituir un factor de discriminación cuando: el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada; o cuando el factor enfermedad suponga la estigmatización como persona enferma de quien la padece. Lo anterior al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato<sup>88</sup>.

De acuerdo con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 25 de enero de 2011, es el propio Tribunal Constitucional quien amplía el supuesto del artículo 14 CE a “*otra circunstancia o condiciones personales y sociales*” a aquellos supuestos en los que “*el factor enfermedad es tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en si misma considerada*”. “*Y eso es lo que sucede en el caso de autos,*

<sup>86</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, pág. 97; MONEREO PÉREZ, J. L.: “La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, pág. 877.

<sup>87</sup> STC 62/2008, de 26 de mayo

<sup>88</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral: estudio jurídico crítico a propósito de la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16: Ruiz Conejero, y el acervo comunitario sobre discriminación y discapacidad”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 57, 2018, versión electrónica.

*donde la empresa se limita a señalar que el trabajador ha tenido bajas durante varios años (2007, 2008 y 2009) y con independencia de la contingencia, estima que, por estar enfermo, no es rentable, por lo que le despide*<sup>89</sup>.

En efecto, no parece coherente que la propia Constitución Española proclame al Estado como social y de derecho que tiene como valores superiores la igualdad y la justicia –siendo expresión de ello los derechos a la integridad física y la salud (artículo 15 CE), el derecho al acceso a las prestaciones de Seguridad Social (artículo 40 CE), el derecho a la protección de la salud (artículo 43.1 CE), el derecho al trabajo (artículo 35 CE) y el derecho a la seguridad y salud en el trabajo (artículo 40.2 CE)– y que se pueda, con base en la legislación inspirada en tales derechos y principios, dar cobertura a un despido que se produce por el hecho de estar enfermo<sup>90</sup>.

En relación a la inclusión de la enfermedad en el término de discapacidad, la sentencia del TJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11<sup>91</sup>, se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad cuando esas bajas por enfermedad es “*atribuible total o parcialmente a su discapacidad*”, ya que “*un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad. De este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad*” y, por tanto, una normativa nacional “*puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78*”. En suma, “*la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo... si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad ... cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente*”.

Esto anterior es justo lo que resuelve el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en fecha de 22 de diciembre de 2015, al declarar la nulidad del despido objetivo –absentismo– sustentándose en discriminación indirecta por motivos de discapacidad: “*en nuestro ordenamiento jurídico laboral, el concepto del TJCE supondría que el artículo 52.d) ET no contiene una discriminación directa por motivos de discapacidad; sin embargo, puede implicar una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad, toda vez que un trabajador discapacitado está más expuesto al riesgo de despido que un trabajador sin discapacidad, ya que aquel está expuesto a la ventura adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad, corriendo así mayor peligro de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar el límite legal de absentismo. En consecuencia, el precepto estatutario puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad*”. Concretamente este supuesto trataba sobre una trabajadora que padece una enfermedad crónica –patología crónica degenerativa–: “*cambios degenerativos en columna lumbar; con afectación espóndilo-discal e interapofisaria. Hernia discal paramedial derecha L3-L4*”, lo que dio lugar a reiteradas bajas de escasa duración<sup>92</sup>. Por tanto, con esta sentencia comienza a admitirse la existencia de discriminación indirecta por razón de enfermedad equiparable a discapacidad.

<sup>89</sup> STSJ Canarias/Las Palmas de fecha 25 de enero de 2011 [AS\2011\216].

<sup>90</sup> STSJ Canarias/Las Palmas de fecha 25 de enero de 2011 [AS\2011\216].

<sup>91</sup> Conocida como doctrina Ring.

<sup>92</sup> STSJ Galicia de fecha 22 de diciembre de 2015 [AS\2016\385]. *Id.* STSJ Cataluña de fecha 9 de diciembre de 2014 [AS\2015\892], STSJ Andalucía/Sevilla 23 de marzo de 2010 [AS\2010\1061] y STSJ Cantabria 30 de julio de 2008 [AS\2008\2603].

Sin embargo, frente al fallo de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia Galicia, se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina que es estimado por el Tribunal Supremo en fecha 21 de septiembre de 2017<sup>93</sup> y que declara el despido procedente (tras la derogación del absentismo este resultado ya no sería posible) –y no nulo–. En el asunto que resuelve recientemente el Tribunal Supremo, las faltas de asistencia tuvieron como causa la enfermedad común con los siguientes diagnósticos: “*dolor en el trapecio los del mes de febrero, bronquitis y sinusitis los de abril, gastroenteritis en octubre y sin diagnósticos los días transcurridos entre el 15 y el 15 de noviembre manifestándose la dolencia en forma de pérdida de conocimiento*”. Es decir: el Tribunal Supremo no interpreta estas causas inhabilitantes como causas derivadas de discapacidad o de enfermedades equiparables a discapacidades declarando, por tanto, procedente el despido. Por ello, resuelve el Tribunal Supremo lo siguiente: “*ni por referencia a las previsiones del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, cáncer o enfermedad grave, ni a la doctrina emanada de las resoluciones del TJUE a las que se ha hecho mención y en parte reproducido, cabe establecer la base de discapacidad sobre la que asentar la finalidad discriminatoria del despido de que fue objeto la demandante por lo que el recurso deberá ser estimado*”.

Entre medias de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y su revocación por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de septiembre de 2017, nos encontramos con la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de mayo de 2016<sup>94</sup>. De acuerdo con esta última sentencia: “*a la vista del concepto de discapacidad recogido en la Directiva no cabe sino concluir que no procede calificar de discapacidad la situación de la recurrente, que permaneció diez días de baja antes de que la empresa procediera a su despido, habiendo finalizado la IT, que había iniciado el 1 de marzo de 2013, por alta médica el 28 de marzo de 2013, sin que pueda entenderse que dicha enfermedad le ha acarreado una limitación, derivada de dolencias físicas, mentales o síquicas que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores*”. Por tanto, “*el despido de la recurrente no es el de una trabajadora discapacitada, ni su IT deriva de la situación de discapacidad, por lo que no resulta de aplicación la declaración contenida en el último párrafo de la STJUE parcialmente transcrita*”. Esta última sentencia –aun cuando desestima la petición efectuada por el empleado despedido– sí que nos permite localizar la denominada “*doctrina Ring*” y el análisis de la enfermedad equiparable a discapacidad<sup>95</sup>. Es decir: esta sentencia mantiene, en el fondo, la interpretación tradicional, pero matizándola en atención a la doctrina establecida por el TJUE. En efecto, y pese a su fallo, el Tribunal Supremo ya opera, como era de esperar, tomando en consideración el criterio del TJUE.

Y en relación a la cuestión prejudicial planteada en el caso Ruiz Conejero, si esta última sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 3 de mayo de 2016<sup>96</sup>, considera que la IT que no deriva de la situación de discapacidad solo permitirá declarar el despido procedente o improcedente, *a sensu contrario*, si la IT es consecuencia de la discapacidad –aun cuando la discapacidad no haya sido comunicada al empleador por no existir tal obligación– el despido deberá ser declarado nulo. Y en el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de septiembre de 2017<sup>97</sup>, pues en esta resolución las causas inhabilitantes no fueron tomadas como causas derivadas de discapacidad o de enfermedades equiparables a discapacidades –por ello se consideró el despido procedente–.

Al respecto, específicamente se establece en la sentencia del TJUE de fecha 18 de enero de 2018, asunto C-270/16, Ruiz Conejero, lo siguiente: “*los citados Servicios Médicos llegaron a la conclusión de que tales problemas tenían su origen en las patologías que habían dado lugar al*

<sup>93</sup> STS 21 de septiembre de 2017 [RJ 2017\4307].

<sup>94</sup> STS 3 de mayo de 2016 [RJ 2016\2152].

<sup>95</sup> STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11.

<sup>96</sup> STS 3 de mayo de 2016 [RJ 2016\2152].

<sup>97</sup> STS 21 de septiembre de 2017 [RJ 2017\4307].

*reconocimiento de la discapacidad del Sr. Ruiz Conejero*". Pero también establece el TJUE que reconocer como de discapacitado a efectos del Derecho nacional, no significa que esa persona tenga una discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE, lo que, a nuestro juicio, y teniendo en cuenta los diferentes conceptos que hemos analizado de discapacidad en su dimensión amplia, es evidente que sí lo es.

Podemos concluir que las situaciones de incapacidad temporal derivadas de enfermedades equiparables a la discapacidad o consecuencia de la propia discapacidad del trabajador –aunque la discapacidad no haya sido previamente comunicada al empresario (como ocurre en el asunto Ruiz Conejero)–, no podrán ser objeto de despido improcedente (solo procedente o nulo) al derivar la “discapacidad” de la dimensión comunitaria y amplia del término<sup>98</sup>.

Todo lo anterior con la finalidad de política del Derecho social de evitar el efecto de “*cosificar*” al trabajador: en otros términos, emplear al trabajador como una máquina o instrumento –y, por tanto, “mercantilizado”– que cuando “se avería” debe ser cambiada. Hay que recordar que la función típica del Derecho del Trabajo garantista en un Estado Social de Derecho es impedir que el trabajador sea considerado –tanto por vías de hecho como de Derecho– como una “mercancía” (Declaración de Filadelfia de la OIT, 10 de mayo de 1944, relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo)<sup>99</sup>. Ese tratamiento “mercantilizador” del trabajador atenta a su propia dignidad humana y a la idea-fuerza implícita en la noción jurídico-social de “trabajo decente” o “digno de la persona que trabaja”<sup>100</sup>.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: *Legislación Sobre Discapacidad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005.

ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: “Marco normativo para la garantía de las exigencias básicas de accesibilidad y para la supresión de barreras arquitectónicas (a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2013)”, en SOTO RUIZ, J. (Dir.) *et al: Estudios sobre derecho y discapacidad: In memoriam José Soto García-Cam*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.

ALCAÍN MARTÍNEZ, E. (Dir. Congr.) y ÁLVAREZ RAMÍREZ, G. E.: *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; de los Derechos a los Hechos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

<sup>98</sup> En esta dirección interpretativa, MOLINA NAVARRETE, C.: “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del Caso Ring”, en *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, *passim*.

<sup>99</sup> Principio constitutivo reiterado por la Declaración de la OIT, sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008: “sobre la base del mandato contenido en la Constitución de la OIT, incluida la Declaración de Filadelfia (1944), que sigue siendo plenamente pertinente en el siglo XXI y debería inspirar la política de sus Miembros, y que, entre otros fines, objetivos y principios: afirma que el trabajo no es una mercancía...”. Reténgase el “principio fundamental” consagrado en el artículo 427 del Tratado de Paz de Versalles de firmado el 28 de junio de 1919, a cuyo tenor: “Entre esos métodos y principios, las Altas Partes Contratantes consideran ser de una importancia particular y urgentes, los siguientes: 1. El principio director arriba enunciado, de que *el trabajo no debe ser considerado simplemente como una mercancía o un artículo de comercio...*”.

<sup>100</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2019, Cap. II (“La dignidad de la persona que trabaja como expresión “materializada” del principio de dignidad humana”), págs. 161 y ss.; *Ibid.*, “La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de “desmercantilización”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 19, 1995, *passim*; *Ibid.*, *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, págs. 45 y ss., y 159 y ss.

- ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: “La responsabilidad social universitaria y la discapacidad: una contribución a lo que la universidad tiene que ser «además»”, en *Anales de derecho y discapacidad*, núm. 2, 2017.
- ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: “Hacia la actualización del Derecho civil conforme a la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad. Apuntes para su reforma”, en AA. VV.: *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018.
- ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: “La difusión y extensión del derecho de la discapacidad entre los operadores jurídicos”, en AA. VV.: *Nuevos Horizontes en el Derecho de la Discapacidad: hacia un Derecho Inclusivo*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2018.
- AÑÓN ROIG, M.J.: “Derecho a un nivel de vida adecuado y medios de subsistencia”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MONEREO ATIENZA, C. (Dir.): *El Sistema Universal de Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014.
- CORDERO GORDILLO, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011.
- DE SCHUTTER, O.: *Discriminations et marché du travail*, Francia, Peter Lang, 2011.
- DUEÑAS HERRERO, L. J.: “¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación? La fuerza del concepto evolutivo de discapacidad en la Directiva 2000/78/CE: a propósito de la STSJUE 01-23-2016”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, 2017.
- ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001.
- FERRAJOLI, L.: “La democracia constitucional”, en COURTIS, C.: *Desde otra mirada. Textos de la teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *La prueba en el proceso de trabajo*, Madrid, Civitas, 1994.
- GARRIDO PÉREZ, E.: “El Tratamiento comunitario de la discapacidad: desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades”, en *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 59, 2001.
- GUINDO MORALES, S.: “La protección social de la figura de los cuidadores no profesionales de las personas que se encuentran en situación de dependencia: aspectos críticos”, en *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, núm. 17, 2018.
- GUINDO MORALES, S. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “Configuración y régimen jurídico de las faltas de asistencia al trabajo como motivo de extinción del contrato por circunstancias objetivas tras las últimas reformas laborales: Problemática actual y propuestas de mejora”, en *Revista de información laboral*, núm. 12, 2018.
- GUINDO MORALES, S.: “El porvenir del absentismo laboral ante las recientes reformas no garantizadoras del trabajo decente”, en AA. VV.: *El futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente: Congreso internacional*, Murcia, Laborum, 2018.

- GUINDO MORALES, S.: “Sobre la readmisión del trabajador tras la declaración de improcedencia del despido objetivo por causas técnicas y organizativas una vez jubilado anticipadamente desde el día siguiente a la fecha de efectividad del despido”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019.
- GUINDO MORALES, S.: “Configuración y régimen jurídico de la ineptitud del trabajador y sus diferencias y similitudes con la incapacidad temporal y permanente en sus distintos grados y con otras causas de despido”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 55-56, 2019.
- GUINDO MORALES, S.: “Los efectos jurídicos de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas en el terreno de la seguridad social”, en BARRIOS BAUDOR, G. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.) et al: *Derecho vivo de la Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2019.
- GUINDO MORALES, S.: *Acción de impugnación judicial, calificación y efectos de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas*, Murcia, Laborum, 2019.
- JELLINEK, G.: *Las declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano*, trad. Adolfo Posada, revisión, edición y estudio preliminar, “Genealogía de las Declaraciones de Derechos y su significación político-jurídica”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009.
- LÓPEZ INSUA, B.M: *El control de la Incapacidad Temporal tras la reforma legislativa de las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social*, Granada, Comares-Colección Trabajo y Seguridad Social (número 90), 2015.
- LÓPEZ INSUA, B.M: *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, Granada, Comares-Colección Crítica del Derecho. Sección: Derecho Vivo (número 48), 2014.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del Caso Ring”, en *Temas Laborales*, núm. 130, 2015.
- MONEREO ATIENZA, C.: “Principio de no discriminación (Artículo 21)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de «desmercantilización»”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 19, 1995.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Bomarzo, 2009.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “Derecho al trabajo, derecho a trabajar y derecho a libre elección del trabajo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MONEREO ATIENZA, C. (Dirs.): *El sistema universal de los derechos humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014.

- MONEREO PÉREZ, J. L.: “Derecho a la Seguridad Social y Asistencia Social”, y “Derecho a la salud”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MONEREO ATIENZA, C. (Dir.): *El Sistema Universal de Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “Derecho Humano al Desarrollo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MONEREO ATIENZA, C. (Dir.): *El Sistema Universal de Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2019.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *El Derecho en la Democracia Constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y GUINDO MORALES, S.: “Sobre la constitucionalidad del despido objetivo fundamentado en la causa d) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores: STC núm. 118/2019, de 16 de octubre”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 7, 2019.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y GUINDO MORALES, S.: “La discriminación indirecta en la forma de cálculo de la pensión de jubilación en la modalidad contributiva de las mujeres trabajadoras con contrato laboral a tiempo parcial a propósito del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: sentencia del Tribunal de Justicia 8 de mayo de 2019, asunto C-161/18: Villar Láziz”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 73, 2019.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y GUINDO MORALES, S.: “Prestaciones de asistencia social o de seguridad social y la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 70, 2019.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.: “Integración de las personas con discapacidad”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MONEREO ATIENZA, C. (Dir.): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “El derecho a la protección de las personas con minusvalías”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N. (Dir. y Coords.), *Comentario a la Constitución Socio Económica de España*, Granada, Comares, 2002.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N. (Dir.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N. y VILA TIERNO, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2020.

- MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2020.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral: estudio jurídico crítico a propósito de la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16: Ruiz Conejero, y el acervo comunitario sobre discriminación y discapacidad”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 57, 2018.
- MONEREO PÉREZ, J. L., VIDA SORIA, J. y MALDONADO MOLINA, J. A.: “Solidaridad y protección social en el marco de la Constitución Europea”, en Quesada Segura, R. (Coord.): *La constitución Europea y las relaciones laborales*, Sevilla, CARL, 2004.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: “El despido disciplinario por indisciplina o desobediencia en el trabajo: artículo 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores”, en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 8, 2016.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: “El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario. Interpretación valorativa y discrecional en el juicio de razonabilidad: los conceptos jurídicos indeterminados”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2017.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: *Las consecuencias jurídicas del despido: procedencia, improcedencia y nulidad*, Murcia, Laborum, 2018.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: *Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador: España e Italia*, Granada, Comares, 2020.
- ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S.: “La actuación del trabajador en supuestos de incapacidad temporal: el agravamiento o retraso en el proceso de curación o la evidencia del trabajador apto para trabajar como causas extintivas. La teoría de la incapacidad o enfermedad como causa equiparable a discapacidad: discriminación y absentismo”, en *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, núm. 21, 2019.
- PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, Cinca, 2008.
- QUINN, G. y DEGENER, T.: *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Documento de las Naciones Unidas HR/PUB/02/1, Nueva York/Ginebra, 2002.
- RADBRUCH, G.: “Cinco minutos de Filosofía del Derecho”, en RADBRUCH, G.: *El Hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho*, edición y estudio preliminar, “Gustav Radbruch: un modelo de jurista crítico en el constitucionalismo democrático social” (pp. IX-LXIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2020.
- RUIZ RICO RUIZ, G.J.: “Derecho a la vivienda”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MONEREO ATIENZA, C. (Dirs.): *El Sistema Universal de Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014.
- SCHIEK, D., WADDINGTON, L. y BELL, M. *et al*: *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007.
- WADDINGTON, L. y HENDRIKS A.: “The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination”, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, núm. 3, 2002.