Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

Nº Extraordinario 5 (2023)

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez y María Nieves Moreno Vida

DEDICADO A "EMPLEO Y PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA"

Bloque I: Empleo y Políticas Activas de Empleo de las Personas con Discapacidad en Andalucía

1. Los derechos Fundamentales de las Personas con Discapacidad en el nuevo modelo integrador multidimensional
José Luis Monereo Pérez y Pompeyo Gabriel Ortega Lozano
2. Marco Legal de las Políticas de Empleo y la acción Positiva en El Ámbito de la Discapacidad. El Papel del Estado y de las Comunidades autónomas
Sofía Olarte Encabo
3. Fomento del Empleo Ordinario por Cuenta ajena de las Personas con Discapacidad. Especial Referencia a la Realidad Andaluza
José Luis Ruiz Santamaría
4. El Tránsito de Los Trabajadores Con Discapacidad a Empresas Ordinarias. Los enclaves laborales en Andalucía
Sheila López Vico
5. Fomento del autoempleo y el emprendimiento de las personas con discapacidad: Su concreción en Andalucía
Francisco Vila Tierno, Miguel Ángel Gómez Salado y Raquel Castro Medina
6. La Reserva de Empleo Público. Especial Referencia a la Oferta de Empleo Público en Andalucía y la Ley 4/2017
Raquel Vida Fernández
7. Tendencias en la Negociación Colectiva Respecto al Empleo de Personas con Discapacidad en Andalucía
Miguel Ángel Almendros González
8. Fomento del Empleo de las Personas Con Discapacidad Intelectual
María José Caballero Pérez
9. Promoción de la autonomía Personal y Prevención de la dependencia de las Personas con Discapacidad en Andalucía a través del Empleo
Amparo María Molina Martín
10. La Salud y Seguridad laboral de las Personas con Discapacidad
Rosa Moya Amador
11. Teletrabajo y Discapacidad
Sheila López Vico

Bloque II: La Protección Social de las Personas con Discapacidad en Andalucía

1. Atención a las Necesidades Sociales de las Personas Con Discapacidad Por Los Servicios Sociales en España y Andalucía
María Teresa Gijón Sánchez y Rafael Conejo Trujillo
2. Inclusión social de las personas con discapacidad, indagando en las diversas formas de discriminación: Diversas formas de discriminación. Dificultades y barreras. Discriminación de Género
Belén del Mar López Insua
3. La atención a la dependencia en Andalucía
Juan Romero Coronado
4. Derechos y Garantías de las Personas Con Discapacidad Usuarias de Centros Residenciales y Centros de Día en Andalucía
Amparo María Molina Martín
5. La coordinación de los servicios sanitarios y servicios sociales en Andalucía
Juan Antonio Maldonado Molina
6. El derecho a la Salud de las Personas Con Discapacidad
María Nieves Moreno Vida
7. Educación Sanitaria de las Personas Discapacitadas en Andalucía
María del Carmen Burgos Goye
8. Accesibilidad al Sistema Sanitario de las Personas Con Discapacidad. Información y Consentimiento. Accesibilidad en Los Sistemas de Emergencias Sanitarias a las Personas Con Discapacidad auditiva
Braulio Antonio Girela Molina
9. Evaluación de la Calidad de los Centros, Actividades y Servicios Sanitarios Públicos de Andalucía: accesibilidad y Diseño Universal
Alejandro Muros Polo
10. Participación Social de las Personas con Discapacidad y de las entidades Representantes del Colectivo
Farah Amaadachou Kaddur
11. Bioética: Protocolos y Normas Éticas para la mejora de las Prácticas Profesionales
Sara Guindo Morales
12. El Plan Andaluz de Salud
Sheila López Vico
13. Análisis de los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Condición de Consumidores y de los Mecanismos para su Especial Protección
Pompeyo Gabriel Ortega Lozano

Ediciones Laborum

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

Extraordinaria nº 5 (Monográfico)- 2023

DEDICADO A "EMPLEO Y PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA"

Dirección:
José Luis Monereo Pérez
María Nieves Moreno Vida

Esta obra se enmarca en el Proyecto de Investigación P18-RT-4634 "Instrumentos para la protección integral de las personas discapacitadas en una sociedad inclusiva y del bienestar. Especial referencia a Andalucía en el marco de las estrategias nacionales y de la Unión Europea". Proyectos I+D+i Junta de Andalucía 2018.

Financiado por: FEDER/Junta de Andalucía-Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades/ Proyecto P18-RT-4634.

Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades

UNIÓN EUROPEA
Fondo Europeo de Desarrollo Regional

En colaboración científica con el Proyecto de Investigación I+D+I, «Los Sistemas de Protección Social ante la incidencia de la disrupción digital». Proyectos del Plan Nacional 2020. Referencia: PID2020-115701RB-I00. [Convocatoria 2020 de «Proyectos I+D+I» en el marco del programa estatal de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico del sistema de I+D+I y del Programa estatal de I+D+I orientada a los retos de la sociedad].

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE CIENCIA E INNOVACIÓN

AGENCIA ESTATAL DE INVESTIGACIÓN

© Ediciones Laborum, S.L.

Avda. Gutiérrez Mellado, nº 9
Planta 3ª - Oficina 21
30008 - Murcia

Telf.: 968 88 21 81
Web: www.laborum.es
email: laborum@laborum.es

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Depósito Legal: MU 1085-2014
Publicación Impresa: ISSN 2386-7191
Publicación Digital: ISSN 2387-0370

Impreso en España - Printed in Spain

Contacto Revista:
www.laborum.es/revsegsoc
facebook.com/RevSegSoc
@RevSegSoc
revsegsoc@laborum.es

Licencia Creative Commons BY-NC-ND4.0
Más información sobre esta licencia en:
https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es

DIRECCIÓN:

José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

SUBDIRECCIÓN:

Guillermo Rodríguez Iniesta, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*

COORDINACIÓN:

Belén del Mar López Insua, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

CONSEJO DE REDACCIÓN:

José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

Guillermo Rodríguez Iniesta, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*

Inmaculada Ballester Pastor, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat Jaume I de Castellón*

Paola Bozzao, *Profesora Titular -acreditada a Catedrática- de Derecho del Trabajo. Universidad La Sapienza de Roma. Italia*

Faustino Cavas Martínez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*

Lourdes López Cumbre, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria*

Juan Antonio Maldonado Molina, *Catedrático (acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Antonio Márquez Prieto, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

José Luis Tortuero Plaza, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense*

Cristina Sánchez-Rodas Navarro, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*

CONSEJO ASESOR:

Belén Alonso-Olea García, *Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional de Educación a Distancia*

Miguel A. Almendros González, *Catedrático de Derecho de la empresa. Universidad de Granada*

Icíar Alzaga Ruíz, *Catedrática de Filosofía del Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia*

María José Añón Roig, *Catedrática de Filosofía del Derecho. Universidad de Valencia*

Joaquín Aparicio Tovar, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Castilla La Mancha*

Cristina Aragón Gómez, *Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional de Educación a Distancia*

Ángel Arias Domínguez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*

Alberto Arufe Varela, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*

Gian Guido Balandi, *Catedrático Derecho del Trabajo. Universidad de Ferrara. Italia*

Susana Barcelón Cobedo, *Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*

Ángel Blasco Pellicer, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*

Jo Carby-Hall, *Abogado. Director de Investigaciones Jurídicas Internacionales. Universidad de Hull. Yorkshire. Inglaterra*

María Emilia Casas Baamonde, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid*

María Antonia Castro Argüelles, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*

Wolfgang Däubler, *Catedrático de Derecho Laboral Alemán y Europeo, Derecho Civil y Mercantil. Universidad de Bremen. Alemania*

Susana de la Casa Quesada, *Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*

Luis Enrique de la Villa Gil, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*

Ángel Luis de Val Tena, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*

Elena Desdentado Daroca, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional de Educación a Distancia*

María Teresa Díaz Aznarte, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Elisabet Errandonea Ulazia, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad del País Vasco*

Gemma Fabregat Monfort, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*

Juan José Fernández Domínguez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*

Maximilian Fuchs, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Católica Eichstätt-Ingolstadt. Alemania*

Carlos García de Cortázar, *Técnico de la Administración de la Seguridad Social*

Joaquín García Murcia, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*

Ignacio García Ninet, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*

María García Valverde, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Alessandro Garilli, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho Universidad de Palermo*

Mario Garmedia Arigón, *Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad de la República de Uruguay*

Rosa González de Patto, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Santiago González Ortega, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo Olavide*

Esperanza Macarena Hernández Bejarano, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*

Juan López Gandía, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*

José Luján Alcaraz, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*

Jesús Martínez Girón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*
Carolina Martínez Moreno, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*
Jesús Mercader Uguina, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III*
Cristina Monereo Atienza, *Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Universidad de Málaga*
Ana Murcia Clavería, *Profesora Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valladolid*
María Nieves Moreno Vida, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Antonio Ojeda Avilés, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Sofía Olarte Encabo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Mari Carmen Ortiz Lallana, *Magistrada del TSJ de La Rioja. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Manuel Carlos Palomeque López, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca*
Susana Rodríguez Escanciano, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Gloria Rojas Rivero, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*
Eduardo Rojo Torrecilla, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona*
Santos Miguel Ruesga Benito, *Catedrático de Economía Aplicada. Universidad Autónoma de Madrid*
Carolina San Martin Mazzuconi, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos*
Yolanda Sánchez-Urán Azaña, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid*
Antonio Vicente Sempere Navarro, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*
Elisa Sierra Hernaiz, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Navarra*
Elena Signorini, *Profesora agregada de Derecho Laboral y de Seguridad Social. Universidad de Bérgamo. Italia*
Andrés Trillo García, *Letrado Jefe de los Servicios Centrales del Instituto Nacional de la Seguridad Social*
Daniel Toscani Giménez, *Profesor Titular -acreditado a Catedrático- de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
María Dolores Valdueza Blanco, *Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*
Raquel Vela Díaz, *Profesora ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social. Universidad de Jaén*
Raquel Vida Fernández, *Profesora Colaboradora del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Granada*
Francisco Vila Tierno, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:
Carlos Alfonso Mellado, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Jaime Cabeza Pereiro, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo*
Javier Fernández-Costales Muñiz, *Catedrático EU (integrado TU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Juan Gorelli Hernández, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva*
Carlos Hugo Preciado, *Magistrado de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*
María Del Mar Pérez Hernández, *Profesora Doctora Asociada de la Universidad de Almería y Jefa de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Almería*
Pilar Rivas Vallejo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*
María José Romero Ródenas, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Castilla-La Mancha*
Borja Suárez Corujo, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*
Arántzazu Vicente Palacio, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón*
Carmen Viqueira Pérez, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alicante*

EDITOR:
Ediciones Laborum

RESPONSABLE DE INDEXACIÓN:
Alejandro Muros Polo

Destinatarios

Con esta orientación y enfoque metodológico que se busca los destinatarios de esta Revista son todas las personas, instituciones y organismos -públicos y privados- en el campo de la Seguridad Social sin excepción, como Abogados, Graduados Sociales, Profesorado Universitario y en general todo el personal del ámbito académico científico, Responsables de dirección de personal o de "recursos humanos", asesores sindicales o empresariales, trabajadores sociales, directores y empleados públicos, y sus respectivas asociaciones u organizaciones profesionales, entre otros.

Contenido

BLOQUE I:
EMPLEO Y POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA 13

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL NUEVO MODELO INTEGRADOR MULTIDIMENSIONAL 15
José Luis Monereo Pérez
Pompeyo Gabriel Ortega Lozano
I. PLANTEAMIENTO GENERAL: UN RECORRIDO GENERAL Y DE PROXIMIDAD SOBRE EL MARCO NORMATIVO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD 15
II. LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS Y LA DISCAPACIDAD: RECORRIDO HISTÓRICO-NORMATIVO Y LAS POLÍTICAS DE INTEGRACIÓN 20
III. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD 28
IV. ESTRATEGIA EUROPEA SOBRE DISCAPACIDAD 2021-2030: UN COMPROMISO RENOVADO PARA UNA EUROPA SIN BARRERAS 32
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*" 38
VI. LA DISCAPACIDAD DE LOS TRABAJADORES Y SU VINCULACIÓN CON UNA POSIBLE DISCRIMINACIÓN A TENOR DE LA NORMATIVA VIGENTE 45
VII. LOS DESPIDOS DE LOS TRABAJADORES DISCAPACITADOS O ENFERMEDADES ASIMILADAS A DISCAPACIDAD 50
VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN: ORIENTACIONES, RECORRIDO JURISPRUDENCIAL Y *STATUS QUAESTIONIS* A LA PRESUMIBLE EXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN EN EL TRABAJADOR DISCAPACITADO. ¿LA INCLUSIÓN DE LA ENFERMEDAD INCAPACITANTE EN EL TÉRMINO DE DISCAPACIDAD? 55
IX. BIBLIOGRAFÍA 58

2. MARCO LEGAL DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO Y LA ACCIÓN POSITIVA EN EL ÁMBITO DE LA DISCAPACIDAD. EL PAPEL DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS 63
Sofía Olarte Encabo
I. REFLEXIONES SOBRE EL MARCO LEGAL GENERAL DE LA DISCAPACIDAD Y EL ESPECÍFICO DE EMPLEO 63
II. EL MARCO LEGAL GENERAL: EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU INCLUSIÓN SOCIAL 70
III. LA DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO LABORAL Y DEL EMPLEO 76
IV. MARCO JURÍDICO AUTONÓMICO 81
V. A MODO DE CONCLUSIÓN 84
VI. BIBLIOGRAFÍA 84

3. FOMENTO DEL EMPLEO ORDINARIO POR CUENTA AJENA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ESPECIAL REFERENCIA A LA REALIDAD ANDALUZA 87
José Luis Ruiz Santamaría
I. CUESTIONES PRELIMINARES 87

II. HACÍA UN EMPLEO DIGNO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: RETOS PARA UN FUTURO INCIERTO 89
III. ANÁLISIS SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL MERCADO ORDINARIO DE TRABAJO ANDALUZ POR CUENTA AJENA 92
IV. POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO DIRIGIDAS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: ESPECIAL ATENCIÓN A LAS AYUDAS E INCENTIVOS A LA CONTRATACIÓN EN EL SISTEMA ORDINARIO DE TRABAJO 101
V. CONCLUSIONES 107
VI. BIBLIOGRAFÍA 108

4. EL TRÁNSITO DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD A EMPRESAS ORDINARIAS. LOS ENCLAVES LABORALES EN ANDALUCÍA ... 111
Sheila López Vico
I. PLANTEAMIENTO GENERAL 111
II. PRINCIPALES INDICADORES SOBRE LA SITUACIÓN ACTUAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO ESPAÑOL 112
III. ENCLAVES LABORALES: DEFINICIÓN Y REGULACIÓN JURÍDICO LEGAL ACTUAL 116
IV. LOS ENCLAVES LABORALES EN ANDALUCÍA 125
V. MEDIDAS PARA FOMENTAR EL TRANSITO DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD A LAS EMPRESAS DEL MERCADO ORDINARIO EN EL MARCO DE LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA SOBRE DISCAPACIDAD 2022-2030 129
VI. CONCLUSIONES CRÍTICAS 130
VII. BIBLIOGRAFÍA 131

5. FOMENTO DEL AUTOEMPLEO Y EL EMPRENDIMIENTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: SU CONCRECIÓN EN ANDALUCÍA 133
Francisco Vila Tierno
Miguel Ángel Gómez Salado
Raquel Castro Medina
I. CUESTIONES PREVIAS: TRABAJO DECENTE Y DESIGUALDAD. DOS REALIDADES EN EL MARCO DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE 133
II. SITUACIÓN SOCIOLABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD 137
III. A PROPÓSITO DEL AUTOEMPLEO Y EL EMPRENDIMIENTO POR PARTE DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO MEDIO DE INTEGRACIÓN LABORAL 141
IV. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LAS MEDIDAS Y ESTÍMULOS AL AUTOEMPLEO Y EMPRENDIMIENTO DESTINADAS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA 147
V. UNAS BREVÍSIMAS CONCLUSIONES 152
VI. BIBLIOGRAFÍA 152

6. LA RESERVA DE EMPLEO PÚBLICO. ESPECIAL REFERENCIA A LA OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO EN ANDALUCÍA Y LA LEY 4/2017 157
Raquel Vida Fernández
I. INTRODUCCIÓN 157
II. MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA SOBRE EL DERECHO AL ACCESO AL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA 158
III. LA RESERVA DE EMPLEO PÚBLICO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD: FIGURA ESTRELLA DE INSERCIÓN LABORAL 160
IV. RESERVA DE EMPLEO PÚBLICO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA 166
V. LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA SOBRE DISCAPACIDAD 2022-2030: REFERENCIAS AL CUPO DE RESERVA COMO MEDIDA DE FOMENTO DEL EMPLEO 169
VI. CONCLUSIONES 171

VII. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA....173

7. TENDENCIAS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA RESPECTO AL EMPLEO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA....175

Miguel Ángel Almendros González

I. LA RESERVA DE EMPLEO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD....176
II. CONTRATACIÓN DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y PARTICULARIDADES DE LOS CONTRATOS FORMATIVOS....182
III. IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LAS RELACIONES DE TRABAJO....184
IV. LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD...185
V. BENEFICIOS PARA LOS TRABAJADORES CON PERSONAS DISCAPACITADAS A CARGO....192
VI. EPÍLOGO....193

8. FOMENTO DEL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL....195

María José Caballero Pérez

I. LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL: CONCEPTUALIZACIÓN Y ACTUALES MODELOS DE INTERVENCIÓN DESDE UN ENFOQUE SOCIAL Y DE DERECHOS....195
II. LAS MEDIDAS DE APOYO AL EMPLEO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL....201
III. LA RETIRADA DEL MERCADO LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y SU COBERTURA SOCIAL....215
IV. CONCLUSIONES....218
V. BIBLIOGRAFÍA....221

9. PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y PREVENCIÓN DE LA DEPENDENCIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA A TRAVÉS DEL EMPLEO....223

Amparo María Molina Martín

I. ELEMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN....223
II. PREMISA: ESPACIOS A DISPOSICIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS ANDALUCES PARA ACTUAR SOBRE EL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD....226
III. RESULTADOS....227
IV. BALANCE Y APRECIACIONES....241
V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS....241
REFERENCIAS NORMATIVAS....243
ÍNDICE DE TABLAS....243

10. LA SALUD Y SEGURIDAD LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD....245

Rosa Moya Amador

I. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DEL TEMA....245
II. LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES COMO LEY LABORAL "ESPECIAL"....247
III. LOS CONVENIOS COLECTIVOS Y LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD....264
IV. BIBLIOGRAFÍA....266

11. TELETRABAJO Y DISCAPACIDAD....271

Sheila López Vico

I. INTRODUCCIÓN....271

II. EFECTOS DEL COVID-19 EN EL ÁMBITO LABORAL. UN CAMBIO RADICAL DE PARADIGMA....272
III. ANÁLISIS DEL MARCO ECONÓMICO Y SOCIAL IMPERANTE Y LA INCIDENCIA DEL COVID-19 EN EL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DIVERSIDAD FUNCIONAL....274
IV. EL TELETRABAJO COMO MEDIDA DE CONCILIACIÓN LABORAL, VENTAJA O POTENCIAL RIESGO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD....276
V. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN EXISTENTE EN ESPAÑA EN MATERIA DE TELETRABAJO EN EL COLECTIVO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD....280
VI. CONCLUSIONES CRÍTICAS....288
VII. BIBLIOGRAFÍA....290

BLOQUE II:
LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA 293

1. ATENCIÓN A LAS NECESIDADES SOCIALES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD POR LOS SERVICIOS SOCIALES EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA....295
María Teresa Gijón Sánchez
Rafael Conejo Trujillo
I. INTRODUCCIÓN....295
II. PERSONAS CON DISCAPACIDAD, MÁS ALLÁ DE SU CONCEPTUALIZACIÓN COMO COLECTIVO DE INTERVENCIÓN SOCIAL....298
III. NECESIDADES DE ACCESO Y UTILIZACIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES EN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA....303
IV. RESPUESTA DE LOS SERVICIOS SOCIALES A LAS NECESIDADES SOCIALES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL CONTEXTO DE PANDEMIA DE COVID-19.309
V. CONSIDERACIONES FINALES....313
VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS....316

2. INCLUSIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, INDAGANDO EN LAS DIVERSAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN: DIVERSAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN. DIFICULTADES Y BARRERAS. DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO....319
Belén del Mar López Insua
I. PERSPECTIVA GENERAL: LA PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD DESDE UN ENFOQUE DE DERECHOS....319
II. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD: UN OBSTÁCULO PARA LA CONSECUCIÓN DE LA PLENA IGUALDAD....321
III. FORMAS DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD....333
IV. BIBLIOGRAFÍA....343

3. LA ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA EN ANDALUCÍA....345
Juan Romero Coronado
I. INTRODUCCIÓN....345
II. EL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA EN ANDALUCÍA....346
III. LA GESTIÓN DEL SAAD: LA AGENCIA DE SERVICIOS SOCIALES Y DEPENDENCIA DE ANDALUCÍA....349
IV. PRESTACIONES DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA EN ANDALUCÍA....351
V. CONCLUSIONES....364
VI. BIBLIOGRAFÍA....365

4. DERECHOS Y GARANTÍAS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD USUARIAS DE CENTROS RESIDENCIALES Y CENTROS DE DÍA EN ANDALUCÍA.....367
Amparo María Molina Martín
I. PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN RESPECTO DE SU CONTEXTO GENERAL367
II. ANÁLISIS PRELIMINAR DEL OBJETO DEL ESTUDIO.....368
III. DERECHOS Y GARANTÍAS ESPECÍFICOS.....374
IV. APRECIACIONES FINALES.....378
V. BIBLIOGRAFÍA.....380

5. LA COORDINACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS Y SERVICIOS SOCIALES EN ANDALUCÍA.....383
Juan Antonio Maldonado Molina
I. CENTROS SOCIO-SANITARIOS VS. CENTROS SANITARIOS: UNA DIFERENCIACIÓN SUSTANCIAL.....383
II. LA COORDINACIÓN SOCIO-SANITARIA ANTE EL RETO DEL COVID-19.....386
III. LOS SERVICIOS SANITARIOS PRESTADOS EN CENTROS DE ATENCIÓN ESPECIALIZADA A PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....399
IV. LOS SERVICIOS SANITARIOS PRESTADOS POR EL SISTEMA SANITARIO A LOS USUARIOS DE CENTROS RESIDENCIALES.....402
V. BIBLIOGRAFÍA CITADA.....404

6. EL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....407
María Nieves Moreno Vida
I. EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA SALUD Y LA ASISTENCIA SANITARIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....407
II. LOS MODELOS TEÓRICOS DE LA DISCAPACIDAD Y SU IMPACTO EN LA ATENCIÓN A LA SALUD.....413
III. RETOS PARA LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. EL ENVEJECIMIENTO DE LA POBLACIÓN, LA CONSTRUCCIÓN DE SISTEMAS DE SALUD EFICIENTES Y SOSTENIBLES Y LA LUCHA CONTRA LAS DESIGUALDADES SANITARIAS.....417
IV. CONTENIDO Y ACTUACIONES DE LA ATENCIÓN SANITARIA A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....424
V. COORDINACIÓN SOCIOSANITARIA: INCORPORAR LA PERSPECTIVA SOCIAL DENTRO DEL ÁMBITO SANITARIO PARA LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....437
VI. REVOLUCIÓN DIGITAL Y SALUD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....438
VII. BIBLIOGRAFÍA.....440

7. EDUCACIÓN SANITARIA DE LAS PERSONAS DISCAPACITADAS EN ANDALUCÍA.....443
María del Carmen Burgos Goye
I. INTRODUCCIÓN.....443
II. CUANTIFICACIÓN.....444
III. CONCEPTO TÉCNICO -JURÍDICO DE DISCAPACIDAD.....448
IV. CAUTELAS Y MATICES EN LA EDUCACIÓN SANITARIA EN ANDALUCÍA.....454
V. PAPEL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO.....460
VI. CONCLUSIONES.....463
VII. BIBLIOGRAFÍA.....464

8. ACCESIBILIDAD AL SISTEMA SANITARIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO. ACCESIBILIDAD EN LOS SISTEMAS DE EMERGENCIAS SANITARIAS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AUDITIVA 467
Braulio Antonio Girela Molina
I. INTRODUCCIÓN 468
II. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA 471
III. ACCESIBILIDAD AL SISTEMA SANITARIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD 478
IV. INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO 481
V. ACCESIBILIDAD A LA ATENCIÓN EN LOS SISTEMAS DE EMERGENCIAS SANITARIAS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AUDITIVA 488
VI. BIBLIOGRAFÍA 491

9. EVALUACIÓN DE LA CALIDAD DE LOS CENTROS, ACTIVIDADES Y SERVICIOS SANITARIOS PÚBLICOS DE ANDALUCÍA: ACCESIBILIDAD Y DISEÑO UNIVERSAL 493
Alejandro Muros Polo
I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU BLOQUE NORMATIVO REGULADOR BÁSICO 493
II. LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL COMO REQUISITO NECESARIO PARA GARANTIZAR LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD 498
III. ACCESIBILIDAD UNIVERSAL EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL GENERAL, COMUNITARIA E INTERNA 503
IV. PRINCIPALES BARRERAS Y RETOS DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN RELACIÓN CON LA DISCAPACIDAD 509
V. ACCESIBILIDAD EN LA NORMATIVA AUTONÓMICA ANDALUZA: ESPECIAL REFERENCIA AL SISTEMA SANITARIO ANDALUZ 513
VI. LAS DIFERENTES ESTRATEGIAS SOBRE LA DISCAPACIDAD Y SU INCIDENCIA EN LA ACCESIBILIDAD A LA ASISTENCIA SANITARIA. EL III PLAN DE ACCIÓN INTEGRAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA 516
VII. EVALUACIÓN DE LA CALIDAD DE LOS CENTROS, ACTIVIDADES Y SERVICIOS SANITARIOS PÚBLICOS DE ANDALUCÍA EN MATERIA DE ACCESIBILIDAD 518
VIII. CONCLUSIONES CRÍTICAS 520
IX. BIBLIOGRAFÍA 521

10. PARTICIPACIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE LAS ENTIDADES REPRESENTANTES DEL COLECTIVO 523
Farah Amaadachou Kaddur
I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS 523
II. BREVE RECAPITULACIÓN SOBRE LOS PRINCIPALES MODELOS TEÓRICOS DE ATENCIÓN A LA DISCAPACIDAD Y SU REPERCUSIÓN EN SU DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y EN SU TRATAMIENTO 524
III. SÍNTESIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO MULTINIVEL APLICABLE Y PRINCIPALES INICIATIVAS ADOPTADAS PARA PROMOVER LA PARTICIPACIÓN ACTIVA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN UNA SOCIEDAD INCLUSIVA 530
IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS 538
V. BIBLIOGRAFÍA 539

11. BIOÉTICA: PROTOCOLOS Y NORMAS ÉTICAS PARA LA MEJORA DE LAS PRÁCTICAS PROFESIONALES 541
Sara Guindo Morales
I. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LA LEY 26/2011, DE 1 DE AGOSTO, DE ADAPTACIÓN NORMATIVA A LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD 541
II. 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 544
III. LOS AJUSTES RAZONABLES 549
IV. CONCLUSIONES 551
V. BIBLIOGRAFÍA 554

12. EL PLAN ANDALUZ DE SALUD 557
Sheila López Vico
I. PLANTEAMIENTO GENERAL: BREVE REFERENCIA AL ORIGEN Y FINALIDAD DEL PLAN ANDALUZ DE SALUD 557
II. ÁNALISIS CRÍTICO DEL CONTENIDO DEL IV PLAN ANDALUZ DE SALUD 559
III. EL PLAN ANDALUZ DE SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ESPECIAL REFERENCIA AL ENVEJECIMIENTO 566
IV. CONCLUSIONES CRÍTICAS 571
V. BIBLIOGRAFÍA 573

13. ANÁLISIS DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN SU CONDICIÓN DE CONSUMIDORES Y DE LOS MECANISMOS PARA SU ESPECIAL PROTECCIÓN 575
Pompeyo Gabriel Ortega Lozano
I. EL SENTIDO AMPLIO DEL RECIENTE CONCEPTO DE PERSONA CONSUMIDORA VULNERABLE: LA LEY 4/2022, DE 25 DE FEBRERO, DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS FRENTE A SITUACIONES DE VULNERABILIDAD SOCIAL Y ECONÓMICA 575
II. LA DISCAPACIDAD EN LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: RECORRIDO NECESARIO 579
III. UN RECORRIDO GENERAL Y DE PROXIMIDAD SOBRE EL ELENCO NORMATIVO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD 587
IV. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE 2006 590
V. LA DEFENSA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN SU CONDICIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS A NIVEL NACIONAL 593
VI. LA DEFENSA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN SU CONDICIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS EN ANDALUCÍA 594
VII. UN COMPROMISO EUROPEO PARA LUCHAR CONTRA LAS BARRERAS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD 596
VIII. BALANCE Y PERSPECTIVAS: CONCLUSIONES 602
IX. BIBLIOGRAFÍA 603

Laborum

Bloque I: Empleo y Políticas Activas de Empleo de las Personas con Discapacidad en Andalucía

Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

1. Los Derechos Fundamentales de las Personas con Discapacidad en el nuevo modelo integrador multidimensional

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
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Pompeyo Gabriel Ortega Lozano
Profesor Titular (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0001-9880-4231

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL: UN RECORRIDO GENERAL Y DE PROXIMIDAD SOBRE EL MARCO NORMATIVO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. II. LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS Y LA DISCAPACIDAD: RECORRIDO HISTÓRICO-NORMATIVO Y LAS POLÍTICAS DE INTEGRACIÓN. III. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. IV. ESTRATEGIA EUROPEA SOBRE DISCAPACIDAD 2021-2030: UN COMPROMISO RENOVADO PARA UNA EUROPA SIN BARRERAS.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*". VI. LA DISCAPACIDAD DE LOS TRABAJADORES Y SU VINCULACIÓN CON UNA POSIBLE DISCRIMINACIÓN A TENOR DE LA NORMATIVA VIGENTE. VII. LOS DESPIDOS DE LOS TRABAJADORES DISCAPACITADOS O ENFERMEDADES ASIMILADAS A DISCAPACIDAD.VIII.A MODO DE CONCLUSIÓN: ORIENTACIONES, RECORRIDO JURISPRUDENCIAL Y *STATUS QUAESTIONIS* A LA PRESUMIBLE EXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN EN EL TRABAJADOR DISCAPACITADO. ¿LA INCLUSIÓN DE LA ENFERMEDAD INCAPACITANTE EN EL TÉRMINO DE DISCAPACIDAD? IX. BIBLIOGRAFÍA.

> *"Una nuevo paradigma teórico se halla actualmente en plena evolución: un paradigma aliado con la reclamación que tantas y tantas personas hacen de una calidad de vida que satisfaga los requerimientos de la igualdad de dignidad humana que todas merecen. A diferencia de los enfoques todavía dominantes, este otro parte de un compromiso con la igual dignidad de todos los seres humanos […] y está dedicado a la consecución para todos ellos de unas vidas que estén a la altura de esa dignidad que ha de seguir igual para todos"*
>
> Martha Nussbaum[1]

I. PLANTEAMIENTO GENERAL: UN RECORRIDO GENERAL Y DE PROXIMIDAD SOBRE EL MARCO 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.

[1] Nussbaum, N.: *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano,* Barcelona, Padiós-Espasa Libros, 2012, p. 218.

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. Una Convención que supuso un cambio de paradigma en el enfoque de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad[2].

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)[3], 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

[2] Monereo Pérez, J.L., Ortega Lozano, P.: "El cambio de paradigma en el enfoque de los derechos fundamentales en la convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad de 2006", en VV.AA.: *La Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Monereo Pérez, J. L.; Moreno Vida, M. N.; Márquez Prieto, A., Maldonado Molina, J. A. (Dirs.), López Insua, M. B., Ruíz santamaría, j.l. (CoordS.), Murcia, Laborum, 2020.

[3] Véase Monereo Pérez, J.L: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Laborum, 2019, espec., pp. 118 y ss.

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[4].

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 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.

Tradicionalmente se ha distinguido entre dos modelos ideal-típicos de tratamiento de la discapacidad:

1. El modelo médico o rehabilitador, el cual adopta un enfoque pasivo de las limitaciones o deficiencias que presentan las personas con discapacidad. La exigencia de clasificar a esta grupo vulnerable a partir de sus déficits ha supuesto inevitablemente un reforzamiento de los elementos de estigmatización de la discapacidad, y, además, que se preste mayor atención a las diferencias y a los aspectos negativos del funcionamiento de la persona.

2. El modelo social y de autonomía. Este modelo se construye para dar respuesta a los aspectos más críticos y lesivos de los modelos individualistas y focalizados desde el punto de vista médico. Son modelos que se han creado a partir de la lucha reivindicativa de las propias personas con discapacidad iniciada en la década de los años sesenta y setenta del siglo veinte en Estados Unidos y en el Reino Unido con la finalidad de defender sus derechos básicos. Estamos ante un modelo que expresa un ideal a alcanzar dado que algunos de sus presupuestos no han tendido un adecuado desarrollo o no se han puesto en práctica en todas sus potencialidades. Ello no obstante, ha sido un modelo ideal-tipo -en el maxweberiano de la expresión- que ha servido de base para la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, garantizando una mayor visibilidad y efectividad al ejercicio de los mismos por este colectivo. En realidad se ha plasmado genética y dinámicamente como una suerte de modelo social, de autonomía e integración social de las personas con discapacidad.

[4] *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.

Este modelo social atiende preferentemente -no con carácter exclusivo o excluyente- a los factores causales que determinan la discapacidad. En su lógica interna preside la idea de que el problema de la discapacidad no reside tanto en los rasgos personales que pueden tener una persona en términos de déficits físicos o psíquicos, sino ante todo en cómo la sociedad resuelve las barreras que dificultad la plena integración e inclusión social de las personas con discapacidad. Es así que la discapacidad no es propiamente una cualidad de las personas o un atributo natural sino el producto-resultado de construcciones sociales (tales como barreras urbanísticas y ambientales, dentro o fuera del ambiente de trabajo, actitudes discriminatorias, estereotipos y prejuicios culturales, etcétera) que generan situaciones de exclusión y de discriminación. Por otra parte, un rasgo constitutivo de este modelo social estriba en rechazar que se caracterice a la discapacidad en términos de dicotomía entre salud y enfermedad, siendo esta asociación entre discapacidad y anomalía médica el resultado del modelo médico o rehabilitador. Éste se focaliza en la idea de "curar" a la persona discapacitada, desconociendo que la discapacidad es en muchos casos la condición persistente-permanente de una persona que no admite reparación. El modelo social subraya que las personas con discapacidad no carecen de capacidades, sino que funcionan de un modo que no es el habitual (en términos generales). En efecto, como se sabe, las personas con discapacidad pueden desempeñar las mismas funciones que cualquier persona, pero lo realizan de una manera diversa a la que es considerada como habitual o más generalizada. Por tanto, no carecen de nada en sentido estricto, pues pueden realizar las mismas funciones o tareas que las demás personas pero con diferente modo de llevarlas a cabo.

Es así que la discapacidad es considera como una situación eminentemente social en la que se hallan o puede hallarse las personas como resultado de la interacción de estas con deficiencias y barreras debidas a la actitud y el entorno, la concepción que se mantiene de ella es mucho más amplia y compleja que la sustentada por el llamado modelo médico o rehabilitador. Se atiende a una situación objetiva y concreta de dificultad o imposibilidad de ejercitar ciertos derechos y actividades en que se encuentra la persona. En situación afecta a su posición social en la sociedad en todas sus manifestaciones, civiles, políticas, culturales, económicas y profesionales.

Al efecto conviene advertir de la desafortunada redacción del artículo 4.2.c) del ET, conforme al cual "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". Es evidente que no pueden ser "discriminadas" en ningún caso (artículos 14 CE y 17 del ET; Capítulo VI, artículos 35 y siguientes de la 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)[5].

[5] Conforme al artículo 35 del Real Decreto Legislativo 1/2013, relativo a las "Garantías del derecho al trabajo": 1. Las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación. 2. La garantía y efectividad de los derechos a la igualdad de trato y de oportunidades de las personas con discapacidad se regirá por lo establecido en este capítulo y en su normativa específica en el acceso al empleo, así como en el acceso a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y de despido, en la promoción profesional, la formación profesional ocupacional y continua, la formación para el empleo, y en la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales o la incorporación y participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta. 3. Existirá discriminación directa cuando una persona con discapacidad sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de su discapacidad. 4. 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, 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. 5. 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 ahí que se atienda a las causas reales determinantes, lo que explica que el modelo social apuesta por una especial atención a las mismas y por una reformulación de las condiciones generales y específicas de ejercicio de los derechos originariamente pensados por y para un titular estándar de los mismos, considerado como "tipo normalizador" (sic.).

El modelo social -que siempre tuvo un enfoque de efectividad en el ejercicio de los derechos-, superando el modelo médico, ha ido evolucionando dinámicamente en un sentido más integrador y completo y más adecuado con la realidad de que la *discapacidad es un fenómeno multidimensional* y que debe ser enfocado *necesariamente* desde una perspectiva integral a través de políticas públicas coordinadas y diferenciadas en el marco del Estado Social de Derecho. Se conforma, de este modo, una suerte de *modelo multidimensional,* capaz de avanzar en la dirección integrar y reformular, a la vez, los modelos individual y social a efectos del tratamiento de la discapacidad en el doble plano interdependiente de las políticas de Derecho y de su instrumentación normativa e institucional. Así, se puede deducir del artículo 2.a) de 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, cuando define la discapacidad a efectos de esta ley se entiende "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"[6]. Resulta significativo que el artículo 3 del RD-Legislativo 1/2013 considere como uno de sus principios fundamentales el de "la transversalidad de las políticas en materia de discapacidad" [(artículo 3.m)]. Pero ya nuestra misma Constitución -en su calidad de Norma Fundamental del ordenamiento jurídico ex artículo 9.1-, venía a aproximarse -aunque de manera no plenamente satisfactoria- hacia ese enfoque integrador de mirar y atender al fenómeno multidimensional de las personas con discapacidad[7].

Interesa hacer notar que de lo que se trata ante todo -y sin perjuicio de que el legislador pueda establecer derechos legales específicos a los discapacitados- es de garantizar la *plena efectividad* del estándar de derechos indivisibles, interdependientes y universales a las personas con discapacidad, lo cual en sí no supone con carácter necesario que se formulen nuevos derechos específicos para este colectivo vulnerable; reclamando, al efecto, los artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución en su obligada interpretación con arreglo a la norma de apertura constitucional ex artículo 10.2, en relación con los artículos 93 a 96 de nuestra Norma Fundamental. El legislador constituyente era plenamente consciente de que la plena libertad, igualdad y fraternidad reales no siempre se corresponde con la

de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo. 6. El acoso por razón de discapacidad, en los términos definidos en la letra f) del artículo 2, se considera en todo caso acto discriminatorio. 7. Se considerará igualmente discriminación toda orden de discriminar a personas por motivo o por razón de su discapacidad". A su vez el artículo 36, referido a la "Igualdad de trato", dispone que: "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".

[6] Abundando en ese enfoque integrador el artículo 4 ("Titulares de los derechos"), establece: "1. 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. 2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos (*rectius,* a los efectos de esta Ley, lo cual en *ius strictum incluye todo el estándar de protección garantizado en la misma*. Véase STS 992/2018, de 29 de noviembre, fjº 6), 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. Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos".

[7] Monereo Pérez, J.L., y Molina Navarrete, C.: "El derecho a la protección de las personas con mincusvalías (Artículo 49)", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* Granada, Comares, 2022, pp. 1755-1801.

su observancia en la realidad existencial. Por ello, esa *eficacia real* se trata de una aspiración y de un objetivo a perseguir continua y dinámicamente: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social" (artículo 9.2 CE). Con ello se supera el mito del garantismo simplemente formal por el juego de un garantismo más fuerte y más coherente con la democracia constitucional y el Estado Social de Derecho, esto es, un garantismo jurídico-formal y jurídico-sustancial de los derechos y libertades[8]. Sería suficiente retener el hecho de las situaciones reales de discriminación de las personas con discapacidad a pesar de que se disponga actualmente de un marco normativo garantista formalmente muy completo más allá de algunas carencias y deficiencias regulativas. Ciertamente, los derechos valen lo que valen sus garantías, pero no sólo las garantías formales/procedimentales, sino también -y al propio tiempo- las garantías materiales/sustanciales de *efectividad* y las acciones institucionales de fomento de una cultura jurídica y social que los haga valer en la práctica.

Con todo, 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[9]. 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

[8] Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017, espec., capítulo III ("La defensa de los derechos sociales en el marco de los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales"), pp. 137-2012; 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, espec., pp. 179 y ss.; Monereo Pérez, J.L.: *Los fundamentos de la democracia. La teoría político jurídica de Hans Kelsen,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, espec., pp. 103 y ss., y 411 y ss.

[9] 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, pp. 575 y ss.

su regulación a través de instrumentos normativos (Convenios; *Hard Law*) y no normativos, pero no por ello carente de vinculatoriedad jurídica débil (Recomendaciones; *Soft Law* 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 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, viudez, 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)[10].

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

[10] 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. (Dirs.): *El Sistema Universal de Derechos Humanos,* Granada, Comares, 2014, pp. 515 y sigs., y 595 y ss., respectivamente

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 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 substituya 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[11]. 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

[11] 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, pp. 107 y ss.

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 períodos prolongados de 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)*". Es, ésta, una *definición estipulativa adaptada a la función* preordenada en el orden normativo de referencia.

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 normativo 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

> *"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[12]

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, 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[13], como enfoque de autentificación 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[14]. El cambio de paradigma respecto

[12] 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, p. 88.

[13] Véase la argumentación desarrollada por Nussbaum, M. C: *Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano,* Barcelona, Paidós, 2012, espec., pp. 83-126.

[14] 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 la protección pública de las personas discapacitadas se expresa nítidamente 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*[15]. 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 en 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 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)[16]. La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006 no es un modelo en sí, sino la formalización de un modelo de protección de las personas con discapacidad basado en un enfoque integral a través de los derechos y de las acciones institucionales que los hacen valer en la práctica.

de los derechos fundamentales. El Modelo Europeo, Albacete, Bomarzo, 2009, cap. 5 ("El enfoque de las "capacidades" como completo del "enfoque de los derechos"), pp. 143 y ss.; Monereo Pérez, J.L.: "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.

[15] Reténgase que *"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"*. Cfr. *"Preámbulo*" de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

[16] 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. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2014. VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europa,* Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. 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 Europa,* Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2017.

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).

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) Emprender 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) Emprender 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 2021-2030: 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[17].

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

[17] Para mayor abundamiento, *vid.* Alcaín Martínez, E.: *Legislación Sobre Discapacidad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005, *passim*.

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.

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 2021-2030[18]:

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 subtitulados 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 estudiar 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

[18] COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES: *Una Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030* COM/2021/101 final.

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 Europeo viene promoviendo una educación y un aprendizaje permanente inclusivos para todos los alumnos[19].

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

[19] 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, pp. 293 y ss.

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.

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 *multidimensional* de la discapacidad

El concepto de "*ajustes razonables*" se encuentra recogido en la Directiva 2000/78/CE[20]. 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[21]. Por tanto, serán personas con discapacidad las que "*tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o*

[20] 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, pp. 151 y ss.

[21] 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, Mª. N. y Vila Tierno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo,* Granada, Comares, 2020, p. 416.

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"[22]. 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[23]. 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[24]. 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[25]. 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[26].

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[27]. 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[28]. 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*

[22] STJUE, Sala Segunda, 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11.

[23] 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, p. 578.

[24] 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, p. 468.

[25] 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, p. 578.

[26] 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, p. 588; Monereo Pérez, J.L. y López Vico, S.: "Trabajadores con discapacidad: principio de igualdad de trato y alcance del concepto de ajustes razonables", en *La Ley Unión Europea,* núm. 102 2022, p. 1-22.

[27] 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, p. 413.

[28] 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, p. 590.

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"[29]. 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[30].

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[31]. 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[32].

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[33]. 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[34], ha rechazado que el término "*razonable*" sea sinónimo de "*efectivo*", pues es la palabra "*ajuste*" la que expresa la idea de efectividad[35].

---

[29] 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*".

[30] 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, p. 578.

[31] Cordero Gordillo, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 137.

[32] 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, p. 578.

[33] 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, pp. 634 y ss.

[34] En el asunto US Airways, inc. v. Barnett.

[35] Cordero Gordillo, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 139 y ss.

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*"[36].

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[37]. 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[38]. 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[39].

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 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[40]. El trabajo es en sí mismo un factor de integración social, pero puede ser también un factor de exclusión social[41].

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

[36] Cordero Gordillo, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 141.

[37] Cordero Gordillo, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 141.

[38] 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, p. 585.

[39] Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª. N. (Dirs.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* Granada, Comares, 2002, p. 1776.

[40] Cordero Gordillo, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 143 y ss.

[41] 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, p. 788.

las Administraciones, por cuanto la Directiva 2000/78/CE[42] se aplica tanto al sector público como al sector privado[43]. 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[44].

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[45].

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[46]. 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[47]. En definitiva, debemos incidir en la vital importancia de la realización de los "*ajustes*

[42] 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*".

[43] Cordero Gordillo, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 145 y ss.

[44] 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, p. 780.

[45] Cordero Gordillo, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 146.

[46] 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, p. 739.

[47] Cordero Gordillo, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 147 y ss.

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[48].

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[49]. 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*"[50].

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[51], mantiene la conexión con el artículo 2[52], 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[53], relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación[54].

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*[55]. En lo referido a la discriminación directa, y para determinar si ésta concurre en relación a los

[48] 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, p. 186.

[49] 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.) *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, p. 774.

[50] Convención de la ONU sobre los derechos de la personas con discapacidad. Aprobada en fecha 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

[51] Que se refiere al concepto de "*ajustes razonables*".

[52] Referido al concepto de discriminación.

[53] 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*".

[54] Cordero Gordillo, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 151 y ss.

[55] 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, p. 423.

"*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[56].

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"*[57] 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[58]. Así, la obligación de efectuar "*ajustes razonables*" es una obligación de hacer, ya que precisamente, la inacción o pasividad del empleador es la que se califica como discriminatoria[59].

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[60]. 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[61].

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

[56] 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.) *et al*: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, p. 590.

[57] Artículo 2.2 Directiva 2000/78/CE.

[58] Cordero Gordillo, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 154.

[59] De Schutter, O.: *Discriminations et marché du travail*, Francia, Peter Lang, 2011, p. 191.

[60] Cordero Gordillo, V.: *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 154.

[61] 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.

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[62].

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*".

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[63]. 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[64].

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

[62] 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, p. 585.

[63] 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, p. 849.

[64] 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, pp. 54 y ss.

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)[65].

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)[66].

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*"[67].

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

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

[66] 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*".

[67] 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*.

-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.

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[68]. 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[69].

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*

[68] *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*.

[69] 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, p. 857.

mencionada Convención Internacional"[70]. 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 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"[71]. Es también la dirección seguida por el artículo 26 (en relación con el artículo 21)[72]-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*"[73].

[70] En referencia a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

[71] 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, p. 858.

[72] Sobre esta disposición, *vid.* 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, pp. 463 y ss.

[73] *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. (Dirs. y Coords.), *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 573 y ss., en particular, p. 580.

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, 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[74].

[74] *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. (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, p. 590. Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª. N.: "El derecho a la protección de las personas con minusvalías",

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).

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, C-17/05).

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 calificadores, 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[75]: lo cierto es que, desde el punto de vista de la

en Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª. N. (Dirs. y Coords.), *Comentario a la Constitución Socio- Económica de España*, Granada, Comares, 2002.

[75] 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, pp. 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. (Dirs.): *Derecho vivo de la*

relación laboral, el trabajador que es dado de alta queda expuesto a los poderes empresariales de despido del empleador[76]. 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[77]- a todos los efectos[78].

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[79]. 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[80].

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-[81]. 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[82], 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.

Seguridad Social, Murcia, Laborum, 2019, pp. 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, pp. 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, pp. 57 y ss. Guindo Morales, S.: "El porvenir del absentismo laboral ante las recientes reformas no garantizadoras 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 (Dirs.), Murcia, Laborum, 2018, pp. 323 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, pp. 69 y ss.

[76] Ortega Lozano, P. G.: *Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador: España e Italia*, Granada, Comares, 2020, *passim.*

[77] 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.

[78] 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.

[79] 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, pp. 81 y ss.

[80] Monereo Pérez, J. L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996, *passim*.

[81] 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, p. 430.

[82] 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*.

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[83]. El modelo social subyacente a la Convención de la ONU "*desgarra el velo de la normalidad*" que ha permitido justificar la exclusión de las personas discapacitadas[84].

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[85].

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[86], 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[87].

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

[83] *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, p. 11.

[84] Ferrajoli, L.: "La democracia constitucional", en Courtis, C.: *Desde otra mirada. Textos de la teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, p. 267.

[85] 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, p. 872.

[86] *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.*

[87] Engisch, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001, p. 130.

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).

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*"[88].

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-[89].

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[90].

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- elementos

[88] STJUE 1 de diciembre de 2016, M. Daouidi, C-395/15.

[89] 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*.

[90] 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, p. 863.

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[91].

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[92]- 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 disfrutan 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-[93].

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 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,

[91] Monereo Pérez, J. L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, p. 71 y 72.

[92] STSJ Cataluña 12 de junio de 2017 [AS 2017\1417].

[93] 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, p. 876.

y en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales respecto a los riesgos de personas especialmente sensibles)[94].

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 QUAESTIONIS* 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[95], 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[96].

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, 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*"[97].

---

[94] Monereo Pérez, J. L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, p. 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, p. 877.

[95] STC 62/2008, de 26 de mayo

[96] 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.

[97] STSJ Canarias/Las Palmas de fecha 25 de enero de 2011 [AS\2011\216].

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[98].

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[99], 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[100]. Por tanto, con esta sentencia comienza a admitirse la existencia de discriminación indirecta por razón de enfermedad equiparable a discapacidad.

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[101] 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,*

[98] STSJ Canarias/Las Palmas de fecha 25 de enero de 2011 [AS\2011\216].

[99] Conocida como doctrina Ring.

[100] STSJ Galicia de fecha 22 de diciembre de 2015 [AS\2016\385]. *Vid.* 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].

[101] STS 21 de septiembre de 2017 [RJ 2017\4307].

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[102]. 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[103]. 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[104], 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[105], 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 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

[102] STS 3 de mayo de 2016 [RJ 2016\2152].
[103] STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11.
[104] STS 3 de mayo de 2016 [RJ 2016\2152].
[105] STS 21 de septiembre de 2017 [RJ 2017\4307].

Conejero-, no podrán ser objeto de despido improcedente (solo procedente o nulo) al derivar la "discapacidad" de la dimensión comunitaria y amplia del término[106].

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)[107]. 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"[108].

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.

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.

[106] 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*.

[107] 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*…".

[108] 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"), pp. 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, pp. 45 y ss., y 159 y ss.

Añón Roig, M.J.: "Derecho a un nivel de vida adecuado y medios de subsistencia", 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.

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.

Fernández Bernat, J.A.: "Modelos de atención a la discapacidad: Evolución histórica", en VV.AA.: *La Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Monereo Pérez, J. L.; Moreno Vida, M. N.; Márquez Prieto, A., Maldonado Molina, J. A. (Dirs.), López Insua, M. B., Ruíz Santamaría, J.L. (Coords.), Murcia, Laborum, 2020.

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.

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. (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.

Monereo Pérez, J. L.: "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.

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 Láiz", 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 López Insua, B.M.: "Deslinde e interconexión entre discapacidad e incapacidad permanente: Norma y praxis jurisprudencial", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 62, 2022.

Monereo Pérez, J. L. y López Vico, S.: "Trabajadores con discapacidad: principio de igualdad de trato y alcance del concepto de ajustes razonables", en *La Ley Unión Europea,* núm. 102, 2022.

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.

Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª. N.: "El derecho a la protección de las personas con minusvalías", en Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª. N. (Dirs. y Coords.), *Comentario a la Constitución Socio Económica de España*, Granada, Comares, 2002.

Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª. N. (Dirs.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* Granada, Comares, 2002.

Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, Mª. 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, Mª. 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.

Nussbaum, N.: *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano,* Barcelona, Padiós-Espasa Libros, 2012.

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.

Ruíz Rico Ruíz, 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.

Ruíz Santamaría, J.L.: *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad,* Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2019.

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.

VV.AA.: *La Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Monereo Pérez, J. L.; Moreno Vida, M. N.; Márquez Prieto, A., Maldonado Molina, J. A. (Dirs.), López Insua, M. B., Ruíz Santamaría, j.l. (CoordS.), Murcia, Laborum, 2020, 1191 páginas. Este libro es el más completo sobre la materia, desde un enfoque integral y exhaustivo, actualmente disponible en el mercado editorial.

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.

Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

2. Marco Legal De Las Políticas De Empleo Y La Acción Positiva En El Ámbito De La Discapacidad. El Papel Del Estado Y De Las Comunidades Autónomas

Sofía Olarte Encabo
Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0003-4592-2466

SUMARIO: I. REFLEXIONES SOBRE EL MARCO LEGAL GENERAL DE LA DISCAPACIDAD Y EL ESPECÍFICO DE EMPLEO. II. EL MARCO LEGAL GENERAL: EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU INCLUSIÓN SOCIAL. III. LA DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO LABORAL Y DEL EMPLEO. 1. *EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES (EMPLEO ORDINARIO/ EMPLEO PROTEGIDO)*. 2. *LA LEY DE EMPLEO.* 3. *OTRAS NORMAS SOCIO-LABORALES CON ESPECIFICACIONES SOBRE DISCAPACIDAD.* IV. MARCO JURÍDICO AUTONÓMICO. V. A MODO DE CONCLUSIÓN. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. REFLEXIONES SOBRE EL MARCO LEGAL GENERAL DE LA DISCAPACIDAD Y EL ESPECÍFICO DE EMPLEO

En el presente capítulo se pretende dar una visión general del conjunto de fuentes legales reguladoras de las políticas de empleo y acción positiva en el ámbito de la discapacidad. Panorámica general no dirigida al análisis propiamente dicho del contenido de las normas en cuestión -leyes y reglamentos del Estado- sino a proponer una ordenación sistemática de las normas que disciplinan el empleo y el mercado de trabajo en relación con las personas con discapacidad, identificando sus opciones político-jurídicas básicas. Objetivo que se justifica en la dispersión normativa, ya que este marco legal se halla distribuido entre normas generales sobre discapacidad y normas específicas en materia de empleo y trabajo relativas a las personas con discapacidad.

Ciertamente, el marco jurídico-legal de la discapacidad es mucho más amplio que el relativo a las políticas de empleo, aunque éste constituye una parte muy importante del mismo. Es además, es un conjunto de normas, ingente y disperso que se ubica prácticamente en todos los sectores del ordenamiento jurídico. No obstante, más que de dispersión, estamos ante un sector del ordenamiento jurídico que se caracteriza por su carácter transversal[1], a la vez que por su coherencia interna. Es decir, está compuesto por normas con especificación subjetiva en prácticamente todas las ramas o sectores del Derecho, determinando la existencia de la discapacidad algún tipo de modalización, adaptación o exceptuación del régimen y/o principios propios de cada una de esas ramas o instituciones, y ello con el objeto de dispensar un tratamiento específico conforme a una lógica unitaria: la lógica anti discriminatoria y la acción positiva dirigida a remover los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad real y efectiva (artículo 9.2, en relación con los artículos 1.1, 14 y 49 CE).

Uno de los núcleos duros del Derecho de la Discapacidad, entendido como conjunto normativo regulador de la discapacidad en todos los sectores del ordenamiento, es precisamente el que el regula el empleo y la relación laboral de las personas con discapacidad, que es el que analizamos en el presente capítulo. Y no es casual que el Derecho del Empleo haya sido el sector que más tempranamente ha incorporado la lógica de la normalización social sustentada en las medidas de discriminación positiva,

[1] *Un planteamiento que refleja esta transversalidad en el tratamiento jurídico de la discapacidad es el estudio de* Moreno Molina, J.A. y Piñar Matas, J.L: *La inclusión de las personas con discapacidad en un nuevo marco jurídico-administrativo, internacional, europeo, estatal y autonómico, Aranzadi, 2016.*

a diferencia de otras ramas o sectores del ordenamiento en las que ha predominado un modelo tutelar o paternalista hasta hace relativamente muy poco tiempo.

El empleo es una fuente de legitimidad social y de ciudadanía plena, a la vez que medio procurador de la autonomía personal; es, otras palabras, condición necesaria de la dignidad humana, entendida como capacidad de autodeterminación desde la igualdad de oportunidades. El contar con recursos económicos para poder desarrollar una vida independiente y autónoma, ejercitando el derecho de autodeterminación plena constituye la base de la dignidad, por ello, la dignidad de las personas con discapacidad requiere la garantía del acceso a un empleo, en condiciones de igualdad con el resto, lo que necesariamente comportará que todos los mecanismos dirigidos a garantizar este derecho hayan de sustentarse en la adopción de medidas de acción positiva que eliminen las barreras de acceso y las dificultades permanencia en el empleo y promuevan el acceso y permanencia en el mismo .

El Derecho del Empleo ha adoptado esta opción político-jurídica con anterioridad a la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social -Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, en adelante LDPD-, que fue la norma que expresamente se adoptó en nuestro país, tal y como expresa la exposición de motivos, "en aplicación de lo previsto en 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 de 2006".Y ello porque el empleo ha sido el elemento clave de la integración social de este colectivo a lo largo de la legislación adoptada inmediatamente después de la entrada en vigor del texto constitucional, muy señaladamente en la Ley de Integración Social de los Minusválidos -La Ley 13/1982, de 7 de abril, en adelante LISMI-.

Resulta hoy evidente que el esquema axiológico sobre el que se construye nuestro marco legal implica el reconocimiento de la titularidad y ejercicio plenos de los Derechos Humanos por parte de las personas con discapacidad. Un colectivo éste hasta hace relativamente muy poco tiempo, si no excluido o estigmatizado, sí condicionado o limitado formal y materialmente en el ejercicio de sus derechos con una pretendida finalidad tutelar. Estos planteamientos limitativos o excluyentes se han consagrado en los textos normativos del siglo pasado sobre la convicción social de una inferioridad de condiciones que requiere, en el mejor de los casos, de una intervención tutelar.

El cambio axiológico se refleja en las normas y el lenguaje que estas emplean, que en ningún caso es neutro[2]. En el caso de la discapacidad se han sucedido términos legales como el de inválido, incapaz, minusválido, anormal o inútil y hoy se impone el de discapacidad como sustantivo pretendidamente neutro que se solapa, por sus interacciones, con el de dependencia. Bajo las palabras subyace una determinada concepción o valoración social sobre la que se construyen o se han construido modelos jurídicos: unos, excluyentes o negacionistas (también denominados eugenésicos), otros tutelares-paternalistas. Más recientemente, en una fase evolutiva intermedia, se han adoptado modelos tutelares-dignificadores, pero desde la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad se ha impuesto el modelo normalizado ry compensador de la desigualdad, como forma última de superación de los modelos tutelares.

Es cierto que en todos ellos subyace la dialéctica igualdad-diferencia, identificando cada modelo político-jurídico por la forma o el modo -la respuesta- con que se afronta dicha diferencia. En las sociedades más primitivas, ha predominado una respuesta excluyente de la sociedad, negando sus derechos, haciéndolos invisibles o incluso eliminándolos físicamente (paradigma eugenésico). Conforme avanza el grado de civilización esta exclusión se ve sustituida por una posición de carácter paternalista o tutelar que, sin embargo, no deja de sustentarse en la idea de inferioridad física o mental[3] Y solo más recientemente se evoluciona hacia el reconocimiento pleno de derechos y la

[2] *Así lo advertía expresamente ya la Guía de estilo sobre discapacidad para profesionales de los medios de comunicación, 2006, págs. 29 a 40.*

[3] *En la doctrina civil, se ha señalado la respuesta tutelar -paternalista en el Código Civil, a través de las instituciones de la incapacitación, tutela o curatela, centradas en la protección del patrimonio de estas personas y ello aun*

plena integración desde la diferencia. La influencia del Derecho Internacional Humanitario moderno ha sido clave en la adopción de modelos que parten del reconocimiento de la dignidad de todo ser humano sin distinción; sin embargo, este modelo "dignatario" inicial hace ya tiempo que se consideraba insuficiente, porque no asumía la normalización plena y la necesidad de una intervención compensadora, que parta de aceptar que el "problema" radica en la sociedad y sus estructuras excluyentes y no en este colectivo, admitiendo la diversidad funcional como una característica de los seres humanos y de nuestra sociedad. Este modelo normalizador y compensador es el que finalmente se ha impuesto y el que refleja el actual tratamiento jurídico de la discapacidad con carácter general.

Es decir, nuestro modelo legal -coherente con el ordenamiento internacional y constitucional[4]- se sustenta en dos elementos fundamentales: de un lado, el reconocimiento -y ejercicio- pleno de derechos y, de otro lado, la adopción de medidas de remoción de los obstáculos que lo impiden o dificultan y la promoción de los mismos, permitiendo ello la consecución del mayor grado posible de autonomía personal. Por tanto, igualación asumiendo la diferencia como consustancial y natural (no patológica), aunque en la consideración de que dicha normalización no excluye, sino que presupone, la adopción de medidas específicas -positivas y negativas, de impulso y de remoción- en orden a dicha normalización efectiva. Es decir, no se concibe la "normalización" como ignorancia de la diferencia, ya que el ordenamiento jurídico parte de la existencia de diferencias por discapacidad que requieren de una acción correctora de las prácticas discriminatorias.

Es claro que el modelo social y normalizador[5]es el que adopta nuestro ordenamiento jurídico-positivo vigente en cumplimiento de la CIPD. El mismo es resultado de un proceso de reformas que, como consecuencia de la ratificación por España de la Convención, se inició con la Ley 26/2011 de adaptación normativa a la Convención, que tuvo su punto álgido con la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de diciembre y que ha culminado en 2021 con la reforma -entre otras leyes civiles y procesales- del Código Civil (Ley 8/2001, de 2 de junio), que hasta el año 2021 aún contemplaba la incapacitación de la persona en algunos supuestos de discapacidad mental grave (una vez constatada objetivamente la absoluta falta de capacidad de autogobierno, garantizando que dicha incapacitación no supusiera la privación de sus derechos fundamentales). La reforma del Código Civil mediante la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (que ha afectado también a la Ley del Notariado, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Registro Civil, la Ley de Jurisdicción Voluntaria y el Código de Comercio), supone "un paso decisivo" -en expresión del preámbulo de la Ley- o, más bien, la culminación del proceso de adaptación de nuestro marco normativo a la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad de 2006, al dar cumplimiento a lo dispuesto en su artículo 12, que reconoce la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida y la obligación de los Estados de adoptar las medidas pertinentes para proporcionarles acceso

cuando la reforma de 1983 introdujo un criterio de graduación en la incapacitación. Vid. en este sentido García Garnica, M.C.*: "Consideraciones generales. La eficacia transversal del modelo social del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia", en VV.AA.: Estudios sobre dependencia y discapacidad,* García Garnica, M.C.*, Aranzadi, 2011, pág. 31 y ss.*

[4] *Para una fundamentación técnico jurídica de este derecho social fundamental de las personas con discapacidad, más allá de lugares comunes tales como su calificación de precepto meramente programático y voluntarista, además de endeble eficacia constitucional, vid, por todos,* Monereo Pérez, J.L y Molina Navarrete, C.*: "El derecho a la protección de las personas con minusvalías", en VV.AA, Dir.* Monereo Pérez, Molina Navarrete y Moreno Vida*, Comentario a la Constitución socio-económica de España, Ed. Comares, Granada, 2002, pág. 1755 y ss.*

[5] *Existen numerosas formas de denominar los modelos jurídico-políticos en torno a la discapacidad. Por su análisis pormenorizado de cada modelo, es de gran interés la clasificación propuesta por Palacios, según la que, se contraponen tres modelos, el de prescindencia (con dos submodelos: eugenésico y de marginación), el de rehabilitador y el modelo social, en* Palacios, A.*: El modelo social de discapacidad: órganos, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad, ed. Cinca- Cermi, 2008 págs. 37 y ss. Igualmente se advierte en esta obra el origen social del movimiento norteamericano de la discapacidad, seguido después en el Reino Unido y finalmente adoptado por el Derecho Internacional y europeo.*

al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Lo que se conecta en esta Ley con la finalidad de la Convención de asegurar y proteger el goce pleno y en condicione de igualdad de todos los derechos humanos y libertades por todas las personas con discapacidad, sin excepción, así como promover el respeto de su dignidad inherente. Ello ha supuesto, entre otras normas, la reforma del Código Civil, suprimiendo el sistema anterior, en el que predomina la sustitución en la toma de decisiones, estableciendo un nuevo régimen sustentado en el respeto de la voluntad de las personas, quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones. Ello ha comportado la eliminación no solo de la tutela, sino también de la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada.

La voluntariedad en la adopción de medidas de apoyo a través de poderes y mandatos preventivos, así como la auto-curatela son los mecanismos ordinarios de apoyo. La institución que es objeto de una más detenida regulación, que es, además la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad (junto a la figura del defensor judicial), es la curatela, la cual se configura con una naturaleza exclusivamente asistencial, que sólo en casos muy excepcionales puede comportar algunas funciones representativas.

Así pues podemos adelantar que, a partir de la completa "transposición" del CIDPD a nuestro ordenamiento jurídico, norma que da una nueva dimensión a nuestro texto constitucional (artículos 1.1, 9.2, 14 y 49[6]), los principios informadores del sistema de fuentes reguladoras de la discapacidad son: la igualdad, la dignidad, la autonomía personal, la intervención pública compensadora y

[6] *Entre las objeciones que pueden plantearse en torno al artículo 49 CE, además de las técnicas -derivadas de su ubicación sistemática en el texto constitucional-, se suele criticar también su obsolescencia terminológica. Ciertamente, es innegable que en el contexto actual, lo primero que puede llamar la atención es el empleo de la palabra "disminuidos" -físicos, sensoriales y psíquicos-. Sin embargo, el significado de "disminuido", según el Diccionario de la RAE, no difiere mucho del que tiene el vocablo "discapacitado" -cuyo origen es el término inglésdisability-, ya que se define al disminuido como a aquél que ha perdido fuerzas o aptitudes, o las posee en grado menor a lo normal. Y persona discapacitada es aquélla que padece una disminución física, sensorial o psíquica que le incapacita para el trabajo total o parcialmente o para otras tareas de la vida cotidiana. Sin embargo, comparando ambos significados, comprobamos que es cierto que, incluso aun cuando se consideren términos sinónimos, en el primero -disminuido- late una connotación negativa (por debajo de lo normal), que el segundo -discapacidad- no incluye, aunque lo cierto es que el significado de discapacidad también incluye una disminución y una incapacidad (total o parcial, laboral o extra laboral). Por tanto, no considero que la cuestión terminológica sea realmente un problema fundamental del texto constitucional -aunque sea deseable su actualización- y ello porque nuestra Constitución opta por un paradigma social de la discapacidad. y, por tanto, la opción terminológica se explica simplemente por el momento histórico en que se adoptó, en el que nuestro ordenamiento jurídico se refería a la discapacidad con los términos de "minusvalía" y "minusválidos" . Recuérdese la relevante Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, cuyo art. 1 distinguía entre los disminuidos (con el objetivo de reconocimiento de derechos) y los disminuidos profundos (asistencia y tutela), un lenguaje que hoy consideramos peyorativo e inadmisible. Por tanto, el texto constitucional optó por la terminología menos peyorativa en su contexto, implicando ello una opción política clara en favor de un modelo social y normalizador. Es cierto, que" discapacidad" es el sustantivo que se impuso en el ámbito internacional como el menos peyorativo a partir de la década de los noventa, apostando por ello el Consejo de Europa en su Recomendación 6/92, adoptada por el Comité de Ministros de 9 de abril de 1992 y, un año más tarde, Naciones Unidas en las Normas Uniformes sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, aprobadas por la Resolución 48/98 de 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. También la UE, a través de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE en diciembre de 2000 (art. 21 no discriminación por razón de discapacidad y art. 26 derecho a la autonomía, integración y participación) y la OMS en su Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud de 22 de mayo de 2001, figuran entre las principales organizaciones que han contribuido a la implantación definitiva del término discapacidad, en detrimento de otras denominaciones, incluso más neutras, como "personas con diversidad funcional". En España, fue a partir de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, cuando se generalizó est e término. Opción que cuenta con una cláusula terminológica expresa en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, cuya disposición adicional octava establece que "Las referencias que en los textos normativos se efectúan a "minusválidos" y a "personas con minusvalía" se entenderán realizadas a "personas con discapacidad". A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las*

la normalización plena, sin que sea admisible ninguna norma tutelar que comporte limitación de derechos y/o libertades. En relación con el papel de legislador conviene precisar, que una cosa es que se haya adoptado normativamente este modelo axiológico y otra cosa bien distinta es que dicho cambio produzca de forma inmediata un grado de interiorización social real, que garantice su plena efectividad en los diferentes ámbitos de la vida social y económica. Y es precisamente por esta razón por la que el modelo normalizador se sustenta en la necesidad de adoptar medidas de acción positiva, compensadoras de la situación de desventaja, lo que se proyecta muy especialmente en el ámbito del empleo. Además, como ejemplo de política jurídica de especificación de los derechos constitucionales respecto a colectivos desfavorecidos, igualmente las personas con discapacidad son un colectivo que cuenta con una larga tradición en el ámbito del empleo, laboral y de protección social.

A partir de estas reflexiones preliminares, el marco legal de las políticas de empleo en relación con la discapacidad ha de dar cumplimiento al mandato del artículo 49 CE directamente en conexión con el artículo 10.2 CE, que es el precepto que garantiza la evolución del mandato constitucional conforme a los estándares internacionales, sin olvidar que la ubicación del artículo 49 en el capítulo III del Título I CE no es contradictoria con el reconocimiento de un derecho social fundamental a la plena integración social de las personas con discapacidad a partir de su derecho a la libertad e igualdad plenas y para cuya efectividad se impone el mandato a los poderes públicos de adoptar políticas específica y acciones positivas.

El legislador, en cumplimiento del mandato constitucional, se ha de alinear con los principios y obligaciones derivados de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Y, aunque no corresponde a este capítulo el análisis de la Convención, sí es importante dejar constancia de que este instrumento representa un consenso internacional en torno a la discapacidad que trunca toda una tradición jurídica tutelar-paternalista, sustentada sobre la inferioridad física o mental de estas personas y que ofrecía mecanismos jurídicos de protección sobre la base o como contraprestación de la limitación en el acceso a derechos. La Convención invierte los términos de la cuestión, desplaza el problema de la discriminación desde el discapacitado y sus limitaciones, a la sociedad y las barreras que ella crea[7]. En la doctrina se ha subrayado la carga de profundidad de este tratado internacional que, puede decirse, ha erradicado, al menos, la invisibilidad social de la discapacidad -ya que sería poco realista afirmar que ha acabado con la discriminación, aunque lo pretenda-. Al igual que nuestro texto constitucional respecto a los derechos reconocidos en el Título I con carácter general, la Convención representa la especificación subjetiva, para un grupo social concreto, de los derechos humanos reconocidos en los grandes instrumentos de Derecho Internacional Humanitario; técnica de especificación que se viene desarrollando con cierta frecuencia en su más reciente evolución (derecho de la infancia, derechos de las minorías étnicas, de los migrantes).

Conforme dispone el art. 1.1, el propósito de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente. A partir de ello, el planteamiento de fondo de la Convención radica en la consideración de que el problema de la discapacidad no son las personas con discapacidad sino la sociedad que crea barreras, excluye y

Administraciones Públicas utilizarán los términos "persona con discapacidad" o "personas con discapacidad" para denominarlas".

El art. 49 CE, en definitiva, impone a los poderes públicos, más allá de la prohibición de discriminación, la obligación de garantizar la plena efectividad de todos los derechos (cívicos, políticos, sociales, culturales y económicos) de estos ciudadanos, tal y como apuntó el TC (STC 269/1994), dando especial relevancia a la vertiente de la plena integración social y laboral.

[7] *Para un análisis del cambio de planteamiento de la cuestión, desde la persona con discapacidad a la sociedad incapacitante, vid.* Valdés Dal-Ré, F.: *"Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos" en AAVV, Dir.* Valdés Dal-Ré, *Relaciones laborales de las personas con discapacidad, Ed. Biblioteca Nueva, S.L, Fundación Francisco Largo Caballero, Fundación ONCE, Fundación Ortega y Gasset, Madrid, 2005.*

discrimina. Tal y como proclama en su Preámbulo -apartado m)- los Estados reconocen el valor de las contribuciones que realizan y pueden realizar las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de su comunidad. Y en coherencia con ello, el art. 12.2 establece que "Las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, en todos los aspectos de la vida". Normalización plena que requiere necesariamente de una intervención compensadora o reequilibradora, no asistencialista, que garantice la dignidad, autonomía e independencia, no discriminación, participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana y la igualdad de oportunidades.

Pero junto a la Convención, en el caso concreto de Derecho del Empleo, ya hemos señalado que se había adoptado la lógica integradora y anti discriminatoria más tempranamente que en otros ámbitos. En ello ha influido la Carta Social Europea -primer tratado internacional sobre los denominados derechos humanos de segunda generación- que contiene, incluso ya en su primera redacción, antes de su revisión en 1996, menciones expresas a la discapacidad (arts. 9 y 10 orientación y formación profesional), siendo el artículo 15 -en su versión de 1961- el que más específicamente se refería al derecho a la formación y readaptación profesional de estas personas, estableciendo la obligación de adoptar medidas para garantizar un puesto de trabajo a los minusválidos, particularmente por medio de servicios especiales de colocación, posibilidades de empleo protegido y medidas destinadas a estimular a los empleadores a su contratación. Posteriormente, la Carta Social Revisada, avanzó aún más en la misma dirección, concretamente al añadir en el párrafo primero del art. 15 que la integración laboral, cuando sea posible, deberá llevarse a cabo en el marco del régimen general o no diferenciado (preferencia por un sistema sin segregación). Además, se modifica el párrafo segundo, estableciendo que las medidas de inserción laboral para las personas con discapacidad se orientarán prioritariamente hacia la inserción en el empleo ordinario a través del estímulo a los empleadores y la adaptación de las condiciones de trabajo a sus necesidades particulares; de modo que, solo subsidiariamente, cuando ello no sea posible, se acuda al empleo protegido. Principio de preferencia del empleo ordinario que no está visibilizado en nuestro marco jurídico-positivo.

Por tanto, en cierto modo, el temprano desarrollo de un marco normativo legal sobre el empleo de las personas con discapacidad de carácter plenamente integrador y sustentado en medidas positivas -en contraste con la legislación civil-, se explica en el hecho de que la Carta Social Europea[8] adoptó más tempranamente también un paradigma u opción político-jurídica normalizadora y compensadora en el campo de los derechos sociales, en contraste con la lógica tutelar imperante en el ámbito de los derechos civiles y políticos debido el anacronismo de la Convención Europea de Derechos Humanos -que sólo de forma muy deficiente había subsanado el TEDH[9]-.

Noma europea -la Carta Social Europea- que se anticipó también al Derecho Comunitario en aquéllos momentos. En base a las estrechas previsiones del Tratado originario de la CEE -artículos 117 y 125-, con una muy limitada atribución competencial, la CEE, comenzó a adoptar en los años setenta del siglo pasado iniciativas de tipo asistencial referidas a las personas con minusvalía[10]. Medidas de acción política que se adoptaron en el ámbito socio-laboral, en el que han permanecido hasta este siglo, momento en que ha terminado por imponerse la perspectiva general de la igualdad de

[8] *En contraste la Convención Europea de Derechos Humanos, ignoró la discapacidad, este sentido crítico, vid.* Blanco Egido, E.*: "La protección jurídica en el ámbito del Consejo de Europa", en VV.AA.,* De Lorenzo y L. C. Pérez Bueno *(Dir.), Tratado sobre Discapacidad, Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2007, p.415.*

[9] *Para un análisis de esta jurisprudencia, vid.* Loucaides, L.*: "The role of the European Court of Human Rights in the protection of the rights and dignity of people with disabilities", en Consejo de Europa,Human Rights-DisabilityChildren. Towards international instruments for disability rights: the special case of disabled children, Estrasburgo, COE Publishing, 2005, pp. 38 y ss.*

[10] *También en sentido crítico, vid.* Garrido Pérez, E.*: "El tratamiento comunitario de la discapacidad desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho de igualdad de oportunidades", en Temas Laborales, nº 59, 2001.*

oportunidades y no discriminación. En efecto, tras la ampliación competencial operada con el Tratado de Amsterdam en 1997 -con la modificación del art. 13 del TCEE- con una referencia expresa a la discapacidad, se abría la puerta a la intervención normativa del Consejo. A lo largo de 1999 y 2000 se adoptaron diferentes instrumentos, dando impulso a las acciones por la igualdad de oportunidades, hasta adoptarse en el año 2000 la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo cuyo art 1 dispone: "La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para la lucha contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato". Instrumento normativo vinculante que ha tenido un importante impacto en los ordenamientos nacionales en materia de discapacidad, directamente a través de su obligada transposición, pero también como consecuencia de la jurisprudencia del TJUE a lo largo de estos veinte años de su adopción, especialmente relevante en relación con los conceptos de "ajustes razonables" y "excesiva carga" empresarial contenidos en el artículo 5 de esta Directiva. Línea de política jurídica que también incorpora la Carta de Derechos Fundamentales de la UE -Carta de Niza de 7 de diciembre de 2000-, cuyo artículo 21 prohíbe la discriminación, entre otras causas, por discapacidad y cuyo artículo 26 reconoce el derecho de estas personas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.

A partir de estas breves referencias al Derecho de la Unión Europea, aquí meramente apuntadas, podemos afirmar, como conclusión, que la particularidad fundamental que incorpora el ordenamiento de la UE, respecto al de NNUU, en el campo de la discapacidad es el mayor peso o desarrollo de las normas sobre inserción socio-laboral y la intensa proyección en este ámbito de derecho anti discriminatorio. De lo que es muy ilustrativa la abundante jurisprudencia del TJUE sobre el ajuste de nuestro marco legal a las exigencias de la Directiva 2000/78[11].

[11] *Solo a título ilustrativo, recientemente, la STJUE de 11 de septiembre de 2019 (nº C-397/18)19, en relación con la igualdad de trato en el empleo y la ocupación -art. 2, apartado 2), letra b, inciso ii-) y los ajustes razonables para personas con discapacidad (art. 5), analiza un despido por causas objetivas basado en criterios de productividad, polivalencia y absentismo, a la luz de lo dispuesto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales -art. 25 de protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos-, en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, especialmente el artículo 40 sobre la obligación de adoptar medidas adecuadas para la adaptación al puesto de trabajo y accesibilidad a la empresa y la noción de "cargas excesivas"; y a la vista de lo dispuesto en el ET -art. 53.4 ET -nulidad de la decisión extintiva basada en motivos discriminatorios- . Ante un despido por productividad inferior al 95%, menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y mayor índice de absentismo, el TJUE responde a las cuestiones planteadas que las personas calificadas formalmente como especialmente sensibles a determinados riesgos derivados del trabajo -lo que implica que no puedan desempeñar determinados puestos de trabajo- pueden ser consideradas incluidas en el concepto de discapacidad, ya que éste no solo abarca a discapacidades de nacimiento o debidas a accidentes, excluyendo las causadas por enfermedad. Por contra, la discapacidad según el TJUE se refiere a un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, no imposibilidad de trabajar; por tanto, el estado de una persona con discapacidad que pueda trabajar, aunque solo sea a tiempo parcial, puede entrar en dentro del concepto de la directiva. No obstante, según el TJUE, ello no significa que el mero hecho de que se reconozca a una persona la condición de trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del Derecho nacional, comporte, de por sí, que esa persona tenga una "discapacidad" en el sentido de la Directiva 2000/78. O, dicho de otra manera, los requisitos del art. 25 de la Ley 32/1995,de Prevención de Riesgos Laborales, que definen el trabajador especialmente sensible, no son idénticos a los que se derivan de la Directiva, por lo que el órgano jurisdiccional remitente es quien ha de verificar si en el caso concreto se dan los requisitos que el propio TJUE menciona en el apartado 41 de la Sentencia, según el que "discapacidad" en el sentido de la Directiva exige la existencia de una limitación de capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas mentales o psíquicas a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Y si realmente el órgano jurisdiccional nacional considera que se trata de una persona con discapacidad en el sentido de la Directiva, entonces se ha de valorar que existe -según el TJUE- discriminación indirecta en los tres motivos en que se ha basado la selección de los trabajadores afectados por*

En definitiva, las políticas de empleo y su marco legal se caracterizan, comparativamente con el resto de las normas sobre discapacidad, por tener una mayor entidad cuantitativa -un mayor desarrollo- y una más temprana orientación integradora y antidiscriminatoria. Es, por tanto, un marco legal más amplio, pionero y más avanzado en la concepción y tratamiento de la discapacidad.

II. EL MARCO LEGAL GENERAL: EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU INCLUSIÓN SOCIAL

El Derecho de la Discapacidad -como subsector del ordenamiento jurídico- se sustenta en la existencia una norma general y conformadora del tratamiento jurídico de la discapacidad en todas las ramas del derecho, nos referimos al vigente Texto Refundido Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre -en adelante, LDPD-.

Esta Ley vino a unificar, actualizar y armonizar, siguiendo la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Ley de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (Ley 51/2003, de 2 de diciembre, en adelante LIONDAU) y la Ley por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad (Ley 49/2007). Su precedente normativo, fue la Ley de Integración Social de los Minusválidos -en adelante, LISMI[12]-, siendo ésta la primera norma de rango legal que reguló con una pretensión general las medidas de protección de las personas con discapacidad, concebidas como aquéllas cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales. Norma en la que predomina una visión no plenamente normalizadora de la discapacidad, ante la cual el legislador adopta una posición asistencial y compensadora, propia del modelo social de discapacidad imperante en los años ochenta. Posteriormente, la LIONDAU, que fue la norma que sucedió a la LISMI, cambió la lógica de nuestro entero sistema normativo, al adoptar una perspectiva de derechos humanos y plenamente normalizadora, reconociendo que buena parte de las dificultades de estas personas radican en sociedad, al adoptar un patrón excluyente y discriminatorio. Con este cambio de enfoque en el tratamiento de la discapacidad, la LIONDAU girará sobre dos ejes fundamentales: la lucha contra la discriminación y la consecución de la accesibilidad universal.

Volviendo a la vigente LDPD, se puede afirmar que hay tres elementos claves[13] que definen el paradigma de discapacidad adoptado por esta Ley y que, además de deducirse de su contenido, están expresados en su Preámbulo:

En primer lugar, se adopta un modelo social avanzado de discapacidad, que reconoce que las dificultades que sufre este grupo están en la sociedad y no en estas personas. Concretamente, en el párrafo primero cuando declara que: "Las personas con discapacidad conforman un grupo vulnerable

el despido para el ajuste de plantilla (menor productividad, menor polivalencia y mayor absentismo), salvo que la empresa haya realizado respecto a la trabajadora especialmente sensible a determinados riesgos, previamente "ajustes razonables" en el sentido del art. 5 de la Directiva, lo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional. Más allá de la relevancia de esta sentencia en concreto, lo que se pretende con estas reflexiones es poner de manifiesto la importancia de este constante diálogo, a través de la intervención del TJUE, entre el ordenamiento comunitario y el ordenamiento interno.

[12] *Ley 13/1982, de 7 de abril.*

[13] *A parte de estos elementos, deducidos del preámbulo y concretados en el articulado, la ley enumera en el artículo 3 los principios que inspiran la legislación de la discapacidad que son: el respeto de la dignidad inherente, de la autonomía individual incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas; la vida independiente; la no discriminación; el respeto por la diferencia y la aceptación como parte de la diversidad y la condición humanas; el diseño universal; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, el diálogo civil: el respeto al desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad, en especial de niños y niñas y su derecho a preservar su identidad; y la transversalidad de las políticas en materia de discapacidad.*

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".

En segundo lugar, opta por una respuesta desde la perspectiva de los derechos humanos, al afirmar que 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". Por tanto, libertad, igualad y dignidad serán los referentes en el tratamiento de la discapacidad, en clave de derechos humanos de la Convención.

En tercer lugar, reconoce la realidad discriminatoria y afirma la necesidad de una intervención pública -y especialmente legislativa- que promueva la igualdad de oportunidades efectiva. Expresamente declara en su Preámbulo que "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". Lo que requiere la implicación de todos, ciudadanos, organizaciones y del legislador. Perspectiva anti discriminatoria en la que ha incidido más del Derecho de la UE.

Ciertamente que no es ésta la primera norma específica sobre discapacidad en nuestro país, siendo obligado hacer referencia a la ya mencionada Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración de los minusválidos -LISMI-, que tuvo el mérito de ser 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 de los artículos 9, 10, 14 y 49 de la Constitución. La LISMI expresaba la voluntad legal de prestar una tutela específica a estas personas, considerando que la garantía de sus derechos requería de ayudas técnicas y servicios especializados y, en definitiva, la adopción de medidas positivas. A tal efecto reguló un sistema de prestaciones económicas y servicios, medidas de integración laboral, de accesibilidad y subsidios económicos. No obstante, podemos decir que esta norma, sin duda avanzada en su época, se sitúa más en la lógica de los derechos económicos y sociales y en la perspectiva asistencial que adoptó en esos momentos tanto en el Consejo de Europa, como la Comunidad Europea.

Posteriormente, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, dio un nuevo impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad. Esta norma, a diferencia de la LISMI que aún seguía en vigor, se centró en dos aspectos, la eliminación de toda forma de discriminación y la accesibilidad universal. Es una norma, sin duda de transposición, lo que se deja entrever en su exposición de motivos, invocando el artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea que habilita al Consejo para «adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual» y aludiendo a la Directiva 2000/43/CE, relativa al principio de igualdad trato y no discriminación de las personas por motivo de su origen racial o étnico, la Directiva 2000/78/CE para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual y la Directiva 2002/73/CE para la igualdad entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. En relación a la accesibilidad, la ley acogía un concepto que venía siendo defendido por movimientos sociales de personas con discapacidad, organismos internacionales y expertos en favor del modelo de «vida independiente», que en un principio demandaba "entornos más practicables", posteriormente, un «diseño para todos» y, finalmente, la «accesibilidad universal» como condición que deben cumplir los entornos, productos y servicios para que sean comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas.

La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, preveía el establecimiento de un régimen de infracciones y sanciones que se llevó a cabo con 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. Posteriormente, 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), fue ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y entró en vigor en nuestro país el 3 de mayo de 2008. Y este hecho precipitó la necesidad de un nuevo texto sobre discapacidad, viniendo impuesta la labor de refundición, "regularizando, aclarando y armonizando las leyes anteriores", por 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. Es por ello que el TRLDPD ha tenido como referente principal la mencionada Convención Internacional, tanto en la definición de los principios informadores de la ley, como en su contenido y estructura, dedicando un capítulo específico a determinados derechos de las personas con discapacidad y reconociendo 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. Por tanto, se trata de algo más que una mera labor de refundición.

La ley se estructura en un título preliminar y otros tres títulos, cuatro disposiciones adicionales y trece disposiciones finales.

El título preliminar contiene las disposiciones generales de la ley, que se refieren a su objeto (art. 1)20, al ámbito subjetivo -quiénes son los titulares de los derechos, art. 4- y a los principios que la inspiran (art. 3)21. Además, establece una amplia relación de conceptos legales relacionados con la discapacidad, en total catorce (art. 2), siendo ésta una herramienta técnica de gran relevancia en orden a la interpretación del texto legal, contribuyendo ello a la tutela de la seguridad jurídica. También regula este título preliminar (artículo 5) los ámbitos a los que son aplicables las medidas contenidas en la ley, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, de acuerdo con el principio de transversalidad de las políticas en materia de discapacidad:

a) Telecomunicaciones y sociedad de la información.

b) Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación.

c) Transportes.

d) Bienes y servicios a disposición del público.

e) Relación con las Administraciones públicas.

f) Administración de justicia.

g) Patrimonio cultural, de conformidad con lo previsto en la legislación de patrimonio histórico.

h) La accesibilidad universal.

i) Diseño universal o diseño para todas las personas.

j) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.

k) El diálogo civil.

l) El respeto al desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad, y, en especial, de las niñas y los niños con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

m) La transversalidad de las políticas en materia de discapacidad.

Entre estos ámbitos, el empleo se vincula al previsto en el apartado j) -participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad-, siendo criticable que no se haya dado una mayor visibilidad a tan importante factor de inclusión social como es el empleo

El artículo 6, relativo al respeto de la autonomía de las personas con discapacidad, cierra este título, tratándose de un precepto de gran relevancia desde la perspectiva de los derechos humanos, al garantizar la libertad de toma de decisiones con garantías, en formatos adecuados y según circunstancias personales.

El título I, regula los derechos y obligaciones en materia de discapacidad, siendo el primero de ellos el derecho a la igualdad de oportunidades, que más adelante es objeto de desarrollo a lo largo de todo el título II. Este amplio título de la ley se compone de 9 capítulos que regulan derechos de las personas con discapacidad en diferentes ámbitos: sistema de prestaciones sociales y económicas (capítulo 1º), derecho a la protección de la salud (capítulo 2º), derecho a la atención integral (capítulo 3º), derecho a la educación (capítulo 4ª), derecho a la vida independiente -en el que se incluyen derechos de accesibilidad, en la edificación, transporte, relaciones con las Administraciones Públicas y medias de acción positiva en estos ámbitos- (capítulo 5ª), derecho al trabajo (capítulo 6º) que con doce artículos contiene la normativa básica en esta materia y que sistemáticamente se estructura en disposiciones generales -que contienen las garantías del derecho al trabajo conforme a la igualdad de oportunidades y no discriminación- los tipos de empleo (ordinario, protegido, autónomo y empleo público), la orientación, colocación y registro de estos trabajadores y ayudas a la generación de empleo para estas personas. Este capítulo 6º, aunque formalmente no aparece especialmente destacado en el texto legal, es realmente fundamental en cuanto vertebrador y sistematizador del derecho al trabajo y las políticas de empleo de las personas con discapacidad, como veremos más adelante al analizar la normativa laboral. El capítulo 7º regula el derecho a la protección social, el capítulo8º el derecho a la participación en asuntos públicos y el capítulo 9º las obligaciones de las Administraciones Públicas

De este capítulo 6º interesa destacar en esta parte del estudio, que el artículo 35.2 establece una relación de complementariedad entre esta norma general y el ordenamiento laboral -legislación laboral y legislación de empleo-. En efecto el precepto dispone que: " La garantía y efectividad de los derechos a la igualdad de trato y de oportunidades de las personas con discapacidad se regirápor lo establecido en este capítulo y en su normativa específica en el acceso al empleo, así como en el acceso a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y de despido, en la promoción profesional, la formación profesional ocupacional y continua, la formación para el empleo, y en la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales o la incorporación y participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta". Este cambio de perspectiva en relación a la tradicional relación de supletoriedad de las normas de discapacidad respecto a las laborales, determina que, lógicamente, esa normativa específica laboral y de empleo en ningún caso podrá contradecir lo dispuesto en la LDPD, si bien es cierto que el vigente Texto Refundido de LDPD viene a recoger las instituciones básicas ya consolidadas antes dentro del ordenamiento laboral, por lo que ambos grupos normativos mantienen una relación armónica.

Desde un punto de vista técnico-jurídico la LDPD supone un avance en la consecución de una mejor sistemática y desde un punto de vista político-jurídico, igualmente, la norma supone un avance importante en la implantación de una lógica reguladora transversal unitaria. Ello no supone la pérdida de relevancia de la integración socio-laboral- que sigue siendo uno de los núcleos duros de las políticas de normalización- y es que se ha de dejar constancia del hecho de que durante un largo período, el empleo, la protección social y las prestaciones sanitarias y asistenciales eran los campos de intervención normativa más importantes -o únicos- en relación con la discapacidad. Al ampliarse la proyección normativa hacia un sistema integral y transversal, que impone el ordenamiento

internacional, es lógico que la normativa laboral y de empleo también se integre en él, funcionando como sistemas normativos complementarios.

Dicha relación de complementariedad tiene una excepción en el ámbito sancionador, ya que la LDPD remite íntegramente a la norma sancionadora laboral. En efecto, en lugar de aplicarse el Título III de la LDPD, según establece la disposición adicional séptima de esta ley, "Las infracciones y sanciones en el orden social en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad seguirán rigiéndose por el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto". Por tanto, cuando se trate de una infracción propia del orden social se aplicará el régimen sancionador previsto en el TRLISOS, de modo que en esta materia prima la naturaleza laboral de la relación sobre la consideración de la discapacidad.

El Título II regula in extenso el derecho a la igualdad de oportunidades y no discriminación. En el capítulo primero define la vulneración del mismo, sus garantías y medidas contra la discriminación y medidas positivas y sus respectivos contenidos. El capítulo 2ª distingue dos tipos de medidas adicionales para llevar a cabo una política de equiparación a adoptar por los poderes públicos: de fomento (sensibilización y formación, calidad, innovación, desarrollo, participación, programas de accesibilidad y de no discriminación) y de defensa (recurso al arbitraje para dirimir la resolución de conflictos por discriminación, protección judicial adecuada que contemple la adopción de las medidas necesarias para poner fin a la vulneración del derecho y restablecer al perjudicado en el ejercicio de aquél y criterios especiales sobre la prueba de hechos relevantes).

Finalmente, el Título III regula las infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación y accesibilidad universal, al que siguen doce disposiciones adicionales, una transitoria y una final.

En relación con el derecho al trabajo, es la LDPD -y no la legislación específicamente laboral- la que sistematiza y regula las vías de acceso al empleo de las personas con discapacidad: el empleo ordinario en empresas y administraciones públicas (incluidos los servicios de empleo con apoyo), el empleo protegido en centros especiales de empleo y enclaves laborales y el empleo autónomo (art. 37.2). Sin embargo, no es la LDPD la que regula propiamente estas vías de acceso al empleo, salvo la relativa a la cuota de empleo ordinario que sí se regula directamente, aunque en el acceso al empleo público se ha de estar a lo dispuesto por el EBEP y el Real Decreto 227/2004, de 3 de diciembre.

Siguiendo la sistemática legal, en relación con el acceso al empleo ordinario la LDPD establece como medida de acción positiva una cuota de reserva[14] de puestos de trabajo para personas con discapacidad (art. 42.1), en empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores; cuota que será de al menos el 2 por 100. Siendo la empresa y no el centro de trabajo la unidad de cómputo para determinar la plantilla total -en la que se entienden incluidas personas con discapacidad que se encuentren prestando servicios en la empresa a través de contratos de puesta a disposición con empresas de trabajo temporal-. No obstante, este mismo precepto contempla la posibilidad de exención total o parcial de esta obligación, en cumplimiento de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal o por voluntad del empresario comunicada a la autoridad laboral, en ambos casos, siempre que se apliquen las medidas alternativas recogidas en el RD 364/2005, de 8 de abril, que regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad (contratación de suministro de bienes o de prestación de servicios con un centro especial de empleo o realización de donaciones y acciones de patrocinio monetarias para desarrollo de actividades de inserción laboral y creación de empleo de personas con discapacidad).

[14] *Medida de acción positiva declarada constitucional, vid. STC de 3 de octubre de 1994 (rec. 3170/1993). Cuota, que el artículo 17 del ET solo contempla como posibilidad, sin regular propiamente dicha.*

En el caso del acceso al empleo público, es el EBEP la norma que regula esta obligación de reserva de cuota, en su artículo 59.1, según el cual, la cuota de reserva será el 7% de las plazas ofertadas (del que el 2% se ha de destinar a personas con discapacidad intelectual), de modo que progresivamente se alcance el 2 por 100 de los efectivos totales de cada Administración Pública. Las personas con discapacidad, en condiciones de igualdad, han de someterse a los procesos selectivos, acreditar su grado de discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas o funciones del puesto o plaza. Acceso que puede llevarse a cabo a través de las convocatorias ordinarias con reserva de plazas para personas con discapacidad o bien a través de convocatorias específicas para este colectivo, debiendo establecer los procesos las medidas de adaptación y ajustes razonables de tiempo y medios-

La medida de acción positiva denominada de empleo -ordinario- "con apoyo", está regulada por el RD 870/2007, de 2 de julio y se refiere a personas que tienen una discapacidad más severa (parálisis cerebral, enfermedad mental, discapacidad intelectual con grado de discapacidad igual o superior al 33% o física o sensorial superior al 65%). Se pretende la contratación indefinida (o de una duración mínima de 6 meses y si es a tiempo parcial, que se emplee por al menos el 50% de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable) de este colectivo con mayor dificultad dentro del grupo de personas con discapacidad.

En segundo lugar, en relación con el empleo protegido -el desempeñado en un centro especial de empleo o en un enclave laboral- es la LDPD (y no la LE) la que define los centros especiales de empleo (art.43.1)y sus requisitos. En cambio, la relación laboral en sí, que se configura por el ET como relación laboral de carácter especial, se regula por el RD 1368/1985, de 17 de julio.

En cuanto a los enclaves laborales, la LDPD -art. 46- los configura como un mecanismo de tránsito hacia el empleo ordinario, pero su regulación se prevé se lleve a cabo mediante reglamento. Es concretamente el RD 290/2004, de 20 de febrero el que regula los enclaves laborales como medida de fomento del empleo delas personas con discapacidad.

En tercer lugar, en relación con el empleo autónomo de las personas con discapacidad, nuestro ordenamiento ha contemplado tradicionalmente medidas de fomento diferenciadas para las personas con discapacidad, normalmente a través de disposiciones de rango reglamentario. En este momento, es la Orden de 16 de octubre de 1998, la norma que regula -ampliando y actualizando el régimen de ayudas anteriores- las ayudas y subvenciones para personas con discapacidad que se autoempleen y que consisten en subvenciones por darse de alta como autónomos, préstamos para financiar la puesta en marcha, subvenciones para asistencia técnica y subvenciones para financiar cursos de formación relacionados con dirección y gestión de empresas. Como norma general, es aplicable a las personas con discapacidad el Estatuto del Trabajo Autónomo (Ley 20/2007, de 11 de julio).

En definitiva, aunque la normativa laboral sea la que propiamente regule el empleo de las personas con discapacidad, es la LDPD la que estructura y sistematiza los tipos de empleo y los principios generales del sistema. En un segundo "nivel", es la normativa laboral la que regula cada una de esas vías de acceso al empleo, fundamentalmente el Estatuto de los Trabajadores y la Ley de Empleo. No obstante, algunas de las instituciones -acciones positivas, sobre todo- están reguladas directamente por la LDPD, como la cuota de reserva de empleo, los aspectos diferenciales en los servicios de empleo, el régimen básico del empleo con apoyo, los centros especiales de empleo, los enclaves laborales, la obligación de adaptación del puesto de trabajo y ayudas a la generación de empleo de las personas con discapacidad. Es por tanto, una norma vertebradora del conjunto normativo laboral en materia de discapacidad, que se completa (complementariedad), además de con las normas laborales de rango legal, con un importante conjunto de normas estatales de rango reglamentario.

III. LA DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO LABORAL Y DEL EMPLEO

El Derecho del Trabajo es una rama del Derecho caracterizada por estar compuesta por un conjunto normativo extraordinariamente amplio y cambiante, de formación sucesiva y que carece, a diferencia de las ramas más clásicas y antiguas, de un "código" en sentido técnico, por lo que la dispersión dificulta el manejo de su sistema de fuentes. Se compone de leyes -orgánicas y ordinarias-, además de normas de rango reglamentario, que son expresión de una gran cantidad de mandatos constitucionales. Sin extendernos en su descripción, sí podemos al menos señalar que sólo en el subsector del denominado derecho individual del trabajo y en el de la ordenación del empleo y el mercado de trabajo, las normas laborales contienen especificaciones relativas a la discapacidad. Quiere esto decir, que, el ordenamiento laboral no prevé especificaciones en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo. La Ley Orgánica de Libertad Sindical no contiene ninguna previsión ni particularidad relativa a las personas con discapacidad, como tampoco la Ley17/1977 de Asociación Sindical, ni los Títulos II y II del ET -relativos a la representación de los trabajadores en la empresa y a la negociación colectiva y los convenios colectivos-. Materias en las que el legislador no ha considerado precisa ningún tipo de intervención correctora de las desigualdades por razón de discapacidad.

El hecho de que el empleo ordinario de las personas con discapacidad sea por el momento cuantitativamente poco relevante, determina que, sin perjuicio de su presencia en sindicatos en organizaciones empresariales, el movimiento de la discapacidad se organice colectivamente a través de otras fórmulas jurídicas, cuya regulación tampoco contempla un tratamiento jurídico diferenciado. Nos referimos al asociacionismo, especialmente a las asociaciones con fines de interés general o utilidad pública, reguladas por la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo (art- 32), que, sin referencia específica a las asociaciones para la promoción y defensa de los intereses de las personas con discapacidad, sin duda, tiene en esta fórmula general, una de sus vías de acción colectiva más relevantes, como pone de manifiesto la gran capacidad de interlocución social del CERMI (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad). Igualmente, en el ámbito de la promoción del colectivo, se puede adoptar otra fórmula jurídica general, la constitución de fundaciones conforme a la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, que son personas jurídicas sin ánimo de lucro, creadas para la defensa de fines de interés general, entre los que el artículo 3, incluye los de asistencia social y la inclusión social o la atención a personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales. Este es el caso de la Fundación Once. En relación al asociacionismo en el ámbito de la discapacidad, a las asociaciones de discapacidad les es aplicable lo dispuesto con carácter general en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, sin especificidades, si bien es importante cuantitativamente hablando la asignación en presupuestos públicos -estatal y autonómicos- de ayudas y subvenciones a las asociaciones cuya actuación se proyecta sobre personas con discapacidad. Lo que es claro es que el legislador no ha considerado necesaria la adopción de medidas de acción positiva ni de promoción en este campo, lo que no está claro que explique la deriva de la defensa de intereses de este colectivo hacia fórmulas jurídicas diferentes del sindicato.

1. El Estatuto de los trabajadores (empleo ordinario/empleo protegido)

La LDPD -capítulo 6º, artículo 35.2- establece una relación de complementariedad entre dicha ley y el ordenamiento laboral, como normativa específica. Concretamente se refiere a una serie de materias: acceso al empleo por cuenta ajena, acceso a la actividad por cuenta propia y ejercicio profesional, condiciones de trabajo -incluidos retribución y despido-, promoción profesional, formación profesional, ocupacional y continua, formación para el empleo y afiliación y participación en organizaciones sindicales y empresariales o en cualquier organización de carácter profesional.

De entrada, el marco legal de la discapacidad en materia de empleo puede definirse como un marco jurídico inclusivo y sustentando en la no discriminación y en la adopción de medidas de acción positiva[15].

Dada su centralidad en la ordenación del trabajo por cuenta ajena, y aunque no regule todas las vías de acceso al empleo contempladas en la LPD, la primera norma laboral a la que se ha de hacer mención es el Estatuto de los Trabajadores -Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto de la Ley del Estatuto de los Trabajadores-, cuyo ámbito de aplicación se limita al trabajo por cuenta ajena (art. 1).

Llama la atención que el primer precepto que se refiere a la discapacidad sea el artículo segundo, relativo a las relaciones laborales de carácter especial, estableciendo la regulación mediante Real Decreto de una relación laboral especial de personas con discapacidad en centros especiales de empleo. La ubicación sistemática de esta forma de empleo protegido no obedece a la voluntad legal de configurar éste como la vía de integración laboral preferente para las personas con discapacidad, frente al empleo ordinario. La razón es bien distinta, ya que el artículo 2 del ET, junto con el artículo 1, tiene por objeto delimitar el ámbito subjetivo de la norma, distinguiendo dentro de él las relaciones laborales "comunes" íntegramente reguladas por la Ley, de las relaciones laborales especiales, que cuentan con una regulación diferenciada, las cuales son determinadas por ley. De otro lado, este precepto consagra la dualidad del mercado de trabajo de las personas con discapacidad, en los mismos términos que la LDPD, entre empleo ordinario y empleo protegido.

No obstante, como ordena el propio artículo 2 del ET, la regulación de esta relación laboral de carácter especial, como casi todas las demás, se remite a su regulación por el Gobierno, esto es, se remite a una norma de rango reglamentario. Concretamente esta relación laboral de carácter especial se regula mediante el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo. Norma que, pese al transcurso del tiempo, no ha experimentado modificación alguna -salvo la operada por el RD 427/1999, de 12 de marzo-.

El siguiente precepto del ET que se refiere a la discapacidad es el 4.2 c), entre los derechos en la relación de trabajo, reconoce expresamente el derecho a la no discriminación por razón de discapacidad "siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate". Por tanto, a diferencia de las otras causas de discriminación a las que alude este apartad oc) del artículo 4.2, la no discriminación por discapacidad se condiciona a la aptitud de la persona para el puesto de trabajo en concreto, lo que puede justificar diferencias de tratamiento (en términos similares a los que establece el EBEP).

El artículo 17 ET sobre no discriminación en las relaciones laborales, aunque no menciona especial ni expresamente la discapacidad, establece en su apartado 2 que "podrán establecerse por ley exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente", y en el apartado 3 se permite también al Gobierno la adopción de medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores en paro, así como otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos con especiales dificultades de acceder al empleo -medidas que se orientarán prioritariamente a fomentar el empleo estable y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido-. Previsión legal sobre reserva que para la discapacidad nos remite a la obligación de reserva del 2% de la plantilla en empresas de más de 50 trabajadores -prevista inicialmente por la LISMI y actualmente por la LDPD-,

[15] *Caracterización que no contradice una realidad muy alejada del modelo legal, teniendo en cuenta datos como la inferior tasa de actividad de este colectivo, que se sitúa aproximadamente en la mitad respecto al resto de personas. Sobre este modelo y sus incoherencias, vid. nuestro trabajo "Empleo y discapacidad: ¿ante un cambio cultural?" en VV.AA.: La política y el Derecho del Empleo en la nueva sociedad del trabajo. Libro homenaje a la profesora* Rosa Quesada Segura*, Monografías de Temas Laborales, 2016, págs. 868 a 878.*

además de a un amplio conjunto de normas de rango legal y reglamentario en materia de medidas de fomento de empleo e incentivos a la contratación de personas con discapacidad.

También prevé el ET otras especificaciones que guardan relación con la discapacidad por sus posibles conexiones con la enfermedad. Así, entre los poderes de dirección y control de la actividad laboral, el empresario podrá verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado para justificar faltas de asistencia, mediante reconocimiento a cargo de personal médico -art. 20.3-; en la ordenación del tiempo de trabajo el ET reconoce el derecho a reducción de jornada (entre 1/8 y 1/2) con reducción proporcional de salario para cuidado de persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida -art. 37. 6-. En el ámbito de la suspensión del contrato, en relación con los derechos de conciliación se reconoce el derecho a la excedencia (con reserva del puesto de trabajo el primer año y reserva de un puesto de trabajo del mismo grupo profesional en el segundo año) para atender a familiareshasta segundo grado por consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida (art. 46.3).

En materia de extinción del contrato por extinción de la situación de incapacidad temporal con declaración de incapacidad permanente[16] (total, absoluta o gran invalidez), se prevé la no extinción del contrato, optando por el mantenimiento del vínculo contractual, que se considerará en suspenso hasta un máximo de dos años con derecho de reserva del puesto de trabajo, cuando a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo (art. 48.2). Previsión que, hasta la fecha, no se considera discriminatoria por razón de discapacidad conforme al ordenamiento comunitario ni conforme a nuestro texto constitucional, por lo que nuestra jurisprudencia no admite la calificación como despido nulo, por considerar que ello no es discriminatorio ni directa ni indirectamente, siempre que exista una finalidad legítima y que los medios sean adecuados y proporcionales para alcanzar la finalidad prevista en la ley. También se relaciona con la discapacidad la extinción de contrato de trabajo por causas objetivas -art. 49.1 e)-, ya que, aunque se ha suprimido el absentismo laboral mediante RDL 4/2020, tiene especial, aunque discutible, incidencia en la discapacidad otra de las causas de despido objetivo, la ineptitud sobrevenida con posterioridad a su colocación.

Pese a estas referencias directas o indirectas, en muchos casos, más de remisión que de verdadera regulación, a partir de esta sumaria descripción, podemos concluir que el ET no regula propiamente las particularidades de la relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad, sino que sólo contiene algunas previsiones tangenciales, a veces ni siquiera de forma directa ni expresa, además de establecer remisiones a reglamentos de desarrollo.

2. La Ley de Empleo

La Ley de Empleo (Texto Refundido de la Ley de Empleo, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre), establece (art. 30) que las personas con discapacidad -entre otros grupos- tienen la consideración de colectivo con especiales dificultades de integración en el

[16] *Sobre la posible discriminación por discapacidad en la extinción del contrato de trabajo incapacidad permanente, vid. específicamente,* Gutiérrez Colominas, D.*: "¿Es discriminatoria por razón de discapacidad la configuración española de la extinción por el reconocimiento de gran invalidez, incapacidad permanente total o absoluta del trabajador (art. 49.1.e TRLET)? Una lectura integradora a la luz de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", en VV.AA. (Dir.* Miranda Boto, J.M.) *El Derecho del Trabajo ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones, ed. Cinca, 2018, pág. 273 a 291 y, en la misma obra,* Velasco Portero, M.T. *"La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de igualdad y no discriminación y su impacto más reciente en nuestro ordenamiento", pág. 318 a 342.Sobre el diálogo sobre esta cuestión entre el TEDH y el TJIE, vid.* Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, *P.G., "Prohibición de discriminación", en Temas Laborales, nº 145, 2018, pág. 326 a 370, siendo de interés las reflexiones del concepto europeo de discapacidad como enfermedad de larga duración.*

mercado de trabajo, lo que determina su tratamiento como colectivo prioritario, debiendo los poderes públicos -Estado y Comunidades Autónomas- adoptar medidas de fomento de empleo específicas.

En segundo lugar, la Ley de Empleo opta, sin distinciones o con carácter general, por lo que se denomina "enfoque personalizado" de los servicios públicos de empleo, estableciendo (art. 28) que, el acceso de las personas desempleadas a los servicios públicos de empleo se efectuará mediante su inscripción y recogida de datos en una entrevista inicial que conllevará una valoración de los servicios que requiere para su inserción laboral. A partir de ello se realizará un itinerario individual y personalizado de empleo en función del perfil profesional, competencias, necesidades y expectativas de la persona, junto a la situación del mercado de trabajo y a criterios vinculados con la percepción de prestaciones y la pertenencia a colectivos definidos como prioritarios. No obstante, en la medida en que las personas con discapacidad son uno de los colectivos prioritarios, la ley enfatiza o refuerza dicho enfoque personalizado, ya que en su itinerario personal se ha de tener en cuenta dicho factor de forma específica. El itinerario individual y personalizado es un derecho subjetivo de toda persona desempleada, ejercitable frente a los servicios públicos de empleo, pero en el caso de la discapacidad (y demás colectivos prioritarios), tanto el artículo 28, con carácter general, como el artículo 30, exigen la consideración de colectivo prioritario en la prestación del servicio público, contemplando la posibilidad de que los servicios públicos de empleo consideren necesario acudir a una coordinación con los servicios Sociales (art- 30.2). Diferenciación subjetiva que también consagra la Ley de Cualificaciones y Formación Profesional -LO 5/2002-, cuyo artículo 12 establece la obligación de todas las Administraciones de adaptar las ofertas formativas a las necesidades específicas que presenten los colectivos con especiales dificultades.

En definitiva, la LE considera la discapacidad -las personas con discapacidad-, como colectivo prioritario en el acceso al empleo, estableciendo un tratamiento diferenciado o acciones positivas en sus derechos frente a los servicios públicos de empleo y las políticas públicas de fomento del empleo. Estas medidas consisten en: subvenciones directas a tanto alzado, bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social o desgravaciones fiscales por contratación de persona con discapacidad (contratación indefinida, temporal, de formación o en prácticas). También, en el ámbito del empleo ordinario, se incluyen medidas de apoyo económico para la adaptación del puesto de trabajo y la dotación de medios de protección personal contempladas en el artículo 40.2 LDPD (lo que está regulado por el artículo 12 del Real Decreto 1451/1982, de 11 de mayo).

3. Otras normas socio-laborales con especificaciones sobre discapacidad

Junto al ET, otras normas socio-laborales contienen referencias a la discapacidad: Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social, RD Legislativo 5/2000, Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Ley 14/1994, de Empresas de Trabajo Temporal, Ley 23/2015, ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social o la Ley 30/2015, reguladora del Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral, entre otras. Sin embargo, merece especial mención la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que, en lo fundamental regula en el artículo 25 la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos laborales, haciendo también referencia a la discapacidad física, psíquica o sensorial a efectos de evaluación de riesgos, adopción de medidas preventivas específicas, asignación de puestos de trabajo y obligación empresarial de adaptación del puesto de trabajo y adopción de medidas preventivas y de protección necesarias del trabajador con discapacidad.

En relación con esta obligación, la LPRL es plenamente coherente con la LDPD, cuyo artículo 40.2, en su primer párrafo, establece que "Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y de la accesibilidad a 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". Una obligación del empresario, la de realizar "ajustes razonables" en términos algo difusos y cuyos límites tampoco se concretan, al ser la "carga excesiva" para un empresario, un concepto legal de textura abierta a diferentes interpretaciones[17].

La LPRL establece con carácter general, como principio de la acción preventiva, la adaptación del puesto de trabajo a la persona, contemplando un régimen de protección particular o específico para los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos derivados del trabajo (artículos 25 a 28), entre los que incluye a las personas con discapacidad, al disponer que merecen dicha protección quienes por sus características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin el empresario debe tener en cuenta estos aspectos en las evaluaciones de riesgos laborales y, en función de estás, estará obligado a adoptar las medidas preventivas y de protección específicas que sean necesarias. Además de ello, estos trabajadores no podrán ser empleados en aquéllos puestos de trabajo en los que, por estas causas, puedan darse una situación de peligro. No obstante, la inexistencia de puesto de trabajo adecuado, ha dado lugar a diferentes interpretaciones, por lo que, en el mismo sentido que la LDPD, el artículo 25 de la LPRL, no alcanza un grado de concreción del que se desprenda un derecho pleno y perfecto a ocupar un puesto de trabajo adecuado.

En el ámbito de la Seguridad Social, en pura coherencia, se incorpora el derecho a la protección de las situaciones de necesidad derivadas de la falta de capacidad para el trabajo, lo que desde luego, no siendo coincidente necesariamente guarda cierta relación con la discapacidad, tanto cuando la discapacidad sucede a una relación laboral previa -prestaciones contributivas de incapacidad permanente-, como cuando no preexiste relación previa es insuficiente en orden a generar derecho a prestaciones contributivas -prestaciones no contributivas-. Es un régimen fundamentalmente prestacional -prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social-, que atiende la imposibilidad de obtención de ingresos derivados del trabajo a causa de discapacidad y que regula la Ley General de Seguridad Social -texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre- en los artículos 193 y siguientes -la prestación de IP contributiva- y los artículos 363 y ss. -las no contributivas-. Prestaciones que, en el ámbito de la previsión social privada, se complementan con el régimen previsto en la Ley de Planes y Fondos de Pensiones-texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de29 de noviembre- para el rescate del fondo en caso de discapacidad.

Más allá del sistema de Seguridad Social, la discapacidad encuentra también mecanismos de protección, con prestaciones económicas y de servicios, en el ámbito de la dependencia, cuyo régimen jurídico nos remite a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

En el ámbito del derecho a la salud, la discapacidad cuenta con tutela y una especial proyección en normas generales en este ámbito, fundamentalmente la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, la Ley 14/1986, General de Sanidad, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y la Ley 42/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

En la protección de la familia, igualmente se contempla la discapacidad en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas. Y en el ámbito del derecho a la vivienda, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, establece la aplicación de estas medidas sociales, entre

[17] *Para un análisis en este sentido, vid.* Ruiz Santamaría, J.L: *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.*

los deudores especialmente vulnerables, a las familias que cuenten entre sus miembros con personas con discapacidad.

IV. MARCO JURÍDICO AUTONÓMICO

Para terminar con esta descripción sistemática del marco legal de las políticas de empleo y la acción positiva en el marco de la discapacidad es preciso hacer una mención al Derecho Autonómico[18], dado su extraordinario desarrollo. En este sentido, podemos afirmar que los ordenamientos autonómicos inciden normativamente hablando en la discapacidad desde un punto de vista general o más allá de las competencias autonómicas en materia de fomento de empleo o servicios sociales (ex artículo 148.1.20), regulando los derechos en general de estas personas. Ello está relacionado con la evolución del Derecho Autonómico, ya que, a diferencia de los Estatutos de Autonomía de la denominada "primera generación", caracterizados por no establecer una relación directa con la ciudadanía y cuyo contenido era fundamentalmente institucional y competencial, los Estatutos de Autonomía de "segunda generación", aprobados a partir del año 2006, sí reconocen derechos a sus ciudadanos y establecen mandatos a los poderes públicos en el ámbito autonómico, emulando el texto constitucional -y, en algún caso, superándolo-. Estos Estatutos cuentan ya con una parte dogmática en la que reiteran derechos reconocidos en la Constitución, a la vez que especifican algunos de ellos o incluyen otros nuevos, siendo relevante destacar que, sin excepción, se observa una mayor presencia y visibilidad de derechos de las personas con discapacidad. A partir de estos nuevos Estatutos, que cuentan con referencias expresas a los derechos de las personas con discapacidad, se han adoptado leyes autonómicas específicas de derechos delas personas con discapacidad y sus garantías, en la mayor parte de las Comunidades Autónomas desde 2014, siguiendo el modelo o paradigma de la LDPD[19] y, por regla general, fundamentadas competencialmente (al menos formalmente) sobre la materia de servicios sociales

Sin embargo, no es a este aspecto general del ordenamiento autonómico al que vamos a prestar atención, sino al tratamiento de la discapacidad en relación con el empleo. Y en este sentido, y aunque el caso andaluz será tratado en otro capítulo de esta obra, tampoco se va a analizar caso por caso el desarrollo de las políticas de empleo en relación con la discapacidad, pretendiendo hacer aquí solo alguna reflexión general.

En primer lugar, hemos de señalar la existencia de una situación de concurrencia reguladora entre distintos niveles territoriales (centralizadores y descentralizadores[20]) en el ámbito de las políticas de empleo y su instrumentación normativa. Pese a ello, limitándonos aquí al ámbito estrictamente normativo, la legislación sobre el empleo es una legislación predominantemente estatal, esto es, la legislación de empleo, sea general o relativa a un colectivo determinado, se considera "legislación laboral" a efectos competenciales y, por tanto, ex art. 149.7ª CE, es competencia exclusiva del Estado, sin perjuicio de su ejecución por las Comunidades Autónomas, salvaguardando así el precepto constitucional la unidad del mercado de trabajo[21] . Adicionalmente, el Estado ostenta competencia

[18] *Sobre el desarrollo normativo autonómico en materia de discapacidad, vid.* Durán Ruiz, F.J.*: "El tratamiento de las personas con discapacidad en los estatutos de autonomía y sus reformas recientes", en VV.AA. (Dir.* García Garnica*), Estudios sobre dependencia y discapacidad, Aranzadi, 2011.*

[19] *Así, la Ley 7/2014, de 13 de noviembre, de garantía de los derechos de las personas con discapacidad de Castilla La Mancha, Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los derechos y la atención a las personas con discapacidad en Andalucía, /2007, de 11 de octubre, sobre derechos de las personas con discapacidad en Cataluña, la Ley 9/2018, de 21 de diciembre, de garantía de los derechos de las personas con discapacidad en Cantabria.*

[20] *Sobre los distintos niveles (supranacional-europeo, estatal, autonómico y local), vid. VV.AA., Dir.* Monereo Pérez, Fernández Bernat y López Insua*, Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional, Aranzadi, 2016, pág. 187 y ss.*

[21] *Preeminencia que no contradice la existencia de un marco normativo complejo a varios niveles territoriales, lo que consagra el artículo 1 de la Ley de Empleo (Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo), al definir la política de empleo como "conjunto de decisiones adoptadas" por los poderes públicos, Estado y Comunidades Autónomas y ello dentro de las orientaciones*

sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13ª CE), en cuyo ámbito se incluye el mercado de trabajo, lo que legitima al Estado a adoptar medidas de fomento de empleo, sin que ello implique desposeer a las Comunidades Autónomas de su capacidad de adoptar normas de fomento de empleo a través de sus propios programas, siempre que respeten lo establecido por las políticas activas de empleo adoptadas por el Estado y que no supongan propiamente entrar o incidir en la regulación de la relación de trabajo propiamente dicha. Esto supone que contemos con normas y políticas de fomento de empleo, políticas activas, tanto de nivel estatal como autonómico, debiendo respetar este segundo nivel, lo establecido por el Estado.

La manifestación normativa más clara de la competencia normativa exclusiva del Estado en la ordenación del mercado de trabajo es la Ley de Empleo (Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo). Ciertamente, la CE no establece un título competencial específico en materia de empleo, sin embargo, la jurisprudencia constitucional es clara en el sentido de identificarla con la materia laboral, por lo que se considera que es competencia exclusiva del Estado. Sin embargo, pese a que la LE es la más clara manifestación de esa exclusividad normativa (excepción hecha de las medidas de fomento de empleo), a la vez, ella misma consagra un modelo pluralista, eso sí garantizando la preeminencia -no solo normativa- del Estado sobre las Comunidades Autónomas. En efecto, la preeminencia del nivel estatal[22] en materia de empleo es manifiesta desde la perspectiva política (y económica, financiación), pues ello es condición necesaria para dar cumplimiento a la mayor parte de los objetivos que establece la Ley de Empleo (artículo 2), particularmente, libertad de circulación, de igualdad de oportunidades y no discriminación, de protección de las situaciones de desempleo, de coordinación entre políticas activas y pasivas y de su articulación con las políticas migratorias en relación con la "situación nacional de empleo". Protagonismo estatal que se concreta también por la atribución de un papel protagonista en la planificación, impulso, coordinación y control de las políticas de empleo, que corresponde al Estado, sin perjuicio de la participación y diálogo con las CCAA, ex artículos 9 y 10 (Estrategia Española de Activación para el Empleo, Planes Anuales de Política de Empleo y Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo). Y preeminencia también institucional, al establecer -art. 6- una garantía jurídica e institucional a través del Sistema Nacional de Empleo, que confiere al Estado el impulso y la coordinación eficaz del Sistema, como garante de que todos los servicios de empleo se prestan sin barreras territoriales y en condiciones de igualdad.

Siguiendo la sistemática de la Ley de Empleo (artículo 5), los instrumentos de la política de empleo son: la intermediación laboral, las políticas activas de empleo y la coordinación entre las políticas activas y la protección económica frente al desempleo. El primero de ellos, la intermediación laboral, en cuanto forma parte de la "legislación laboral", es objeto de regulación por la propia LE, una ley de ámbito estatal, sin perjuicio de que dicha intermediación se confíe a los servicios públicos de empleo -estatal y autonómicos-, a las agencias de colocación -incursión de agentes privados- y a otros servicios específicos para los trabajadores en el exterior. A parte de la regulación estatal de rango legal, los agentes de intermediación son objeto de regulación mediante normas reglamentarias también de ámbito estatal: el RD 1796/2010, de 30 de diciembre por el que se regulan las agencias de colocación y el RD 1383, de 1 de agosto, por el que se aprueba la estructura orgánica y de participación institucional del Servicio Público de Empleo del Estado. Pero a nivel autonómico, como parte integrante del Sistema Nacional de Empleo, la LE contempla los servicios de empleo autonómicos,cuya regulación, en el marco de la regulación estatal, corresponde a las Comunidades Autónomas, por un lado porque tienen asignadas competencias de ejecución de la legislación del Estado en materia laboral y, asimismo, les corresponde la competencia exclusiva sobre fomento y

generales de la política económica en el ámbito de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

[22] *Sobre esta preeminencia, vid.* Molina Navarrete*, C.: "Dimensión nacional de la política de empleo. La "unidad de mercado" como fuente de recentralización", en VV.AA (Dir.* Monereo, Fernández, López*) Las políticas activas de empleo… óp. cit., pág. 229 a 244-.*

planificación de la actividad económica en su territorio. En el caso de Andalucía, artículos 17.2 y 18.1.1.a del Estatuto de Autonomía. Ello comporta la existencia de leyes y reglamentos autonómicos reguladores del correspondiente servicio público de empleo, es decir, que en esta materia el Derecho autonómico no se limita al desarrollo de reglamentos de mera organización.

En el campo de las políticas activas también el Estado protagoniza el núcleo duro de las mismas, aunque las Comunidades Autónomas han adquirido cada vez más peso, complementando las estatales o innovándolas, lo que sucede particularmente en la promoción del autoempleo (dentro del marco establecido en una ley también estatal, la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo). El título competencial de las CCAA, en que suelen sustentar su competencia normativa, es el establecido en el artículo 148.1.13ª CE, es decir, fomento del desarrollo económico dentro de los objetivos marcados por la política nacional. Y es precisamente en el desarrollo de políticas de empleo para la inserción de colectivos más vulnerables donde mayor protagonismo desempeña el ámbito autonómico, siendo la inclusión de cláusulas sociales de empleo una de las novedades que se ha incluido en algunas leyes autonómicas de contratación pública sobre la base de la Ley estatal de contratos del sector público que deja margen de acción al ámbito autonómico. Igualmente, las medidas económicas de apoyo al empleo o al desempleo, que se configuran como complementarias de las establecidas a nivel estatal.

En relación con el empleo protegido se plantea en algún caso una cuestión particularmente crítica, la regulación autonómica de las empresas de inserción, ya que pese a contar con una ley estatal -la Ley 44/2007, de 13 de diciembre-, cada vez son más las Comunidades Autónomas que cuentan con una ley autonómica reguladora de estas empresas[23]. Y ello pese a que el TC consideró que el régimen jurídico de estas empresas, estableciendo su ámbito subjetivo -personas que pueden ser contratadas como trabajadores y requisitos que han de cumplir estas empresas- y los elementos que diferencian la relación laboral en este ámbito específico, así como la existencia de un itinerario de inserción socio laboral y las medidas de intervención, acompañamiento y colaboración con la Administración pública en los procesos de inserción, no pueden encuadrarse dentro del ámbito competencial autonómico de la "asistencia social" (art. 148.1.20ª), al tratarse propiamente de "legislación laboral" (STC 228/2012, de 29 de noviembre, f.j. 7).

Distinta es la competencia en materia de servicios sociales, particularmente la calificación del grado de discapacidad. La LDPD, art. 12.2 establece que los equipos multiprofesionales de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad son los órganos encargados de valorar y calificar las situaciones de discapacidad "para su reconocimiento oficial por el órgano administrativo competente". El Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, establece el baremo, los órganos competentes y el procedimiento a seguir. El artículo 6 de este reglamento establece que "es competencia de las Comunidades Autónomas a quienes hubieren sido transferidas las funciones en materia de calificación del grado de discapacidad" del IMSERSO, el reconocimiento del grado de discapacidad, entre otras funciones. Proceso de transferencia, ya plenamente concluido, que sustenta una legislación social asistencial de nivel autonómico, a lo que se añade que reglamento establece normas de procedimiento muy escuetas, lo que ha determinado que las Comunidades Autónomas aprovechen este espacio para cubrir lagunas de procedimiento. Ello, junto a la competencia autonómica en materia de servicios sociales, ha comportado un importante desarrollo normativo en todas las Comunidades Autónomas sin excepción, regulando aspectos organizativos y de orientación de las personas con discapacidad[24] en los procesos de reconocimiento de la discapacidad y su grado.

[23] *Ley 1/2007, de 5 de febrero, por la que se regulan las empresas de inserción para fomentar la inclusión social en la Comunitat Valenciana, que incluye, en su ámbito subjetivo a las personas con discapacidad y cuya finalidad es regular los requisitos, registro y medidas de fomento de estas empresas.*

[24] *A título ilustrativo, siendo el panorama normativo muy similar en todas las Comunidades Autónomas, en Andalucía se aprobó el Decreto 258/2005, de 29 de noviembre, por el que se regulan la organización y funciones de los centros de valoración y orientación de personas con discapacidad de Andalucía. Posteriormente, derogado, por el Decreto 255/2021, de 30 de noviembre, por el que se regulan la organización y las funciones de los centros de*

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tras el análisis descriptivo del marco normativo de la discapacidad en relación con el acceso al empleo y el trabajo, se puede afirmar que el mismo se enmarca en el más amplio Derecho de la Discapacidad, el cual se caracteriza todo él, más que por su dispersión, por su carácter transversal (lo que casa con su configuración como parte del derecho antidiscriminatorio) y su coherencia interna en el tratamiento jurídico-político de la discapacidad a lo largo de todo el complejo sistema que es el ordenamiento jurídico. Esas dos características se observan igualmente en el campo de las políticas de empleo y la ordenación del mercado de trabajo, por lo que, siendo cierto que la discapacidad tiene en el ámbito del ordenamiento laboral un tratamiento "disperso", a lo largo de numerosas normas legales y reglamentarias, lo cierto es que todo ese conjunto normativo "laboral" guarda coherencia interna dentro de este ámbito y, además, coherencia con el resto del sistema normativo de la discapacidad a partir de la norma vertebradora que representa la Ley de Derechos de las Personas con Discapacidad.

La LDPD dispensa a la integración laboral de las personas con discapacidad un papel ciertamente fundamental o central que, sin perjuicio de los avances en otras materias, ya tenían las políticas laborales desde la originaria LISMI. Centralidad que pone de manifiesto no solo su dimensión cuantitativa en la ley -de forma específica, los artículos 35 a 47 de la LDPD- sino la entidad objetiva que le dispensa, ya que, además de establecer las garantías del derecho al trabajo y la igualdad de trato, estructura los tipos de empleo -ordinario, protegido y autoempleo- y regula sus instituciones fundamentales. Incluso contempla la creación de registros de personas con discapacidad demandantes de empleo en los servicios de empleo, cosa que no hace la Ley de Empleo, como tampoco medidas de apoyo a la actividad profesional de personas con discapacidad, derecho reconocido en el artículo 17 de la LDPD entre cuyos contenidos se encuentran la orientación, la formación y readaptación profesional-.

Por último, si algún punto crítico se puede objetar a la LDPD -y, coherentemente con ella a la legislación laboral- es que no se haya establecido de forma expresa ni visible ningún tipo de preferencia o jerarquía entre las vías de acceso al empleo, particularmente consagrando la preferencia por el empleo ordinario frente al empleo protegido, lo que históricamente había intentado garantizar el ordenamiento laboral, aunque fuera solo un principio proclamado testimonialmente muy lejos de su consecución. En efecto la lógica "normalizadora" de la discapacidad en nuestra sociedad, que es la opción legal, requeriría establecer de forma expresa un principio de preferencia en favor del empleo ordinario (lo que efectivamente sí hace la Carta Social Europea revisada, art. 15), por mucho que, la realidad material ponga de manifiesto que la mayor parte de las oportunidades de empleo de estas personas se sitúan en el ámbito del empleo protegido. Preferencia que podría ser impulsada a través de más incisivos y ambiciosos mecanismos de acción positiva en los que es, normativamente hablando, posible avanzar.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Blanco Egido, E.*: "La protección jurídica en el ámbito del Consejo de Europa", en VV.AA.,* De Lorenzo y L. C. Pérez Bueno *(Dir.), Tratado sobre Discapacidad, Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2007.*

Durán Ruiz, F.J.*: "El tratamiento de las personas con discapacidad en los estatutos de autonomía y sus reformas recientes", en VV.AA. (Dir.* García Garnica*), Estudios sobre dependencia y discapacidad, Aranzadi, 2011.*

valoración y orientación de personas con discapacidad en Andalucía y se desarrolla el procedimiento para la valoración del grado de discapacidad en la Comunidad Autónoma. Este Decreto, que se vincula a los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la Agenda 2030, acorta los plazos administrativos, buscando una mayor eficacia, y mejorar la protección social, al permitir el acceso a prestaciones o a medidas de acción positiva que redundan en una mejor empleabilidad de estas personas.

García Garnica, M.C.*: "Consideraciones generales. La eficacia transversal del modelo social del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia", en VV.AA.: Estudios sobre dependencia y discapacidad,* García Garnica, M.C.*, Aranzadi, 2011.*

Garrido Pérez, E.*: "El tratamiento comunitario de la discapacidad desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho de igualdad de oportunidades", en Temas Laborales, nº 59, 2001.*

Gutiérrez Colominas, D.*: "¿Es discriminatoria por razón de discapacidad la configuración española de la extinción por el reconocimiento de gran invalidez, incapacidad permanente total o absoluta del trabajador (art. 49.1.e TRLET)? Una lectura integradora a la luz de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", en VV-AA. (Dir.* Miranda Boto, J.M.*) El Derecho del Trabajo ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones, ed. Cinca, 2018.*

Loucaides, L.*: "The role of the European Court of Human Rights in the protection of the rights and dignity of people with disabilities", en Consejo de Europa,Human Rights-DisabilityChildren. Towards international instruments for disability rights: the special case of disabled children, Estrasburgo, COE Publishing, 2005.*

Molina Navarrete*, C.: "Dimensión nacional de la política de empleo. La "unidad de mercado" como fuente de recentralización", en VV.AA, Dir.* Monereo Pérez, Fernández Bernat y López Insua*, Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional, Aranzadi, 2016.*

Monereo Pérez, J.L y Molina Navarrete, C.*: "El derecho a la protección de las personas con minusvalías", en VV.AA, Dir.* Monereo Pérez, Molina Navarrete Y Moreno Vida*, Comentario a la Constitución socio-económica de España, Ed. Comares, Granada, 2002.*

Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano*, P.G., "Prohibición de discriminación", en TL, nº 145, 2018.*

Moreno Molina, J.A. y Piñar Matas, J.L: *La inclusión de las personas con discapacidad en un nuevo marco jurídico-administrativo, internacional, europeo, estatal y autonómico, Aranzadi, 2016.*

Olarte Encabo, S.: *"Empleo y discapacidad: ¿ante un cambio cultural?" en VV.AA., La política y el Derecho del Empleo en la nueva sociedad del trabajo. Libro homenaje a la profesora* Rosa Quesada Segura*, Monografías de Temas Laborales, 2016, págs. 868 a 878.*

Palacios, A.*: El modelo social de discapacidad: órganos, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad, ed. Cinca-Cermi, 2008.*

Ruiz Santamaría, J.L: *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.*

Valdés Dal-Ré, F.: *"Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos" en VV,AA. Dir.* Valdés Dal-Ré*, Relaciones laborales de las personas con discapacidad, Ed. Biblioteca Nueva, S.L, Fundación Francisco Largo Caballero, Fundación ONCE, Fundación Ortega y Gasset, Madrid, 2005.*

Velasco Portero, M.T. *"La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de igualdad y no discriminación y su impacto más reciente en nuestro ordenamiento", en VV.AA. (Dir.* Miranda Boto, J.M.*) El Derecho del Trabajo ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones, ed. Cinca, 2018.*

VV.AA., Dir. Monereo Pérez, Fernández Bernat y López Insua*, Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional, Aranzadi, 2016.*

Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

3. Fomento Del Empleo Ordinario Por Cuenta Ajena De Las Personas Con Discapacidad. Especial Referencia A La Realidad Andaluza[1]

José Luis Ruiz Santamaría
Profesor Ayudante Doctor (acreditado a Contratado Doctor)
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0002-9814-4429

SUMARIO: I. CUESTIONES PRELIMINARES. II. HACÍA UN EMPLEO DIGNO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: RETOS PARA UN FUTURO INCIERTO. III. ANÁLISIS SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL MERCADO ORDINARIO DE TRABAJO ANDALUZ POR CUENTA AJENA. IV. POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO DIRIGIDAS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: ESPECIAL ATENCIÓN A LAS AYUDAS E INCENTIVOS A LA CONTRATACIÓN EN EL SISTEMA ORDINARIO DE TRABAJO. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA

"Los hombres construimos demasiados muros y no suficientes puentes"

Isaac Newton

I. CUESTIONES PRELIMINARES

En la actualidad, el tratamiento de la discapacidad[2] se ha convertido en un tema de especial relevancia e interés a nivel global. El nacimiento de un nuevo hito jurídico de máximo nivel, protagonizado por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Nueva York) el 13 de diciembre de 2006, imprime a la discapacidad una nueva perspectiva que la eleva a la categoría de derecho humano. Dicha idea tiene sus raíces en el modelo social, aunque sus fundamentos éticos están estrechamente ligados al modelo de la diversidad funcional[3], que es una evolución del modelo social. Es decir, nace un nuevo paradigma que entienden que el modelo de la diversidad funcional va más allá del modelo social y propone la aceptación de la diversidad funcional como parte de la enriquecedora diversidad humana y la consecución de la plena dignidad en la diversidad funcional. Para ello formulan dos ideas

[1] El presente trabajo está enmarcado en la actividad investigadora llevada a cabo por el autor, con ORCID ID.: 0000-0002-9814-4429, miembro del Grupo de investigación consolidado sobre "Políticas de Empleo, Igualdad e Inclusión Social" (financiado por la Junta de Andalucía, PAIDI SEJ-347), y dentro del Proyecto de I+D+i del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020) orientado a los Retos de la Sociedad Andaluza, "Los mayores en el contexto del empleo y la protección social: un reto para el crecimiento y el desarrollo económico. Un análisis de la realidad andaluza" (ref. P18-RT-2585), cofinanciado por la Unión Europea (FEDER) y por la Junta de Andalucía. Asimismo, se lleva a cabo este capítulo a raíz de una estancia investigadora postdoctoral en la Universidad de Granada (2022).

[2] Un tratado muy completo y actual sobre la discapacidad puede consultarse en VV. AA.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo,* Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F., Maldonado Molina, J.A. (dirs.), López Insua, B.M. y Ruiz Santamaría, J.L. (coords), Granada, Laborum, 2020.

[3] Matizamos en este sentido que el modelo de la diversidad funcional se diferencia del modelo social por poseer una perspectiva de análisis tridimensional, abarcando el plano jurídico, social y bioético; además, los principios fundamentales sobre los que se sustentan son: la diversidad, la igualdad y la dignidad -tanto en su dimensión intrínseca como la extrínseca- y la clave para delimitar la pertenencia a este grupo no está en la diversidad funcional sino en la discriminación. *Vid*. Ruiz Santamaría, J.L.: *Vacíos e Insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad,* Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 39-42.

o valores fundamentales: dar el mismo valor a las vidas de todos los seres humanos y garantizar los mismos derechos y oportunidades a todas las personas[4].

Martha Nussbaum, profesora y filósofa estadounidense iniciadora, junto con Amartya Sen[5], del "enfoque de las capacidades", afirma que este enfoque va estrechamente ligado al "enfoque de los derechos humanos[6]". De hecho, esta profesora concibe su enfoque como una especificación del enfoque de los derechos humanos[7]. Destaca la citada autora que "las capacidades, al igual que los derechos humanos, aportan un conjunto de objetivos humanamente ricos para el desarrollo[8], en lugar de 'la riqueza y la pobreza de los economistas', como tan acertadamente dijo Marx[9]". En este sentido, la profesora haciendo un análisis comparativo de su enfoque -junto al seniano-, en relación al de los economistas tradicionales, llega a la conclusión de que el enfoque de las capacidades abarca tanto los derechos calificados de "primera generación" -las libertades políticas y civiles- como los derechos de "segunda generación" -derechos económicos y sociales-; y que, van a servir para aportar una justificación para unos derechos fundamentales de gran importancia que pueden servir como base tanto para el pensamiento constitucional en el nivel nacional como para el pensamiento sobre la justicia en el nivel internacional.

En el Informe Mundial sobre la Discapacidad[10], emitido conjuntamente por la OMS y el Banco Mundial en 2011, ya se divisaba un futuro desalentador expresándolo en los siguientes términos: "Más de mil millones[11]de personas viven en todo el mundo con alguna forma de discapacidad; de ellas, casi doscientos millones experimentan dificultades considerables en su funcionamiento. En los años futuros, la discapacidad será un motivo de preocupación aún mayor, pues su prevalencia está aumentando. Ello se debe a que la población está envejeciendo y el riesgo de discapacidad es superior entre los adultos mayores, y también al aumento mundial de enfermedades crónicas tales como la diabetes, las enfermedades cardiovasculares, el cáncer y los trastornos de la salud mental". El citado informe sigue diciendo que: "(...) En todo el mundo, las personas con discapacidad tienen peores resultados académicos, ello es consecuencia de los obstáculos que entorpecen el acceso de las personas con discapacidad a servicios indispensables, en particular la salud, la educación, el empleo, el transporte, o la información". Precisamente, estos perores resultados académicos son el reflejo de

[4] *Vid*. Guzmán Castillo, F., Toboso Martín, M. y Romañach Cabrero, J.: "Fundamentos éticos para la promoción de la autonomía: hacia una ética de la independencia", *Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social*, 2010, n. 17, p. 20,

[5] *Vid*. Sen, A.: "Discapacidad y justicia", en *Conferencia Internacional sobre Discapacidad y Desarrollo Inclusivo*, Banco mundial, Washington (Estados Unidos), 2004, *passim*,

[6] *Vid*. Nussbaum, M.: *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión,* Editorial Paidós, Barcelona, 2007, p. 281.

[7] Además, junto al elenco de capacidades aportada por Nussbaum, también existe otra lista de derechos que presenta Amartya Sen en su planteamiento sobre el enfoque de las capacidades, en la que se incluyen muchos de los derechos sobre los que insiste el movimiento de los derechos humanos: las libertades políticas, la libertad de asociación, la libertad de trabajo y otros derechos económicos y sociales. *Vid*. Sen, A., "Discapacidad y justicia", *op. cit*., *passim*.

[8] Sobre el desarrollo humano véase Monereo Pérez, J.L.: "Derecho humano al Desarrollo (Artículo 1 PIDESC y concordantes)", VV.AA.: *El Sistema universal de los derechos humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2014, pp. 951-983.También puede consultarse Nussbaum, M.: *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano.* Barcelona, Ed. Paidós, 2012.

[9] *Vid.* Nussbaum, M., *Las fronteras de la justicia, op. cit*., p.282.

[10] Este informe de fecha 9 de junio de 2011, emitido conjuntamente por la OMS y el Grupo del Banco Mundial y que lleva por título: "Informe mundial sobre la discapacidad: rompiendo barreras [New World report on disability: Breakind down barriers]", reúne la mejor información disponible sobre la discapacidad con el fin de mejorar la vida de las personas que la padecen. También, ofrece a los gobiernos y a la sociedad civil un análisis exhaustivo de la importancia de la discapacidad y de las respuestas proporcionadas, basado en las mejores pruebas disponibles, y recomendar la adopción de medidas de alcance nacional e internacional. La visión que nos impulsa, es la de un mundo inclusivo en el que todos podamos vivir una vida de salud, comodidad y dignidad. Vid. Organización Mundial de la Salud y Banco Mundial: *Informe Mundial sobre la Discapacidad*, Organización Mundial de la Salud (OMS), Malta, 2011.

[11] Lo que supone un 15% de la población mundial.

los impedimentos y barreras que se presentan para este colectivo, derivándose de dicha consecuencia un importante obstáculo en el proceso de búsqueda de empleo.

Una dinámica análoga se puede apreciar en el ámbito regional europeo. Según consta en los datos estadísticos de EUROSTAT, hay 37 millones de europeos con alguna discapacidad. Aunque representan al menos un 16% de la población del territorio de la UE en edad laboral, solamente el 40% están trabajando, cifra muy distante del 64,2 % del resto de personas sin discapacidad. Dicha situación ha tenido como resultado que, en marzo de 2021, la Comisión Europea adoptara la Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad (2021-2030)[12].

Con respecto a nuestro país[13] la situación es muy similar, concretamente en la actualidad hay 3.528.221 personas con alguna discapacidad[14], de las cuales 1.933.400 están en edad de trabajar -de 16 a 64 años-, lo que supone el 6,3 % de la población total en edad laboral. En Andalucía -comunidad autónoma objeto de nuestro estudio-, la cifra es de 380.100 personas con discapacidad en edad laboral.

II. HACÍA UN EMPLEO DIGNO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: RETOS PARA UN FUTURO INCIERTO

Al hilo de lo expuesto con anterioridad, y en relación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el art. 27 que regula el trabajo y empleo de este colectivo, se dispone expresamente que:

"*Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes 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 (...)*".

Desde la propia OIT el derecho a un trabajo decente -digno[15]- constituye un elemento esencial para el desarrollo integral de las personas. Concretamente, esta inquietud, que fue manifestada por el chileno Juan Somavía en calidad de Director General de la OIT, se integraría en el Informe de la 87ª reunión (1999) en el que proponía el "Programa de Trabajo Decente". En dicho programa se establecían los siguientes objetivos estratégicos:

- La promoción de los derechos laborales.
- La promoción del empleo.
- La protección social contra las situaciones de vulnerabilidad.

[12] Bajo el título: "Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad (2021-2030), se basa en los resultados alcanzados con la anterior Estrategia Europea sobre Discapacidad (2010-2020), que ha facilitado iniciar un camino hacia una Europa sin barreras, posibilitando que las personas con discapacidad en el espacio europeo puedan ejercer todos sus derechos y participar plenamente en la sociedad. El objetivo primordial se centra en alcanzar una situación que, con independencia de su orientación sexual, origen racial o étnico, religión o creencias, edad, etc, todas las personas con discapacidad en Europa puedan hacer valer sus derechos humanos, en igualdad de condiciones con el resto de ciudadanos y sin sufrir discriminación alguna. También, y para facilitar dicho logro, La Comisión Europea apoyará a los Estados miembros en la elaboración de sus estrategias y planes de acciones nacionales para avanzar en la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la legislación de la Unión Europea en este ámbito.

[13] Datos extraídos de los últimos estudios estadísticos disponibles sobre discapacidad en el empleo en Andalucía y España: Observatorio Argos, SAE, IECA, INE, DISMET y SEPE. Dichos estudios se corresponden con el año 2020.

[14] Implica una tasa global de prevalencia del 9%.

[15] Sobre este tema se puede consultar en extenso en Monereo Pérez, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Ed. Laborum, 2019.

- El fomento el diálogo social.

Respecto a la noción de trabajo decente, la OIT en 1999 lo definía como el "trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social[16]" indicándose que debía orientarse hacia los cuatro objetivos mencionados. Con el transcurso del tiempo, la idea de trabajo decente ha ido evolucionando y, simultáneamente, experimentando una profunda influencia, sobre todo, en las políticas sociales de los distintos estados[17].

En el caso de las personas con discapacidad[18], este derecho se hace aún más necesario y se materializa en la oportunidad de poder ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laboral abierto, inclusivo y accesible[19]. Por lo tanto, el derecho al trabajo de este colectivo, se configura como un derecho dual porque, por un lado, es una libertad[20] -la persona es libre para trabajar- y, por otro, es un derecho social -la persona puede y debe exigir que se establezcan las condiciones reales y efectivas para poder acceder al empleo-, y que además como se ha puesto de manifiesto con acierto por parte de García Presas: "(…) no vale cualquier empleo; es necesario incorporarse a empleos de mayor calidad[21]". Este autor ha dirigido, por mandato del Club de Roma a nivel mundial, el informe titulado: El futuro de las personas con discapacidad en el mundo. Desarrollo humano y discapacidad, en el que se realiza un profundo análisis del conjunto de problemas que afectan a la discapacidad a nivel global, desde la perspectiva de la integración y el reconocimiento pleno de los derechos inherentes a la dignidad de la persona, y desde la óptica del respeto a la diversidad. A través de la experiencia y aportaciones del referido informe, el autor aborda en este trabajo específico la cuestión concreta de la inserción laboral de las personas con discapacidad como factor determinante para una plena integración social. Sin embargo, una revisión de los estudios estadísticos realizados a nivel mundial nos desvela que las personas con discapacidad obtienen perores resultados académicos como consecuencia de los impedimentos y barreras que se presentan para este colectivo, y, por tanto, esta situación implica a su vez un lastre en el proceso de búsqueda de empleo[22]. Consecuentemente, el propio marco normativo de la OIT establece que las personas con discapacidad tendrían que disfrutar en igualdad de oportunidades respecto al acceso, conservación y promoción en el empleo. Además, se añade que siempre que sea posible, estas condiciones de empleo deberían responder a la elección libre y a las aptitudes de esta persona[23]. Con el transcurso del tiempo, estos principios promulgados por la OIT se verán reforzados y completados por la Convención de Nueva York de 2006. De esta forma, se exhorta a los Estados Partes a reconocer *"(...) el derecho de*

[16] *Vid*. Organización Internacional del Trabajo (OIT): *Memoria del Director General para la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo,* Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra (Suiza), 1999, p. 4.

[17] Producto de esta evolución, el propio director general de la OIT recoge en la siguiente publicación un estudio muy detallado; véase Somavía, J.: *El trabajo decente. Una lucha por la dignidad humana*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra (Suiza), 2014, *passim*.

[18] *Vid*. Organización Internacional del Trabajo (OIT): *Trabajo decente para personas con discapacidad: promoviendo derechos en la agenda global de desarrollo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra (Suiza), 2015.

[19] Condiciones indispensables para este colectivo que se podrán asegurar cuando se garantice la no discriminación por discapacidad en la libre circulación de trabajadores en la UE. En la misma línea, véase el art. 27.1 CDPD. *Vid.* Ruiz Santamaría, J.L.: "Trabajo decente de las personas con discapacidad en la sociedad actual", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2019, v. 7 n. 4, pp. 112-136.

[20] Sobre la idea de desarrollo humano y libertad, consúltese en Sen, A.: *Desarrollo y libertad*. Barcelona, Ed. Planeta, 2000, pp. 20-25.

[21] García Presas, I.: "El acceso al trabajo de las personas discapacitadas", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, 2013, n. 17, p. 303. También, y con referencia especial a la mujer con discapacidad puede consultarse en Fernández Ramírez, M.: "Mujer discapacitada, empleo y progreso tecnológico. Polimorfología de un conflicto sistémico", *Iuslabor*, 2021, n. 2, pp. 1699-2938.

[22] *Ib*., pp. 73-90.

[23] Nos referimos concretamente a los instrumentos normativos de la OIT: *Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas)*, núm. 159 y a la *Recomendación sobre la readaptación profesional y el empleo personas inválidas*, núm. 168.

las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos inclusivos y accesibles (...)[24]". No obstante, la realidad nos muestra que las únicas oportunidades de empleo disponibles para este colectivo están limitadas -y a menudo segregadas- a empleos protegidos, descartándose la verdadera inclusión que se produce con el acceso al empleo ordinario[25].

Desde la propia perspectiva de la OIT, enmarcada conceptualmente sobre la idea de trabajo decente de las personas con discapacidad, se establecen cuatro grandes categorías de empleo[26] para las personas con discapacidad: empleo abierto o competitivo -incluido el trabajo por cuenta propia[27]-, empleo protegido, empleo con apoyo y empresas sociales. Ahora bien, siendo nuestro interés el empleo ordinario, abordaremos de manera muy breve, y a modo de preámbulo, el denominado por la OIT empleo abierto o competitivo.

El acceso al empleo abierto o competitivo, contextualizado en la discapacidad, presenta un rasgo común en la mayoría de los países que es la enorme dificultad del colectivo para incorporarse a esta modalidad de trabajo. Las conclusiones de los estudios estadísticos[28] realizados muestran que las personas con discapacidad tienen menos probabilidad que las personas sin discapacidad de tener un empleo abierto o competitivo y, por consiguiente, estable. Al mismo tiempo, estos datos estadísticos también nos revelan que en los escasos supuestos que los miembros de este colectivo puedan acceder a este tipo de empleo lo hacen bajo la modalidad de tiempo parcial, mal remunerados, con pocas perspectivas profesionales y en condiciones de trabajo poco óptimas[29]. Igualmente, debemos destacar que, dentro del colectivo, las mujeres con discapacidad tienen menos probabilidades de tener un trabajo decente que las mujeres sin discapacidad. Lo mismo ocurre con ciertos tipos de discapacidad -especialmente los relativos a salud mental y discapacidad intelectual- observándose tasas de empleo muy bajas.

En referencia a los posibles motivos causantes de estas elevadas tasas de inactividad podemos destacar varios de ellos. En primer lugar, se ha observado que esta tasa varía según los países y, consecuentemente, no existe un perfil homogéneo; no obstante, se aprecia en general unas altas tasas de inactividad para este colectivo respecto de las personas sin discapacidad. En segundo lugar, el

[24] Art. 27.1, párrafo 1º CDPD. Además, es importante subrayar que en dicho precepto se contempla también aquellos supuestos de discapacidad sobrevenida durante el empleo; estableciéndose por el legislador internacional la necesidad indispensable de que se adopten a tal efecto las medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación. *Vid*. Organización de Naciones Unidas, *Convención internacional y Protocolo Facultativo sobre los derechos de las personas con discapacidad,* 13 de diciembre de 2006*,* pp. 54-55.

[25] Organización Internacional del Trabajo (OIT): *Trabajo decente para personas con discapacidad: promoviendo derechos en la agenda global de desarrollo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra (Suiza), 2015, p.73.

[26] Adviértase que ante la enorme diversidad de modalidades de empleo existentes en cada país -determinada por factores tan diversos como la cultura, la disponibilidad del personal cualificado, las condiciones económicas y sociales, etc.- la OIT ha llevado a cabo una loable tarea armonizadora y de síntesis reagrupando las distintas modalidades en las cuatro categorías propuestas.

[27] El trabajo por cuenta propia, conforme a los criterios de clasificación adoptados por la OIT para el establecimiento de las distintas categorías de empleos, no se ha tratado como otra categoría diferente, ya que puede estar presente en todas las demás. *Vid*. Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Trabajo decente para personas con discapacidad: promoviendo derechos en la agenda global de desarrollo*, *op. cit*., pp. 72 - 98.

[28] Respecto a los datos estadísticos, debemos subrayar que la dificultad que existe a la hora de encontrar datos adecuados y comparables sobre la situación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo hace difícil la generalización. No obstante, la información que nos proporciona el citado *Informe Mundial sobre la Discapacidad*, en el capítulo 8º titulado "Trabajo y empleo", nos va a permitir extraer conclusiones -al menos provisionales- sobre la situación actual del empleo abierto y competitivo en el mercado mundial. *Vid*. Organización Mundial de la Salud y Banco Mundial: *Informe Mundial sobre la Discapacidad*, *op. cit*., pp. 263-291.

[29] Concretamente, un 44 por ciento de los trabajadores con discapacidad trabaja en un contexto de modalidades de empleo contingentes o a tiempo parcial, frente a un 22 por ciento en el caso de personas sin discapacidad. *Vid*. Schur, L., Kruse, D. y Blanck, P.: *People with Disabilities: Sidelined or Mainstreamed?*, Cambridge University Press, Nueva York (USA), 2013, pp. 125-126.

efecto disuasorio que produce el inicio de un trabajo y la pérdida de las posibles prestaciones que se estuvieran recibiendo por razón de la discapacidad. En tercer lugar, la reticencia de los empleadores a la hora de emplear a personas con discapacidad por miedo a tener que realizar ajustes muy costosos en el puesto de trabajo. En cuarto lugar, hay empleadores que todavía piensan que las personas con discapacidad no están cualificadas o no son productivas[30]. Por último, también se apunta como causa genérica la dificultad de despedir a estas personas una vez contratada en esta modalidad de empleo[31].

III. ANÁLISIS SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL MERCADO ORDINARIO DE TRABAJO ANDALUZ POR CUENTA AJENA

Una vez asentados, con carácter previo, los principios y fundamentos esenciales sobre los que se sustenta la nueva percepción de la discapacidad y el derecho al empleo digno de las personas con discapacidad, nos adentramos en el estudio concreto del mercado andaluz, centrándonos en aquellos aspectos más significativos que nos permitan una aproximación a la situación actual. Para llevar a cabo dicho estudio, se ha realizado un análisis de los últimos datos disponibles sobre discapacidad en el empleo en Andalucía - Observatorio Argos, SAE, IECA- y, de forma complementaria, en España -INE, DISMET y SEPE- que corresponden al año 2020.

En referencia a las características de la contratación de las personas con discapacidad en el empleo ordinario de Andalucía, como se puede observar en la Tabla nº1, el mayor número de contratas se sitúa en la franja de edad entre los 50 y 54 años, tanto para las mujeres como para los hombres, con una tasa porcentual del 16,71 %. A sensu contrario, la menor tasa se ha registrado en el colectivo más joven que corresponde a los menores de 20 años.

Tabla 1. Distribución por grupo de edad y sexo de la contratación de personas con discapacidad en Andalucía (año 2020)

Grupo de edad	*Nº contratos Hombres*	*Nº contratos Mujeres*	*Tasa porcentual*	*Totales ambos sexos*
Menor de 20	277	46	0,64 %	323
[20-24]	1.864	660	4,97 %	2525
[25-29]	2.999	1.483	8,83 %	4.482
[30-34]	3.262	1.703	9,78 %	4.965
[35-39]	4.054	2.062	12,05 %	6.116
[40-44]	5.168	2.689	15,54 %	7.887
[45-49]	5.463	2.877	16,42 %	8.340
[50-54]	5.557	2.925	16,71 %	8.482
[55-59]	3.615	2.039	11,13 %	5.654
60 y más	1.259	737	3,93 %	1.996
Andalucía	33.548	17.221	100,00 %	50.769

FUENTE: Elaboración propia a partir de los últimos datos disponibles sobre discapacidad en el empleo en Andalucía y España. [Observatorio Argos, SAE, IECA, INE, DISMET y SEPE].

Desde la perspectiva de género se aprecia una notable diferencia entre las 33.548 contrataciones realizados a hombres, respecto a las 17.221 contrataciones efectuadas a mujeres; duplicándose prácticamente dicha cantidad. Adviértase que, dicha diferencia, está presente en todos los segmentos de las diferentes edades.

[30] *Vid*. Organización Mundial de la Salud y Banco Mundial: *Informe Mundial sobre la Discapacidad*, *op. cit*., p. 266.
[31] *Vid*. Schur, L., Kruse, D. y Blanck, P.: *People with Disabilities: Sidelined or Mainstreamed?*, *op. cit*., pp. 203-206.

Otra característica esencial a tener en cuenta en materia de contratación, es la relativa el nivel formativo de las personas con discapacidad contratadas. Como ya se había apuntado con anterioridad, las personas con discapacidad tienen peores resultados académicos, ello es consecuencia de los obstáculos que entorpecen el acceso de las personas con discapacidad a servicios indispensables, en particular la salud y la educación repercutiendo, a su vez, en el acceso al empleo. En el caso del mercado andaluz, como se puede observar en las Tablas nº2 y 3, se corrobora lo expresado con anterioridad para el ámbito global, registrándose un total de 25.299 contratos en el nivel formativo de "Estudios Secundarios", siendo ésta la cifra mayor de todas las contrataciones realizas, y que representa una tasa porcentual de 49,83%.

Tabla 2. Distribución por nivel formativo y sexo de la contratación de personas con discapacidad en Andalucía (año 2020)

Nivel formativo	*Nº contratos Hombres*	*Nº contratos Mujeres*	*Tasa porcentual*	*Totales ambos sexos*
Sin estudios	2.750	1.124	7,63 %	3.874
Estudios Primarios	12.654	6.144	37,03 %	18.798
Estudios Secundarios	16.827	8.472	49,83 %	25.299
Estudios Postsecundarios	1.317	1.481	5,51 %	2.798
Andalucía	**33.548**	**17.221**	**100,00 %**	**50.769**

FUENTE: Elaboración propia a partir de los últimos datos disponibles sobre discapacidad en el empleo en Andalucía y España. [Observatorio Argos, SAE, IECA, INE, DISMET y SEPE].

No obstante, el segmento que ha experimentado un número menor de contrataciones, concretamente 2.798, ha correspondido al nivel de "Estudios Postsecundarios", lo que representa una tasa porcentual de 5,51 %. Estos datos nos muestran un comportamiento por parte del empresariado atípico, pues lo habitual es que se experimenten las menores contrataciones en el nivel formativo "sin estudios". De otra parte, y en referencia a la distribución por sexos, se observa una preferencia por la contratación de mujeres, con 1.481 contrataciones, respectos de los hombres que ha sido inferior, registrándose 1.317 en el segmento del nivel formativo de "Estudios Superiores". Adviértase que en el resto de las distribuciones la preferencia por la contratación masculina ha duplicado prácticamente en todos los segmentos.

Tabla 3. Distribución por nivel formativo de la contratación de personas con discapacidad comparada con el número total de contrataciones realizadas en Andalucía (año 2020)

Nivel formativo		*Nº contratos personas con discapacidad*	*Tasa porcentual personas con discapacidad*	*Nº total de contratos realizados*	*Tasa porcentual del total de contratos*
No especificado		0	0,00 %	2.555	0,06 %
Sin estudios		3.874	7,63 %	456.314	11,53 %
Estudios Primarios		18.798	37,03 %	1.308.125	33,06 %
Estudios Secundarios	E. Gral.	23.093	45,49 %	1.727.968	43,67 %
	F.P	2.206	4,35 %	153.188	3,87 %
	Total E.S.	**25.299**	**49,83 %**	**1.881.156**	**47,54 %**
Estudios postsecundarios	1er. Ciclo	513	1,01 %	64.121	1,62 %
	2ºy3ª Ciclo	911	1,79 %	139.924	3,54 %
	CFGS	1.031	2.03$	79.441	2,01 %
	Otros	343	0,68 %	25.305	0,64 %
	Total EP	**2.798**	**5,51 %**	**308.791**	**7,80 %**
Andalucía		**50.769**	**100,00 %**	**3.956.941**	**100,00 %**

FUENTE: Elaboración propia a partir de los últimos datos disponibles sobre discapacidad en el empleo en Andalucía y España. [Observatorio Argos, SAE, IECA, INE, DISMET y SEPE].

Por consiguiente, la tasa porcentual que refleja la cualificación de la contratación de personas con discapacidad se equipara a la de la contratación total que corresponde a personas con discapacidad que han cursado al menos estudios secundarios.

En referencia a las contrataciones de personas con discapacidad en Andalucía en relación a la distribución correspondiente según los Grupos de Ocupación, analizaremos dichos resultados en base a los últimos datos disponibles que se reflejan en las Tablas nº 4 y 5 que a continuación se exponen.

Tabla 4. Distribución de los Grupos Primarios de Ocupación según contratación de personas con discapacidad en Andalucía[32] (año 2020)

Grupo Primario de Ocupación (CNO 11)	*Nº contratos pers. con discapacidad*	*Tasa porcentual*[33]	*Tasa de contratación*[34]
Personal de limpieza de oficinas, hoteles y otros establecimientos similares.	7.802	15,37 %	5,05 %
Otro personal de limpieza	1.424	2,80 %	3,59 %
Conserjes de edificios	1.289	2,54 %	16,08 %
Teleoperadores	1.032	2,03 %	4,26 %
Auxiliares de vigilante de seguridad y similares no habilitados para ir armados	939	1,85 %	7,43 %
Oficiales, operarios y artesanos de otros oficios no clasificados bajo otros epígrafes	901	1,77 %	4,44 %
Otras ocupaciones elementales	791	1,56 %	5,08 %
Barrenderos y afines	763	1,50 %	4,35 %
Empleados de venta de apuestas	532	1,05 %	56,78 %
Ordenanzas	530	1,04 %	10,74 %
Recogedores de residuos	471	0,93 %	7,45 %
Trabajadores de servicios personales no clasificados bajo otros epígrafes	446	0,88 %	7,30 %
Técnicos en control de procesos no clasificados bajo otros epígrafes	350	0,69 %	17,69 %
Operadores de máquinas de lavandería y tintorería	313	0,62 %	26,44 %
Limpiadores en seco a mano y afines	173	0,34 %	5,50 %
Clasificadores de desechos, operarios de punto limpio y recogedores de chatarra	139	0,27 %	3,69 %
Telefonistas	136	0,27 %	3,28 %
Supervisores de la construcción	135	0,27 %	5,29 %

FUENTE: Elaboración propia a partir de los últimos datos disponibles sobre discapacidad en el empleo en Andalucía y España. [Observatorio Argos, SAE, IECA, INE, DISMET y SEPE].

[32] Con más de cien contratos registrados y con tasas de contratación de personas con discapacidad superior o igual al 3 por ciento.

[33] Tanto por ciento obtenido sobre el total de contratos realizados a personas con discapacidad.

[34] Tanto por ciento obtenido de la relación existente entre los contratos realizados a personas con discapacidad sobre la totalidad de los contratos realizados (con discapacidad y sin ella).

Tabla 5. Distribución de ocupaciones con mayores crecimientos interanuales del número de contratos registrados a personas con discapacidad en Andalucía[35] (año 2020)

Grupo Primario de Ocupación (CNO 11)	*Nº contratos pers. con discapacidad*	*Variación interanual*	
		Absoluta	*Relativa*
Teleoperadores	1.032	223	27,56 %
Conductores asalariados de camiones	960	34	3,67 %
Recogedores de residuos	471	171	59,12 %
Profesionales del trabajo y de la educación social	134	13	10,74 %
Instaladores y reparadores en tecnologías de la información y las comunicaciones	90	40	80,00 %
Técnicos en laboratorio de diagnóstico clínico	54	23	74,19 %
Técnicos en construcción	41	14	51,85 %
Filólogos, intérpretes y traductores	30	11	57,89 %
Mayordomos del servicio doméstico	29	10	52,63 %
Fumigadores y otros controladores de plagas y malas hierbas	21	12	133,33 %
Directores y gerentes de restaurantes	17	14	466,67 %
Técnicos en instalaciones de tratamiento de residuos, de aguas y otros operadores en plantas similares	15	11	275,00 %
Ingenieros técnicos en electricidad	10	10	-

FUENTE: Elaboración propia a partir de los últimos datos disponibles sobre discapacidad en el empleo en Andalucía y España. [Observatorio Argos, SAE, IECA, INE, DISMET y SEPE].

Según los datos recabados en la Comunidad autónoma de Andalucía para la contratación de personas con discapacidad en referencia a los Grupos Primarios de Ocupación, la mayor contratación se ha registrado en el grupo correspondiente a "Personal de limpieza de oficinas, hoteles y otros establecimientos similares" con un número total de contrataciones de 7.802, tasa porcentual de 15,37 %. y con una tasa de contratación con respecto al total de contratos realizados a personas con discapacidad de 5,05 %. Otros Grupos que registraron también un alto número de contrataciones fueron "Otro personal de limpieza" (1.424) y "Conserjes de edificios" (1.289), que representan 2,80 % y 2,54 % de tasa porcentual, y con una tasa de contratación con respecto al total de contratos realizados a personas con discapacidad de 3,59 % y 16,08 % respectivamente. En contraste, el Grupo que ha registrado un menor número de contrataciones ha sido el de "Supervisores de la construcción", con un número total de contrataciones de 135, tasa porcentual de 0,27 %. y con una tasa de contratación con respecto al total de contratos realizados a personas con discapacidad de 5,29 %.

Otros datos de interés, que hemos considerado de especial relevancia para nuestro estudio sobre el número de las contrataciones de personas con discapacidad en Andalucía, son los relativos a la "Distribución de ocupaciones con mayores crecimientos interanuales", es decir, se mide el crecimiento o descenso del número de contratos entre 2019 y 2020, permitiendo detectar aquellas profesiones en

[35] Con diez o más contratos.

las que han aumentado o disminuido las oportunidades de empleo de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo andaluz. En la Tabla nº 5 se puede apreciar que el Grupo con mayor crecimiento interanual en Andalucía ha sido el de "Teleoperadores", registrándose un total de 1.032 contrataciones a personas con discapacidad. Representan una variación interanual absoluta de 223 contrataciones más que en el año anterior, lo que supone una variación interanual relativa del 27,56 %. Siguiendo el análisis por sectores, en puestos sucesivos se sitúan los "Recogedores de residuos" e "Instaladores y reparadores en tecnologías de la información", con 175 y 40 contrataciones más respectivamente. Se cierra el listado, de aquellas profesiones que han registrado al menos un aumento de 10 contrataciones, con el Grupo correspondiente a los "Ingenieros técnicos en electricidad".

Por lo que respecta a la distribución por provincias andaluzas de las contrataciones realizadas a personas con discapacidad, se muestra en la Tabla nº 6 los últimos datos recabados y disponibles.

Tabla 6. Distribución provincial de la contratación realizada a personas con discapacidad en Andalucía (año 2020)

Provincia	*Nº contratos a pers. con discapacidad*	*Distribución de la contratación a pers. con discapacidad*	*Tasa de contratación*
Almería	3.281	6,46 %	1,11 %
Cádiz	7.319	14,42 %	1,47 %
Córdoba	5.451	10,74 %	1,22 %
Granada	4.184	8,24 %	1,04 %
Huelva	4.364	8,60 %	1,06 %
Jaén	6.498	12,80 %	1,34 %
Málaga	7.604	14,98 %	1,39 %
Sevilla	12.068	23,77 %	1,39 %
Andalucía	**50.769**	**100,00 %**	**1,28 %**

FUENTE: Elaboración propia a partir de los últimos datos disponibles sobre discapacidad en el empleo en Andalucía y España. [Observatorio Argos, SAE, IECA, INE, DISMET y SEPE].

Como se puede observar, han sido Sevilla (12.068), Málaga (7.604) y Cádiz (7.319) las tres provincias andaluzas que han registrado un mayor número de contrataciones a personas con discapacidad. Lo que representa una distribución porcentual del 23,77 %, 14,98 %, 14,42 % respectivamente. Sin embargo, han sido Almería, Granada y Huelva las provincias con menor contrataciones a este colectivo, sin alcanzar el 9%.

Respecto al registro de la "tasa de contratación[36]" ha sido Cádiz la provincia andaluza que ha experimentado esta mayor tasa (1,47 %), seguida de Málaga y Sevilla con el mismo porcentaje (1,39 %) y Jaén (1,34 %). Todas estas provincias han superado la media de Andalucía (1,28 %). En cambio, las menores tasas de contratación de personas con discapacidad provinciales han sido Granada (1,04 %) y Huelva (1,06 %).

Otros aspectos de gran interés, necesarios para completar el estudio de la participación de las personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo andaluz por cuenta ajena, son aquellos relativos al paro registrado del colectivo objeto de nuestro estudio. Para una mejor aproximación a la realidad actual, se aportan los datos correspondientes en las siguientes tablas (desde la nº 7 hasta la

[36] La "Tasa de contratación", según el Observatorio Argos, refleja la relación existente entre el número de contratos realizados a personas con discapacidad respecto al total de contrataciones registradas. Es decir, se trata de una medición porcentual relativa.

nº 11) que nos permitirán una mejor aproximación y conocimiento de la realidad actual mediante el análisis de los mismos.

Tabla 7. Distribución de las personas con discapacidad en paro en relación al tiempo que permanecen demandando empleo en Andalucía (año 2020)

Tiempo de permanencia demandando empleo	*Nº de personas con discapacidad*	*Totales por segmentos temporales*
Menos o igual a 3 meses	3.103	167.027
De 3 a 6 meses	2.597	115.146
De 6 a 9 meses	2.138	105.785
De 9 a 12 meses	4.718	147.945
Más de 12 meses	23.377	433.534
Andalucía	**35.933**	**969.437**

FUENTE: Elaboración propia a partir de los últimos datos disponibles sobre discapacidad en el empleo en Andalucía y España. [Observatorio Argos, SAE, IECA, INE, DISMET y SEPE].

Tabla 8. Distribución porcentual por sexos de las personas con discapacidad en paro en relación al tiempo que permanecen demandando empleo en Andalucía (año 2020)

Tiempo de permanencia demandando empleo	*Tasa porcentual de hombres con discapacidad*	*Tasa porcentual de mujeres con discapacidad*
Menos o igual a 3 meses	10,02 %	7,34 %
De 3 a 6 meses	8,29 %	6,23 %
De 6 a 9 meses	6,22 %	5,70 %
De 9 a 12 meses	13,37 %	12,91 %
Más de 12 meses	62,10 %	67,82 %
Andalucía	**100%**	**100,00 %**

FUENTE: Elaboración propia a partir de los últimos datos disponibles sobre discapacidad en el empleo en Andalucía y España. [Observatorio Argos, SAE, IECA, INE, DISMET y SEPE].

La primera característica a analizar es la relativa es la duración de la demanda[37]. La primera aseveración que se extrae del análisis es que la personas con discapacidad permanecen más tiempo que el resto en situación de demandantes de empleo. Casi dos de cada tres personas con discapacidad paradas registradas (65,06 %) llevan demandando empleo más de 12 meses, frente al 44,72 % del total del paro registrado en Andalucía.

Si dicha duración de la demanda se analiza desde la segmentación por sexos, se puede apreciar una mayor duración de permanencia del colectivo femenino con discapacidad en situación de paro registrado. Así para el periodo de más de 12 meses representan el 67,82 % del total de mujeres con discapacidad paradas y registrados en Andalucía, situándose en más de 5 puntos porcentuales por encima de la misma situación para el colectivo masculino (62,10 %). A sensu contrario, adviértase que en el resto de los segmentos temporales la tasa porcentual presenta un comportamiento totalmente distinto, rebasando siempre el colectivo masculino al femenino.

Otra característica de interés es la relativa a las ocupaciones más demandadas que se recoge en la Tabla nº 9. Como es sabido, al registrarse una persona como demandante de empleo en una oficina

[37] Según el Observatorio Argos es el tiempo transcurrido en meses desde que la persona se inscribe como demandante en una oficina de empleo del SAE, hasta la fecha de referencia más actualizada, en este caso, es el 31 de diciembre de 2020.

del SAE, puede solicitar una o varias ocupaciones, según sus cualificaciones, con preferencia para trabajar, aunque se debe entender cada ocupación de forma independiente. A efectos estadísticos, hay que tener en cuenta que una misma persona podrá contabilizarse varias veces, según las ocupaciones solicitadas.

Tabla 9. Distribución de las ocupaciones más demandadas por las personas con discapacidad en paro registradas en el Servicio Andaluz de Empleo (año 2020)

Grupo Primario de Ocupación (CNO 11)	*Nº de personas con discapacidad paradas registradas en la ocupación*	*Tasa porcentual de personas con discapacidad paradas registradas en la ocupación respecto al total*
Personal de limpieza	15.473	14,97 %
Ordenanzas	10.610	10,26 %
Conserjes	10.374	10,04 %
Jardineros	7.332	7,09 %
Administrativos	6.089	5,89 %
Dependientes de comercio	5.821	5,63 %
Peones en horticultura	5.243	5,07 %
Barrenderos	5.034	4,87 %
Peones de la construcción	4.504	4,36 %
Pintores y/o empapeladores	4.064	3,93 %
Reponedores de hipermercado	3.849	3,72 %
Vigilantes	3.634	3,51 %
Peones de obras públicas	3.529	3,41 %
Mozos de almacén	3.050	2,95 %
Recepcionistas/telefonistas	2.950	2,85 %
Peones en la industria manufacturera	2.900	2,80 %
Pinches de cocina	2.829	2,74 %
Camareros	2.205	2,13 %
Asistentes domiciliarios	1.960	1,90 %
Cocineros	1.940	1,88 %
Andalucía	**103.390**	**100,00 %**

FUENTE: Elaboración propia a partir de los últimos datos disponibles sobre discapacidad en el empleo en Andalucía y España. [Observatorio Argos, SAE, IECA, INE, DISMET y SEPE].

Según el Grupo Primario de Ocupación CNO 11, en Andalucía las profesiones más solicitadas han sido (de la selección de las 20 que se reflejan en la Tabla nº 9) los "Personal de limpieza" (15.473), "Ordenanzas" (10.610) y "Conserjes" (10.374); correspondiéndolo una Tasa porcentual con respecto al total de personas con discapacidad paradas registradas en la ocupación de 14,97 %, 10,26 % y 10,04 % respectivamente. Según consta en el Observatorio Argos, SAE e IECA, si se amplía el estudio a las profesiones solicitadas por al menos 50 personas con discapacidad paradas y registradas (además de las profesiones que se presentan en la Tabla nº 9), debemos resaltar las siguientes: "Empleados de venta de cupones", "Aparcacoches", "Empleados de fincas urbanas", "Porteros de

viviendas" y "Operadores de máquinas lavadoras y/o secadoras de prendas (lavanderías)", cuyas tasas correspondientes son 86,85 %, 32,58 %, 21,77 % y 21,33 %, respectivamente.

Tabla 10. Distribución provincial de personas con discapacidad paradas y registradas en el Servicio Andaluz de Empleo (año 2020)

Provincia	*Nº pers. con discapacidad paradas/registradas*	*Tasa de las pers. con discapacidad paradas/ registradas sobre el total del paro registrado*	*Tasa de la distribución provincial*
Almería	2.560	3,73 %	7,12 %
Cádiz	7.518	4,10 %	20,92 %
Córdoba	3.225	4,03 %	8,98 %
Granada	3.217	3,15 %	8,95 %
Huelva	2.623	4,14 %	7,30 %
Jaén	2.454	4,92 %	6,83 %
Málaga	6.855	3,49 %	19,08 %
Sevilla	7.481	3,31 %	20,82 %
Andalucía	**35.933**	**3,71 %**	**100,00 %**

FUENTE: Elaboración propia a partir de los últimos datos disponibles sobre discapacidad en el empleo en Andalucía y España. [Observatorio Argos, SAE, IECA, INE, DISMET y SEPE].

Otra distribución que interesa en nuestro estudio sobre la participación de las personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo andaluz por cuenta ajena, en situación de paro y registrado en la oficina del SAE, es el relativo a la residencia. Según se desprende del análisis de la Tabla nº 10, las tres provincias andaluzas con mayor número de personas con discapacidad en situación de paro ha sido Cádiz (7.518), Sevilla (7.481) y Málaga (6.855), con una tasa porcentual del 20,92 %, 20,82 % y 19,08 % respectivamente. Ocupando las posiciones más bajas, se encuentran Jaén (2.454), Almería (2560) y Huelva (2.623) y con unas tasas porcentuales de 6,83 %, 7,12 % y 7,30 % respectivamente.

En lo referente a la Tasa de las personas con discapacidad paradas y registradas sobre el total del paro registrado en Andalucía se ha situado en el 3,71 %. Tomando este parámetro como referente, las provincias de Málaga, Sevilla y Granada se han situado por debajo de la media. Por el contrario, Jaén (4,92 %), Huelva (4,14 %) y Cádiz (4.10) han registrado los porcentajes más altos[38].

[38] Desde el Observatorio Argos y el registro del SAE, se ha constatado que, en 270 municipios andaluces, aproximadamente el 34,7 % del total, el porcentaje de personas en paro con discapacidad y registradas en el SAE supera la tasa del 3,71 % que ha sido la media de la Comunidad autónoma andaluza. Adicionalmente, se ha detectado que en al menos 90 municipios de Andalucía no hay personas de este colectivo paradas y registradas en el SAE.

Tabla 11. Distribución según la nacionalidad de las personas con discapacidad extranjeras en paro registradas en el Servicio Andaluz de Empleo (año 2020)

Nacionalidad	*Nº de personas con discapacidad extranjeras paradas/registradas*	*Tasa de personas con discapacidad extranjeras paradas/registradas*
Marruecos	258	27,86 %
Rumanía	170	18,36 %
Italia	44	4,75 %
Colombia	32	3,46 %
Portugal	30	3,24 %
Argentina	29	3,13 %
Resto de nacionalidades	363	39,20 %
Total personas extranjeras	**926**	**100,00 %**

FUENTE: Elaboración propia a partir de los últimos datos disponibles sobre discapacidad en el empleo en Andalucía y España. [Observatorio Argos, SAE, IECA, INE, DISMET y SEPE].

Finalmente, y en referencia concreta al estudio de las personas con discapacidad paradas y registradas según la nacionalidad de origen, solamente el 2,58 % del total son de origen extranjero. Siendo las nacionalidades con una mayor presencia, y en orden decreciente, las siguientes: marroquí (27,86 %), rumana (18,36 %), italiana (4,75 %), colombiana (3,46 %), portuguesa (3,24 %) y argentina (3,13 %).

IV. POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO DIRIGIDAS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: ESPECIAL ATENCIÓN A LAS AYUDAS E INCENTIVOS A LA CONTRATACIÓN EN EL SISTEMA ORDINARIO DE TRABAJO

En la comunidad autónoma andaluza, a través del Servicio Andaluz de Empleo, las políticas activas de empleo dirigidas a las personas con discapacidad, en el ámbito del empleo ordinario por cuenta ajena, han sido diversas. No obstante, y con carácter previo al estudio concreto de la materia, dedicaremos unas breves líneas a la aproximación conceptual de determinadas nociones.

El primer término que conviene precisar es el relativo al empleo ordinario que, en estos supuestos, abarca tanto a las empresas privadas como a las Administraciones Públicas, incluyendo a los servicios de empleo con apoyo[39].

Otra noción que, si bien hemos hecho referencia a la misma con anterioridad, creemos que conviene reiterar por la importancia que conlleva; nos referimos al concepto técnico-jurídico de persona con discapacidad. Para que las mismas se puedan beneficiar de estas medidas es necesario que tengan reconocida tal condición, según los baremos establecidos en la normativa vigente[40] y, además, se debe alcanzar el reconocimiento de un porcentaje de, al menos, el 33% o más.

[39] Quedando excluidos en el presente estudio el "empleo protegido" y el "empleo autónomo".

[40] Véase el Anexo I del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. «BOE» núm. 22, de 26/01/2000. Según esta norma, los baremos que se establecen valoran las discapacidades físicas, psíquicas y/o sensoriales que se deduzca de los reconocimientos y evaluaciones correspondientes. Junto a aquellas, también adquieren una gran relevancia los factores sociales complementarios que, entre los más significativos, se destacan los concernientes al entorno familiar, situación laboral, social, cultural, educativa, etc., que se presentan como barreras que impiden o dificultan la integración social de estas personas. Esta valoración por los factores sociales complementarios se sumará al porcentaje obtenido por las discapacidades físicas, psíquicas y/o sensoriales, sin que pueda rebasar los 15 puntos. Como se desprende de lo

Respecto al empleo ordinario en empresas de 50 trabajadores o más, se establece la obligación de una reserva del 2% de los puestos de trabajo para personas con discapacidad. Este cumplimiento de las cuotas de reserva se puede sustituir por acciones alternativas, como el establecimiento de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo (CEE) o un trabajador autónomo con discapacidad o la realización de donaciones o acciones de patrocinio.

También, y en Andalucía a partir de la entrada en vigor de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía[41], para las ofertas de empleo público y las bolsas de trabajo temporal se reserva un cupo no inferior al 10% del número de plazas para personas con discapacidad, destinándose por primera vez el 1% de los puestos para personas con enfermedad mental. Otra novedad destacable que se introduce mediante esta ley, es la reserva del 5% para personas con discapacidad, en los cursos de formación para el empleo organizados por la Administración de la Junta de Andalucía. Junto a estas reservas, otra novedosa es la relativa al conjunto del Programa de escuelas taller, casas de oficio y talleres de empleo, para la que también se establece una reserva del 5% de las plazas.

En referencia concreta a las ayudas destinadas a las empresas ordinarias andaluzas que tengan contratadas o quieran contratar a personas con discapacidad son las siguientes:

Ayudas por concurrencia no competitiva:

-*Incentivos dirigidos a financiar la creación de empleo indefinido de personas con discapacidad en empresas ordinarias*.

-*Incentivos para financiar la adaptación de puestos de trabajo, dotación de equipos de protección personal con la finalidad de evitar accidentes laborales o eliminación de barreras en empresas ordinarias que tengan contratadas a personas con discapacidad*.

Estas ayudas se encuentran recogidos en la Resolución de 7 de mayo de 2021, de la Dirección de la Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo (por concurrencia no competitiva)[42].

El objeto de estos incentivos previstos para el fomento del empleo estable de las personas con discapacidad en Andalucía y en el marco del sistema de empleo ordinario (que se establecen paralelamente también para el empleo protegido de los CEE) es financiar la creación de dicho empleo indefinido de este colectivo y potenciar la eliminación de barreras arquitectónicas y adaptación de puestos de trabajo, y/o dotación de equipos de protección personal, ocupados por personas con discapacidad que, con carácter indefinido, sean contratadas por las empresas ordinarias andaluzas.

dispuesto en el artículo 5.3 Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, se requiere que el porcentaje mínimo de valoración de la discapacidad alcance, al menos, un porcentaje del 25%. Teniendo en cuenta que el mínimo exigido en la actualidad para poder acceder a los beneficios que establece el ordenamiento jurídico es del 33 %. Por lo que respecta a la competencia del órgano administrativo para reconocer el grado de discapacidad corresponde las comunidades autónomas que les han sido transferidas dichas competencias (funciones y servicios del Instituto de Mayores y Servicios Sociales) que comprende a todas, excepto Melilla y Ceuta (IMSERSO del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030). El dictamen técnico facultativo, según el Real Decreto 1971/1999, será elaborado conjuntamente por un equipo compuesto por un médico, un psicólogo y un trabajador social, conforme a criterios interdisciplinarios. Por todo ello, adviértase que no basta con que una persona padezca una discapacidad y esta le provoque limitaciones, sino que es necesario que haya un reconocimiento legal de tal condición para poder solicitar ayudas o algún tipo de protección social pública. Ver también en este sentido el artículo 2.a) 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.

[41] Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía. «BOE» núm. 250, de 17 de octubre de 2017, páginas 100718 a 100755 (38 págs.).

[42] Resolución de 7 de mayo de 2021, de la Dirección-Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se efectúa la convocatoria para el ejercicio 2021 de las subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva dirigidas a personas con discapacidad, reguladas en la Orden de 7 de febrero 2017. «BOJA» núm. 97, de 24 de mayo de 2021.

El número de personas destinatarias de las ayudas se sitúa en torno a 16.150 personas con discapacidad.

El porcentaje de participación en la financiación por parte de la Administración General del Estado es del 100%.

En relación a las entidades beneficiarias, la Resolución de 7 de mayo de 2021 establece que podrán solicitar estos incentivos, "*las personas trabajadoras autónomas, las empresas válidamente constituidas e inscritas en el correspondiente registro, las entidades de economía social, incluidas las entidades sin ánimo de lucro y las entidades sin personalidad jurídica, ubicadas en Andalucía*".

Respecto a los requisitos, se remite al apartado 4.a) 2.º del correspondiente cuadro resumen de las bases reguladoras de cada una de las ayudas en régimen de *concurrencia no competitiva* reguladas en la Orden de 7 de febrero de 2017[43].

El régimen jurídico se concreta en la concesión de estas ayudas en un régimen de *concurrencia no competitiva* al amparo de esta convocatoria establecida a través de la Resolución de 7 de mayo de 2021 y que se regirán en todos sus aspectos por lo establecido en la Orden de 7 de febrero de 2017 citada anteriormente.

Ayudas por concurrencia competitiva:

-*Subvenciones para el empleo con apoyo de las personas con discapacidad en Andalucía como medida para su integración laboral en el sistema ordinario de empleo*.

Estas ayudas se encuentran recogidos en la Resolución de 7 de mayo de 2021, de la Dirección de la Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo (por concurrencia competitiva)[44].

El objeto de las ayudas dirigidas a proyectos de empleo con apoyo de personas con discapacidad como medida de integración laboral de las personas con discapacidad en el sistema ordinario de trabajo es facilitar la adaptación social y laboral de trabajadores con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes, incentivando el desarrollo de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, prestadas por preparadores laborales especializados.

Estas subvenciones se destinan a financiar los costes salariales y de Seguridad Social derivados de las contrataciones de los preparadores laborales, por un periodo de duración de 12 meses de trabajo efectivo, el cual deberá desarrollarse en el plazo de ejecución previsto en la resolución de concesión.

El número de personas destinatarias de las ayudas contempladas en esta convocatoria se sitúa en torno a 850 personas con discapacidad.

El porcentaje de participación en la financiación por parte de la Administración General del Estado es del 100%.

En relación a las entidades beneficiarias la Resolución de 7 de mayo de 2021 establece que podrán solicitar las ayudas convocadas en el apartado b) del resuelvo primero de la presente Resolución las siguientes entidades (en el mercado ordinario de trabajo):

[43] Orden de 7 de febrero de 2017, por la que por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas en régimen de concurrencia no competitiva dirigidas a personas con discapacidad. «BOJA» núm. 27, de 9 de febrero de 2017.

[44] Resolución de 7 de mayo de 2021, de la Dirección-Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se efectúa la convocatoria para el ejercicio 2021 de las subvenciones en régimen de concurrencia competitiva dirigidas a personas con discapacidad, reguladas en la Orden de 7 de febrero 2017. «BOJA» núm. 97, de 24 de mayo de 2021.

"*a) Las asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro que suscriban el correspondiente convenio de colaboración con la empresa que va a contratar a los trabajadores con discapacidad a los que se les va a prestar el empleo con apoyo.*

c) Las empresas del mercado ordinario de trabajo, incluidos las personas trabajadoras autónomas, que contraten a las personas trabajadoras con discapacidad destinatarias de dichas acciones".

Respecto a los requisitos, se remite al apartado 4.a) 2.º del correspondiente cuadro resumen de las bases reguladoras de cada una de las ayudas en régimen de *concurrencia competitiva* reguladas en la Orden de 7 de febrero de 2017[45].

El régimen jurídico se concreta en la concesión de estas ayudas en un régimen de *concurrencia competitiva* al amparo de esta convocatoria establecida a través de la Resolución de 7 de mayo de 2021 y que se regirán en todos sus aspectos por lo establecido en la Orden de 7 de febrero de 2017 citada anteriormente.

A continuación, analizaremos a través de los últimos datos disponibles para Andalucía (en el Observatorio Argos y SAE) los incentivos a la contratación indefinida, las medidas de fomento y apoyo al empleo ordinario y el impacto de los programas de las acciones experimentales dirigidos a las personas con discapacidad en Andalucía.

En relación a los incentivos correspondientes a nuevas contrataciones o conversión en indefinidos de contratos temporales realizados a personas con discapacidad que tengan un reconocimiento de un grado igual o superior al 33%, segmentados por provincias y sexos (Tabla nº 12), se deduce que, en Andalucía durante el año 2020, las entidades empleadoras recibieron incentivos a la contratación de 32 trabajadores con discapacidad de los cuales 22 eran hombres y 10 mujeres, representando una tasa porcentual de 68,75 % frente al 31,25 % respectivamente. Observándose que el sector masculino ha superado el doble de contrataciones con incentivos respecto al femenino.

Tabla 12. Distribución provincial de la contratación realizada a personas con discapacidad a través de los incentivos a la contratación indefinida en el ámbito del empleo ordinario en Andalucía (año 2020)

Provincia	*Nº contratos Hombres*	*Nº contratos Mujeres*	*Tasa porcentual*	*Totales por provincias*
Almería	2	0	6,25 %	2
Cádiz	0	0	0,00 %	0
Córdoba	2	0	6,25 %	2
Granada	2	0	6,25 %	2
Huelva	5	10	46,88 %	15
Jaén	0	0	0,00 %	0
Málaga	11	0	34,38 %	11
Sevilla	0	0	0,00 %	0
Andalucía	**22**	**10**	**100,00 %**	**32**

FUENTE: Elaboración propia a partir de los últimos datos disponibles sobre discapacidad en el empleo en Andalucía y España. [Observatorio Argos, SAE, IECA, INE, DISMET y SEPE].

De los datos aportados, y atendiendo a la distribución provincial, el mayor número de beneficiarios de esta medida se ha producido en Huelva con 15 contratos celebrados que representan

[45] Orden de 7 de febrero de 2017, por la que por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas en régimen de concurrencia competitiva dirigidas a personas con discapacidad. «BOJA» núm. 27, de 9 de febrero de 2017.

46.88 %, acumulando casi la mitad de todos los contratos realizados en Andalucía. La segunda provincia ha sido Málaga, registrándose 11 contratos con un porcentaje del 34,8 % que supera la tercera parte del total de contratos celebrados en la comunidad autónoma andaluza.

Otra de las acciones positivas integradas en las políticas activas en el empleo ordinario para las personas con discapacidad en Andalucía son las medidas de fomento y de apoyo a la creación de empleo estable que a continuación se presentan en la Tablas nº 13 y nº 14.

Tabla 13. Distribución provincial de las personas con discapacidad beneficiarias de las medidas de fomento de empleo estable en Andalucía (año 2020)

Provincia	*Tasa porcentual*	*Totales por provincias*
Almería	6,13 %	1.063
Cádiz	8,61 %.	1493
Córdoba	10,34 %	1792
Granada	6,55 %	1136
Huelva	4,51 %	781
Jaén	13,27 %	2300
Málaga	19,20 %	3328
Sevilla	31,38 %	5438
Andalucía	**100,00 %**	**17.330**

FUENTE: Elaboración propia a partir de los últimos datos disponibles sobre discapacidad en el empleo en Andalucía y España. [Observatorio Argos, SAE, IECA, INE, DISMET y SEPE].

Según los datos registrados para el 2020, la provincia andaluza con mayor número de personas con discapacidad beneficiarias de las medidas de fomento de empleo estable ha sido Sevilla con un total de 5.438 personas beneficiarias y un porcentaje de 31,38 %, lo que representa casi la tercera parte del total de la comunidad autónoma andaluza. La segunda provincia destacada ha sido Málaga con 3.328 personas beneficiarias y un porcentaje del 19,20 %. En el extremo opuesto, se sitúan las provincias con menos personas beneficiarias que han sido, por orden de menor a mayor, Huelva (781), Almería (1.063) y Granada (1.136), con una tasa porcentual de 4,51 %, 6,13 % y 6,55 % respectivamente.

Tabla 14. Distribución de las personas con discapacidad beneficiarias de las medidas de apoyo a la creación de empleo ordinario comparada con las de apoyo en los CEE en Andalucía (año 2020)

Tipo de medida de apoyo	*Tasa porcentual*	*Totales según medidas*
Incentivos a la contratación para personas con discapacidad en el empleo ordinario	0,18 %	32
Incentivos a la creación de puestos de trabajo en CEE	3,92 %	680
Incentivos para el mantenimiento de puestos de trabajo en CEE	95,89 %	16.618
Andalucía	**100,00 %**	**17.330**

FUENTE: Elaboración propia a partir de los últimos datos disponibles sobre discapacidad en el empleo en Andalucía y España. [Observatorio Argos, SAE, IECA, INE, DISMET y SEPE].

En relación al análisis comparado de los datos disponibles de las personas beneficiarias de otras medidas de apoyo realizadas en Andalucía, se ha computado un total de 17.330, de las cuales,

solamente 32 corresponde a Incentivos a la contratación para personas con discapacidad en el empleo ordinario, mientras que para la creación y mantenimiento de los puestos de trabajo en los CEE se han registrado 17.298 (680 de creación de nuevos puestos y 16.618 de mantenimiento de los ya creados). Obsérvese que se produce una gran distorsión (una tasa porcentual del 0,18 % correspondiente al empleo ordinario, frente al 99,82 % de los CEE).

Finalmente, analizaremos el impacto de las Acciones Experimentales para el empleo ordinario en Andalucía que se presenta en la siguiente Tabla nº 15.

Tabla 15. Distribución provincial de las personas con discapacidad beneficiarias del Programa de Acciones Experimentales según sexo en Andalucía (año 2020)

Provincia	*Nº contratos Hombres*	*Nº contratos Mujeres*	*Tasa porcentual*	*Totales por provincias*
Almería	6	5	2,19 %	11
Cádiz	49	53	20,32 %	102
Córdoba	2	4	1,20 %	6
Granada	3	2	1,00 %	5
Huelva	4	4	1,59 %	8
Jaén	32	28	11,95 %	60
Málaga	81	72	30,48 %	153
Sevilla	77	80	31,27 %	157
Andalucía	**254**	**248**	**100,00 %**	**502**

FUENTE: Elaboración propia a partir de los últimos datos disponibles sobre discapacidad en el empleo en Andalucía y España. [Observatorio Argos, SAE, IECA, INE, DISMET y SEPE].

Según los últimos datos disponibles por el SAE y otros referenciados, en Andalucía durante 2020, el 18,23% de las personas beneficiarias del Programa de Experiencias Profesionales para el Empleo fueron personas con discapacidad. En concreto, y a través del citado programa, 698 personas con discapacidad realizaron prácticas en empresas con tutorías que les acercaron al mundo laboral, proporcionándoles el conocimiento de los hábitos, prácticas y valores propios de los entornos laborales a los que aspiraban.

Un análisis comparado de estos datos respecto a 2019 nos desvela que el número de personas con discapacidad beneficiarias de este Programa se ha reducido en 92 personas, ha decrecido un 11,65% respecto al año anterior.

Diferenciando por sexo, los hombres ascienden al 58,17% del total de personas con discapacidad beneficiarias de este Programa, lo que equivale a 406 hombres. Las mujeres con discapacidad representan el 41,83% restante (292 mujeres con discapacidad).

Por provincias, destaca el peso de las personas con discapacidad en este Programa principalmente en Cádiz, Málaga y Sevilla, acumulando entre estas tres provincias el 57,3% del total de personas beneficiarias pertenecientes a este colectivo.

Por otro lado, en las provincias de Almería (54,17%), Cádiz (25,80%), Jaén (21,53%) y Málaga (20,26%) la representación de las personas con discapacidad supera el valor de referencia para Andalucía (18,23%).

También y comparando los datos estadísticos respecto a 2019, se pueden observar descensos en el número de personas con discapacidad beneficiarias del Programa en todas las provincias andaluzas, excepto Cádiz, Granada y Huelva, dándose el más cuantioso en la provincia de Málaga con

54 personas menos, seguido por el registrado en la provincia de Sevilla con 27 personas beneficiarias menos.

Estos descensos producidos en el año 2020, reflejan el impacto negativo en el empleo que se ha producido como consecuencia de los efectos causados por la reciente pandemia por COVID-19.

V. CONCLUSIONES

Primera. La especial relevancia que ha cobrado en la actualidad el tratamiento de la discapacidad, configurándose como un nuevo paradigma concretado en el modelo social, y el nuevo sistema normativo informado y liderado por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, conforman los pilares básicos sobre los que se sustenta un nuevo marco que tenga la capacidad de derribar las posibles barreras que obstaculicen la inclusión, proporcione un nuevo impulso para eliminar la discriminación por razón de discapacidad y promueva de manera activa la verdadera integración de las personas con discapacidad, con especial atención a la consolidación de la independencia y dignidad del trabajo que realiza este colectivo.

Segunda. Se ha podido verificar que la OIT ha sido una de las primeras organizaciones internacionales en reconocer la protección de las personas con discapacidad frente a la discriminación en empleo, estableciéndose como una de las medidas más eficaces para lograr combatirla, la readaptación profesional de este colectivo. Dicho reconocimiento se remonta más allá de la propia adopción del Convenio núm. 159 (1983), registrándose entre sus antecedentes más significativos e inmediatos la Recomendación núm. 99 (1955) sobre la adaptación y readaptación profesional de los inválidos y la Recomendación núm. 150 (1975) sobre el desarrollo de los recursos humanos.

Tercera. El derecho a un trabajo decente, constituye un elemento esencial para el desarrollo integral de las personas que, en el caso de las personas con discapacidad, este derecho se hace aún más necesario y se materializa en la oportunidad de poder ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laboral abierto, inclusivo y accesible. Desde la propia perspectiva de la OIT, enmarcada conceptualmente sobre la idea de trabajo decente de las personas con discapacidad, se establecen cuatro grandes categorías de empleo: empleo abierto o competitivo, empleo protegido, empleo con apoyo y empresas sociales. Del estudio conjunto de las mismas, como instrumentos favorecedores de la inclusión laboral de las personas con discapacidad, se puede concluir que para que se puedan llevar a cabo las mismas, se necesitará contar con la implicación de los gobiernos en el apoyo y asesoramiento especializado; creación de medidas jurídicas y políticas que favorezcan la accesibilidad y contribuyan a la creación de un entorno favorable; además, deberán proporcionar una adecuada formación a los directivos y personal de estas modalidades empresariales.
Cuarta. En relación a la participación de las personas con discapacidad en Andalucía en el mercado de empleo ordinario (según los últimos datos oficiales disponibles). En 2020 se registraron en Andalucía 50.769 contratos a 23.444 personas con discapacidad; cifras que representan el 1,28% de la contratación registrada y el 1,57% de las personas trabajadoras contratadas en la Comunidad Autónoma en el mismo periodo. Esto implica que El número de contratos registrados a personas con discapacidad ha experimentado un descenso respecto a 2019 de 18.161 contratos, un 26,35% menos. La segmentación por edad y sexo se ha caracterizado con las siguientes tendencias: el 16,71% de los contratos a personas con discapacidad fue suscrito por personas con edades entre 50 y 54 los años y el 16,43% de 45 a 49 años, seguido por los contratos a personas con edades entre 40 y 44 años que alcanzan el 15,54% de la contratación de este colectivo. Según el sexo, se realizaron 33.548 contratos a hombres con discapacidad y 17.221 a mujeres, es decir, solo uno de cada tres de estos contratos se formalizó con mujeres. Atendiendo a la duración de los contratos, debemos destacar que el porcentaje de contratos indefinidos registrados a personas con discapacidad es de un 6,23%, más de un punto y medio porcentual superior al valor de referencia para la contratación indefinida total (4,70%). Otra variable muy determinante ha sido el nivel de estudios de los contratados, constatándose que el 55,34%

de los contratos a personas con discapacidad realizados en este periodo se formalizaron a trabajadores que poseían al menos estudios secundarios (28.097 contratos). Otro dato significativo ha sido el registro de un número menor de contratos a personas con discapacidad y estudios postsecundarios en comparación con el total de contratos registrados. Si atendemos a la nacionalidad, la representación de trabajadores con discapacidad extranjeros es mínima, sólo constituyen el 2,68% del total de contratos formalizados. Si se atiende a los Grupos de Ocupación, predomina el número de contratos registrados a trabajadores con discapacidad para desempeñar labores como Personal de limpieza de oficinas, hoteles y otros establecimientos similares (15,37% de los contratos). También se ha detectado que el 67,36% de los contratos que se realizaron a personas con discapacidad se suscribieron al sector Servicios, concretamente el 16,68% se llevó a cabo por empresas dedicadas a los Servicios a edificios y actividades de jardinería En el extremo opuesto se sitúa el sector de la Construcción con un 6,34%.

Quinta. Respecto al número de personas con discapacidad en paro y registradas como demandantes de empleo ordinario en las oficinas del Servicio Andaluz de Empleo, y según últimos datos estadísticos (2020), asciende a 35.933, lo que representa un porcentaje del 3,71% sobre el total del paro registrado en Andalucía. Respecto a 2019, el número de personas con discapacidad paradas registradas ha aumentado en 3.720 personas, un crecimiento porcentual del 11,55%. Dos de cada tres de estas personas con discapacidad paradas y registradas proceden del sector Servicios y el 16,78% carece de experiencia profesional. La mayoría de las personas paradas registradas con experiencia profesional desempeñaron su último trabajo en actividades relacionadas con la Administración Pública y Defensa; Seguridad Social obligatoria, los Servicios a edificios y actividades de jardinería y los Servicios de comidas y bebidas.

El análisis de la segmentación por sexos desvela que la mayoría de las personas con discapacidad paradas registradas en Andalucía son mujeres y aunque no se observan diferencias relevantes con la población masculina, supone el 51,66% del total de personas con discapacidad en esta situación.

La distribución provincial muestra que Cádiz (7.518), Sevilla (7.481) y Málaga (6.855) son las provincias andaluzas con mayor número de personas con discapacidad inscritas como paradas registradas, representando el 20,92%, 20,82% y 19,08%, del total de personas con discapacidad paradas registradas en Andalucía, respectivamente.

Sexta. En referencia a las aacciones positivas derivadas de las políticas activas en el empleo ordinario para las personas con discapacidad en Andalucía, según los últimos datos disponibles por el Servicio Andaluz de Empleo y el Observatorio ARGOS, un total de 17.330 personas con discapacidad se beneficiaron de las medidas de apoyo a la creación de empleo dirigidas a este colectivo. Concretamente, 32 personas fueron contratadas a través de los incentivos a la contratación para personas con discapacidad en empresas ordinarias.

El programa de Experiencias Profesionales para el Empleo registró 698 personas de este colectivo que realizaron prácticas en empresas con tutorías que les acercaron al mundo laboral, proporcionándoles el conocimiento de los hábitos, prácticas y valores propios de los entornos laborales a los que aspiraban. Un análisis comparado de estos datos respecto a 2019 nos desvela que el número de personas con discapacidad beneficiarias de este Programa se ha reducido en 92 personas, ha decrecido un 11,65% respecto al año anterior.

Diferenciando por sexo, los hombres ascienden al 58,17% del total de personas con discapacidad beneficiarias de este Programa, lo que equivale a 406 hombres. Las mujeres con discapacidad representan el 41,83% restante (292 mujeres con discapacidad).

VI. BIBLIOGRAFÍA

García Presas, I.: "El acceso al trabajo de las personas discapacitadas", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, 2013, n. 17, p. 299-318.

Guzmán Castillo, F., Toboso Martín, M. y Romañach Cabrero, J.: "Fundamentos éticos para la promoción de la autonomía: hacia una ética de la independencia", *Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social*, 2010, n. 17, pp. 45-61.

Fernández Ramírez, M.: "Mujer discapacitada, empleo y progreso tecnológico. Polimorfología de un conflicto sistémico", *Iuslabor*, 2021, n. 2, pp. 1699-2938.

Monereo Pérez, J.L.: "Derecho humano al Desarrollo (Artículo 1 PIDESC y concordantes)", VV.AA.: *El Sistema universal de los derechos humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2014, pp. 951-983.

Monereo Pérez, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Ed. Laborum, 2019.

Nussbaum, M.: *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión,* Editorial Paidós, Barcelona, 2007.

Nussbaum, M.: *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano.* Barcelona, Ed. Paidós, 2012.

Organización de Naciones Unidas (ONU), *Convención internacional y Protocolo Facultativo sobre los derechos de las personas con discapacidad,* 13 de diciembre de 2006.

Organización Internacional del Trabajo (OIT): Memoria del Director General para la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra (Suiza), 1999.

Organización Internacional del Trabajo (OIT): *Trabajo decente para personas con discapacidad: promoviendo derechos en la agenda global de desarrollo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra (Suiza), 2015.

Organización Mundial de la Salud y Banco Mundial: *Informe Mundial sobre la Discapacidad*, Organización Mundial de la Salud (OMS), Malta, 2011.

Ruiz Santamaría, J.L.: *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi Thomson Reuters, 2019.

Ruiz Santamaría, J.L.: "Trabajo decente de las personas con discapacidad en la sociedad actual", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2019, v. 7 n. 4, pp. 112-136.

Sen, A.: *Desarrollo y libertad*. Barcelona, Ed. Planeta, 2000.

Sen, A.: "Discapacidad y justicia", en Conferencia Internacional sobre Discapacidad y Desarrollo Inclusivo, Banco mundial, Washington (Estados Unidos), 2004.

Schur, L., Kruse, D. y Blanck, P.: *People with Disabilities: Sidelined or Mainstreamed?*, Cambridge University Press, Nueva York (USA), 2013.

Somavía, J.: *El trabajo decente. Una lucha por la dignidad humana*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra (Suiza), 2014.

VV.AA.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo,* Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F., Maldonado Molina, J.A. (dirs.), López Insua, B.M. y Ruiz Santamaría, J.L. (coords), Murcia, Laborum, 2020.

Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

4. El Tránsito De Los Trabajadores Con Discapacidad A Empresas Ordinarias. Los Enclaves Laborales En Andalucía

Sheila López Vico
Contratada predoctoral FPU
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-2608-3436

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL. II. PRINCIPALES INDICADORES SOBRE LA SITUACIÓN ACTUAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO ESPAÑOL. III. ENCLAVES LABORALES: DEFINICIÓN Y REGULACIÓN JURÍDICO LEGAL ACTUAL. 1. *SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LOS ENCLAVES LABORALES EN ESPAÑA*. 2. *DEFINICIONES Y CONCEPTOS RELEVANTES EN TORNO A LOS ENCLAVES LABORALES*. 3. *RÉGIMEN JURÍDICO Y ASPECTOS RELEVANTES EN SU CONFIGURACIÓN JURÍDICA*. A) OBJETO DE LOS ENCLAVES LABORALES. B) ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN. A) *LA FIGURA DEL CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO*. B) *LA EMPRESA DEL MERCADO ORDINARIO O COLABORADORA*. C) *EL TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD*. C) ASPECTOS RELEVANTES EN EL DESARROLLO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL EN EL ENCLAVE LABORAL. D) FINALIZACIÓN DEL ENCLAVE LABORAL. E) MEDIDAS PARA INCENTIVAR EL TRÁNSITO DEL EMPLEO PROTEGIDO AL EMPLEO EN EL MERCADO DE TRABAJO ORDINARIO. 4. *ANÁLISIS CRÍTICO DE LA NORMATIVA REGULADORA DE LOS ENCLAVES LABORALES: PRINCIPALES DEFECTOS Y MODIFICACIONES PENDIENTES*. IV. LOS ENCLAVES LABORALES EN ANDALUCÍA. V. MEDIDAS PARA FOMENTAR EL TRANSITO DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD A LAS EMPRESAS DEL MERCADO ORDINARIO EN EL MARCO DE LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA SOBRE DISCAPACIDAD 2022-2030. VI. CONCLUSIONES CRÍTICAS. VII. BIBLIOGRAFÍA.

> *«Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad.»*
>
> Artículo 27 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Nueva York, 13 de diciembre de 2006

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La integración en el mercado laboral de los colectivos considerados tradicionalmente como «*vulnerables*» se ha alzado a lo largo de toda la historia política y jurídica de nuestro país como una cuestión pendiente. Así, a pesar de las múltiples medidas y acciones emprendidas para tratar de eliminar las desigualdades que condicionan el acceso y mantenimiento de dichas personas en nuestra sociedad, y en particular en el ámbito laboral donde dichas desigualdades se muestran especialmente acusadas, son diversos los estudios realizados en esta materia que reflejan el mantenimiento de dicho desequilibrio, acentuándose incluso dichas desigualdades en épocas de crisis como la que actualmente afrontamos como consecuencia de la incidencia que la pandemia del COVID-19 ha tenido en todo el mundo.

Entre dichos colectivos, destaca el de las personas con discapacidad, o -utilizando un lenguaje inclusivo - con «*diversidad funcional»,* no obstante siguiendo la nomenclatura utilizada en mayor medida por nuestro marco jurídico laboral español serán utilizados a lo largo de este estudio los términos «*discapacidad*» y «*persona con discapacidad*».

Este colectivo de trabajadores ha sido uno de los que mayores problemas han tenido a la hora de incorporarse y desarrollar su labor productiva en el mercado laboral ordinario. En este sentido, y dado que "*el tipo de empleo, el salario y, en general, las oportunidades laborales definen mejor que nada nuestro estilo de vida, y afectan directamente al modo cómo nos percibimos cada uno y cómo nos percibe y valora la comunidad donde vivimos*[1]*",* esto es, la forma en la que en definitiva el ser humano se realiza como persona y obtiene los medios necesarios para acceder a unas condiciones de vida dignas, no resulta extraño que dicha cuestión, pese a haber constituido una constante en el debate doctrinal y político en nuestro país a lo largo de los últimos años, siga siendo una cuestión de indudable actualidad y relevancia jurídica.

Es por ello que a lo largo de este capítulo se analizará una de las figuras existentes en nuestro marco jurídico destinadas a lograr fomentar la inclusión laboral de las personas con discapacidad, siendo esta la de los enclaves laborales, la cual fue creada en nuestro país con el fin concreto de actuar como plataforma o mecanismo que actuase de puente de los centros especiales de empleo -*"como elementos básicos integradores del minusválido en el mundo ordinario del trabajo, cuando por sus circunstancias de orden personal, consecuentes con su minusvalía, no puedan ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales*[2]"-, al mercado laboral ordinario.

Para ello, partiremos analizando cual es la situación que actualmente presenta dicho colectivo en el mercado laboral español, lo cual nos permitirá determinar la eficacia que, en términos generales ha tenido la creación de dicha figura, la cual, ya puede adelantarse, no ha tenido el éxito que en el momento de su creación se esperaba.

Posteriormente, entraremos a estudiar con mayor detalle y críticamente qué es y cuál es el régimen legalmente previsto de los enclaves laborales en nuestro país, que como veremos se ha mantenido inalterado desde el año 2004 pese a los cambios relevantes que desde dicho momento y como consecuencia del impacto de la «*cuarta revolución industrial*» o «*industria 4.0*.» se han sucedido en el mercado de trabajo español.

Posteriormente, entraremos a ver como se ha desarrollado y que papel ha tenido esta figura en nuestra Comunidad Autónoma en el marco de la reciente aprobación del III Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad en Andalucía[3] -en adelante y para abreviar III PAIPDA- así como la Estrategia española sobre discapacidad 2022-2030. Finalmente, se concluirá este estudio recogiendo una serie de conclusiones críticas.

II. PRINCIPALES INDICADORES SOBRE LA SITUACIÓN ACTUAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO ESPAÑOL

Tal y como se ha indicado, se iniciará este estudio realizando un breve análisis de la situación a la que actualmente se encuentran sometidos dichos trabajadores en nuestro mercado de trabajo.

Para ello, resulta imperativo partir analizando los últimos datos publicados en nuestro país en materia de trabajo y discapacidad. Los mismo muestran como existe una marcada desigualdad en materia de empleo entre las personas afectadas por algún tipo de discapacidad -especialmente de

[1] *Vid*. IMSERSO: *II Plan de Acción para personas con discapacidad 2003-2007*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, España, Secretaría General de Asuntos Sociales, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, 2003, p. 71, disponible en: https://sid-inico.usal.es/idocs/F8/FDO6636/iipapcd2003_2007.pdf

[2] *Vid*. Exposición de Motivos del Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido.

[3] Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/normativa_en_elaboracion/21/02/Borrador%20Plan.pdf

carácter intelectual[4] o psíquico[5]- y aquellas que no. Así, según datos del año 2020, mientras que en nuestro país existían 1.933.400 personas con discapacidad en edad de trabajar, esto es de entre 16 y 64 años, solo 663.900 eran activos[6]. Ello implica que si bien las personas con discapacidad suponen en nuestro país un 6,3 % de la población nacional, la contratación de los mismos representa, respecto al total, solo el 1,59 %[7].

Si comparamos los datos con aquellos de años anteriores, se detecta como si bien la tasa de participación de las personas con discapacidad ha experimentado un aumento respecto a lo largo de los últimos años, el mismo es prácticamente irrelevante, al haber aumentado en el año 2020 la tasa de actividad solo en 0,3 puntos respecto al año anterior, situándose en total en un 34,3%. Ello supone que dicha tasa es 41,8 puntos inferior a la de la población sin discapacidad[8].

Por otro lado, las dificultades existentes en la inserción en el mercado laboral de las personas con discapacidad se ponen también de manifiesto en el porcentaje que representa la contratación de los trabajadores integrantes de dicho colectivo sobre el total nacional. De este modo, mientras que la citada población en edad laboral supone un 6,3 % sobre la población nacional, la contratación representa, respecto al total, solo el 1,59 %.

Tampoco podemos obviar el momento en el cual se realizas este análisis, el cual se encuentra marcado de manera determinante por la incidencia que en esta materia ha tenido la pandemia del COVID-19. En este sentido, tal y como se indicó con anterioridad, el colectivo de personas con discapacidad ha sido uno de los colectivos sobre los que mayor impacto ha tenido la misma. Así lo muestran los datos sobre el número de parados en el año 2021, en el cual dicha cifra ascendía a 144.931, esto es, un 4,67 % del total de los parados estatales. Ello implica una variación anual respecto años anteriores en el número de parados de un 12,55%, lo que supone una cifra más elevada de los últimos años[9]. Así, hay informes que señalan como la misma amenaza con frenar el crecimiento que en los últimos años ha tenido la incorporación al mercado laboral de este colectivo de trabajadores, tal y como muestra el siguiente gráfico[10]:

[4] Como ha indicado Rey Pérez, J.L.: *El empleo de las personas con discapacidad: Oportunidades y desafíos*, Madrid, Dykinson, 2018, p. 401, "*la discapacidad intelectual junto con la enfermedad mental son los tipos de diversidades funcionales que más dificultades tienen para lograr un empleo en el mercado laboral ordinario, un mercado laboral que parte de un modelo de normalidad que no deja hueco ni recursos para aquellos trabajadores que no se adaptan a dicho parámetro."*

[5] *Vid*. Llano Sánchez, M.: "El enclave laboral: ¿cesión de personal discapacitado o subcontratación con centros especiales de empleo?", en VV.AA.: *Estrategia europea, estado autonómico y política de empleo XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo e inmigración, 2008.

[6] *Vid*. INE: "El Empleo de las Personas con Discapacidad (EPD)", 2021, p.1, disponible en: https://www.ine.es/prensa/epd_2020.pdf

[7] *Vid*. Observatorio de las Ocupaciones: *Informe del Mercado de Trabajo de las Personas con Discapacidad Estatal. Datos 2021*, Madrid, Servicio Público de Empleo Estatal, 2022, p. 15, disponible en: https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-mercado-trabajo/informe-mercadotrabajo-estatal-discapacitados.html

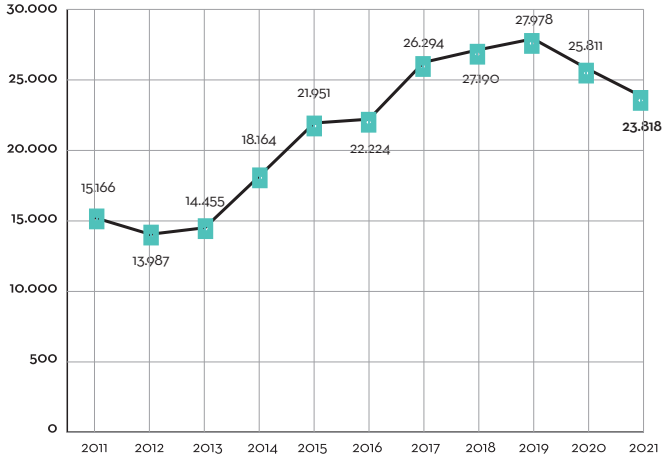
[8] INE: "El Empleo de las Personas con Discapacidad (EPD)", *cit*., p. 3.

[9] *Vid*. Observatorio de las Ocupaciones: *Informe del Mercado de Trabajo de las Personas con Discapacidad Estatal. Datos 2021*, *cit*., p. 16.

[10] *Vid*. ADECCO: *Informe Discapacidad y Relaciones Sociales*, Fundación Adecco, 2ª Edición, 2021, p.7, disponible en: https://fundacionadecco.org/informe-discapacidad-y-relaciones-sociales/

Evolución de la contratación de personas con discapacidad

En el primer trimestre del año. En España.



Fuente: Informe Discapacidad y Relaciones Sociales, Fundación Adecco, 2ª Edición

Los datos reflejados en dicho gráfico encuentran su justificación, entre otras razones, en la propia naturaleza del trabajo realizado por este colectivo de trabajadores, cuya labor se concentra fundamentalmente en aquellos sectores que, como consecuencia de las medidas de contención de la pandemia del COVID-19 quedaron totalmente paralizados, tal y como es el sector servicios, el cual engloba a casi un 81% de los trabajadores de este colectivo[11]. En concreto, según los últimos datos publicados en nuestro país, se estima que la pandemia ha sido la responsable en un 12,9% de los casos en los que las personas de este colectivo perdieron su empleo[12]. Por el contrario, mayor relevancia presenta en este punto la incidencia que en este colectivo presenta el desempleo de larga duración, habiéndose detectado que el índice de personas con discapacidad que llevan más de un año buscando empleo supera el 66,5%[13].

Centrándonos ahora en la situación laboral de las personas con discapacidad en Andalucía, vemos como los datos son preocupantes. En dicha Comunidad Autónoma, -según los últimos datos publicados en el año 2020-, el número de personas con discapacidad que se encontraban en edad de trabajar se situaba en 380.100, pese a lo cual, la tasa de actividad en dicho año se encuentra por debajo de la media nacional, concretamente en un 28,6%, casi dos puntos porcentuales menos que en el año 2019.

Por otro lado, la tasa de paro de dicho colectivo de trabajadores ascendía en el año 2020 a 29,3%, y de nuevo en este punto el sector que englobó a un mayor número de trabajadores fue el sector servicios[14] en el caso de los hombres y la agricultura en el caso de las mujeres[15]. Si comparamos

[11] *Vid*. Observatorio de las Ocupaciones: *Informe del Mercado de Trabajo de las Personas con Discapacidad Estatal. Datos 2021*, *cit*., p. 25.

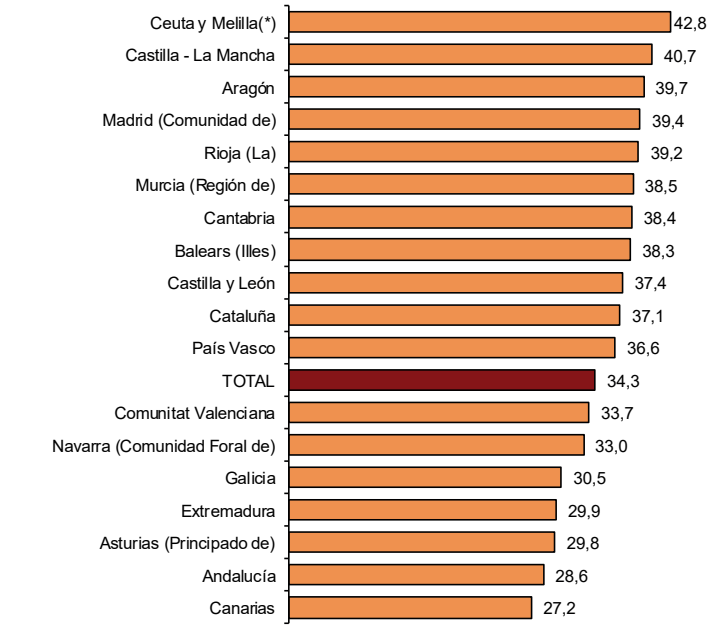
[12] *Cfr*. ODISMET: *Informe Odismet Efectos y consecuencias de la crisis del COVID-19 entre las personas con discapacidad*, 2020, p. 39, publicado en: https://www.odismet.es/informes-publicaciones

[13] *Ibidem*.

[14] *Vid*. Junta de Andalucía: "Empleo de las Personas con Discapacidad. Año 2020", disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/institutodeestadisticaycartografia/epd/notaprensa.htm

[15] *Vid*. III Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad en Andalucía, disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/servicios/normativa/normas-elaboracion/detalle/210953.html, p. 77.

la tasa de actividad de Andalucía con la del resto de Comunidades Autónomas, vemos como la misma se encuentra entre las peores situadas[16]:



(*) El número de observaciones muestrales es reducido, por lo que hay que interpretar con cautela la cifra.

Fuente: INE: El Empleo de las Personas con Discapacidad. Año 2020.

Dentro de la Comunidad Autónoma de Andalucía, las mayores tasas de paro en este colectivo se detectaron en Málaga (21,38%) y en Cádiz (20,27%), mientras que las que presentaron un menor paro fueron Huelva (7,26%), Sevilla (6,94%) y Jaén (7,11%)[17].

Los últimos datos disponibles que se encuentran desglosados a nivel comunitario sobre los centros especiales de empleo se refiere al año 2018, no haciéndose ni tan siquiera alusión al número de personas que han pasado a formar parte del mercado ordinario gracias a la figura de los enclaves laborales, la cual constituye una herramienta que, pese a su utilidad como paso intermedio para garantizar la eliminación de los estereotipos y estigmas culturales que rodean a la figura del profesional con discapacidad en el plano laboral, ha quedado en nuestro país. La consecuencia que de ello se deriva, y que veremos con mayor grado de detalle en puntos posteriores, es que dichas medidas que engloban el concepto de «*empleo protegido*» -ya sea en centros especiales de empleo o en dichos enclaves laborales- han dejado de ser utilizadas como una medida temporal destinada a fomentar la transición al mercado laboral ordinario, para convertirse en un destino definitivo de muchas personas con discapacidad. Cuestión nada deseable ya que, como hemos indicado, no solo supone un obstáculo para eliminar dichos estigmas sociales aún arraigados en nuestra sociedad -al encontrarse integrados dichos centros o enclaves en su mayoría por otras personas integrantes del mismo colectivo-, sino que además ello constituye una barrera que impide la definitiva inclusión de las personas con discapacidad

[16] *Vid*. INE: "El Empleo de las Personas con Discapacidad (EPD)", *cit*., p. 10.
[17] *Vid*. III Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad en Andalucía, *cit*, p. 75

en nuestro país[18], ya que como ha señalado la doctrina "*no se puede hablar de plena integración cuando hay segregación*[19]".

Aclarada dicha cuestión, y una vez delineado el marco en el cual se inserta este estudio, debemos de entrar a analizar con mayor detalle que son los enclaves laborales y cuál es la regulación legal actualmente vigente de los mismos.

III. ENCLAVES LABORALES: DEFINICIÓN Y REGULACIÓN JURÍDICO LEGAL ACTUAL

1. Surgimiento y evolución de los enclaves laborales en España

La protección jurídico social de los grupos tradicionalmente considerados como vulnerables, se ha alzado a lo largo de nuestra historia como una cuestión clave en nuestro marco jurídico normativo. Así se ha reflejado en la propia Constitución Española -en adelante y para abreviar CE- la cual, refiriéndose de manera expresa al colectivo de personas con discapacidad, estable un mandato a los poderes públicos para que los mismos llevan a cabo una política de *"previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos*[20]", así como de *"promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*[21]*."*Reconociendo además nuestro texto constitucional de manera expresa la prohibición de toda discriminación por cualquier condición o circunstancia personal[22].

En el mismo sentido, como no podía ser de otra forma, se recoge a nivel comunitario, y en particular en el Estatuto de Autonomía de Andalucía[23]-en adelante y para abreviar EAA- donde deben ser analizados diversos preceptos. Por un lado, el art. 169 del mismo recoge el mando a los poderes públicos de establecer políticas específicas para la inserción laboral de las personas con discapacidad, debiendo velar también los mismos por el cumplimiento de las reservas legalmente previstas. En el mismo sentido cabría destacar la prohibición de discriminación recogida en el art. 14 EAA, el cual, a diferencia de lo que hemos visto en la regulación constitucional, hace alusión de manera directa como uno de los factores de discriminación prohibidos a la discapacidad, reconociéndole a los mismos el "*derecho a acceder, en los términos que establezca la ley, a las ayudas, prestaciones y servicios de calidad con garantía pública necesarios para su desarrollo personal y social*[24]*."* Finalmente, cabe destacar como esta norma recoge entre sus principios rectores el fomento de "*la autonomía y la integración social y profesional de las personas con discapacidad, de acuerdo con los principios de no discriminación, accesibilidad universal e igualdad de oportunidades*[25]…"

Pese a la existencia de dichos preceptos en normas fundamentales tanto en el ámbito nacional como comunitario, los resultados prácticos -tal y como hemos visto en el punto anterior- muestran el largo camino que resta por recorrer, al menos en el ámbito puramente laboral, para poder hablar de

[18] *Cfr*. Garrido Pérez, E.: "Los Enclaves Laborales: ¿una nueva modalidad de subcontratación de obras y servicios para trabajadores discapacitados? Comentario al RD 290/2004, de 20 de febrero", en *Iuslabor*, núm. 3, 2005, p. 2.
[19] Rey Pérez, J.L.: *El empleo de las personas con discapacidad: Oportunidades y desafíos*, *cit*., p. 395.
[20] *Vid*. Art. 49 CE
[21] *Vid*. Art. 9 CE.
[22] *Cfr*. Art. 14 CE.
[23] Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.
[24] *Cfr*. Art. 24 EAA.
[25] *Cfr*. Art. 37.1. 5º EAA.

la existencia efectiva de igualdad entre las personas con discapacidad que prestan sus servicios en el mercado de trabajo ordinario y aquellas personas no sujetas a ningun tipo de discapacidad.

Para comprender los motivos de dicha desigualdad, debemos de partir de un breve análisis histórico del tratamiento social y jurídico otorgado a este colectivo de trabajadores. Así, cabe subrayar como los trabajadores con discapacidad a lo largo de nuestra historia han sido objeto de burlas, críticas y discriminaciones a la hora de incorporarse en el mercado laboral ordinario[26] como consecuencia de la existencia de estereotipos culturales y sociales que asocian una menor capacidad a los mismos a la hora de desempeñar una labor de carácter productiva. Dichos estereotipos afectan asimismo a la protección legal que a lo largo de la historia le ha sido otorgada a este colectivo, habiendo sido los mismos incluso culpabilizados de su situación.

De este modo, se ha producido a lo largo de los años una transición paulatina a través de diversos modelos[27], que si bien no entraremos a analizar en detalle si debemos al menos recoger brevemente. En primer término, se pasó del modelo de «*prescindencia»* -de carácter religioso y en el cual la discapacidad era vista como un castigo divino y una carga para la sociedad-, a un modelo «*médico rehabilitador*» -de carácter paternalista, donde la discapacidad deja de ser vista como un castigo y pasa a ser considerada como una enfermedad, por lo tanto, si bien supuso una mejora respecto a la situación anterior seguían siendo estos sujetos los que debían de esforzarse por integrarse en la sociedad y asimilarse a las personas «*normales*»- hasta llegar finalmente a un «*modelo social*», en el cual se "*configura la discapacidad como un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales están originadas o agravadas por el entorno social*[28]*",* abandonando así la visión negativa o paternalista que hasta el momento había venido siendo la tónica habitual en nuestro país para empezar a tratar la discapacidad "*como una cuestión de derechos humanos y por tanto las personas con discapacidad se constituyen en sujetos de derechos y no sólo en objeto de políticas asistencialistas*[29]*."*

En aras de conseguir la plena integración y autonomía en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad, uno de los aspectos nucleares que se han mantenido como una constante en las diversas normativas impulsadas en nuestro país es la inclusión de este colectivo en el mercado de trabajo. Así lo reflejó por primera vez en nuestro país la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos -en adelante y para abreviar LISMI-, al establecer en su artículo 37 como "*finalidad primordial de la política de empleo de trabajadores minusválidos su integración en el sistema ordinario de trabajo o, en su defecto, su incorporación al sistema productivo mediante la fórmula especial de trabajo protegido*." Especificando posteriormente en su artículo 41 que se podrá acudir dicha fórmula de empleo protegido en aquellos casos en los que "*por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías no puedan, provisional o definitivamente, ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales, deberán ser empleados en centros Especiales de Empleo, cuando su capacidad de trabajo sea igual o superior a un porcentaje de la capacidad habitual que se fijará por la correspondiente norma reguladora de la relación laboral de carácter especial de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en Centros Especiales de Empleo*."

---

[26] *Cfr*. Monereo Pérez, J.L. y López Vico, S.: "Trabajadores con discapacidad: principio de igualdad de trato y alcance del concepto de ajustes razonables: Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de febrero de 2022, as. C- 485/20: HR Rail", en *La Ley Unión Europea*, núm. 102, 2022.

[27] *Vid*. Turturro Pérez de los Cobos, S.: "El modelo social de discapacidad: un cambio de paradigma y la reforma del artículo 49 CE", en *Revista Lex Social*, núm. 1, 2022, pp. 41 y ss.

[28] *Vid*. López Insua, B.M.: "La inclusión de las personas con discapacidad desde un enfoque de derechos, principios de justifica y obligaciones generales", en VV.AA.: *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. un enfoque integral y exhaustivo,* Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F. y Maldonado Molina, J.A (Dirs.), Murcia, Laborum, 2021, p. 142.

[29] *Cfr*. Ordóñez Casado, M.I.: "Los enclaves laborales", en VV.AA*.: La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. un enfoque integral y exhaustivo*, Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F. y Maldonado Molina, J.A (Dirs.), Murcia, Laborum, 2021, p. 548.

Por lo tanto, y como posteriormente veremos concretaron otras normas en nuestro país, sobre la base de dicho precepto pueden extraerse dos posibles ámbitos de inserción laboral de las personas con discapacidad, siendo estos por un lado el mercado de trabajo ordinario y por otro lado el empleo de carácter especial o protegido, no debiendo de olvidar tampoco las posibilidades existentes en el mercado de trabajo de carácter autónomo -aunque el mismo es en el que se aprecia un menor volumen de inserción de las personas de este colectivo-.

El denominado como trabajo protegido en centros especiales de empleo, tal y como ha podido verse en el citado precepto, se recoge en nuestro país por medio de una relación laboral de carácter especial sobre la base de los dispuesto, en aquel momento, en el art. 2.1 g) de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, en virtud de la cual tendrá dicha consideración además de las expresamente enumeradas en dicho precepto *"cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley*", y que posteriormente por medio del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y también en la regulación actualmente vigente en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores -en adelante y para abreviar ET-, se recoge de manera expresa entre la lista de relaciones laborales especiales la de "*los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo*[30]*."*

Posteriormente, y con el fin de cumplir el mandato legislativo de dotar a dichas relaciones laborales de una normativa propia[31] se aprobó en el año 1985 el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo -en adelante RD 1368/1985-.

No obstante pese al avance que supuso la aprobación de una norma específica destinada a regular dicha relación laboral de carácter especial, tendremos que esperar aún casi dos décadas para poder encontrar las primeras referencias realizadas en nuestro país a la figura de los enclaves laborales. En concreto, el primer documento en el cual puede encontrarse una alusión a dicha figura es en el II Plan de Acción para personas con discapacidad 2003-2007[32] -en adelante y para abreviar PAPD-, el cual tras reconocer el papel central que ocupa la efectiva integración laboral de las personas con discapacidad en la lucha contra la desigualdad y los estereotipos aún existentes, recoge entre las diversas medidas propuestas la "*regulación de los «enclaves» como fórmula de tránsito del empleo protegido al empleo en el mercado ordinario de trabajo*[33]."

A partir de dicho momento, y en concreto en el año 2004, dando cumplimiento a la citada medida fue aprobado el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad -en adelante RD 290/2004 -. No obstante, cabe destacar como, si bien la regulación legal de los enclaves laborales se retrasó hasta dicho momento, los mismos ya venían siendo aplicados en la práctica antes de la promulgación legal de la ley. En este sentido, ha recogido la doctrina como para ello se utilizaban la figura de los contratos de ejecución de obra y de prestación de servicios[34].

[30] *Cfr*. Art. 2.1. g) ET.

[31] *Cfr*. Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, disposición adicional primera.

[32] IMSERSO: *II Plan de Acción para personas con discapacidad 2003-2007*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, España, Secretaría General de Asuntos Sociales, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, 2003, disponible en: https://sid-inico.usal.es/idocs/F8/FDO6636/iipapcd2003_2007.pdf

[33] *Vid*. PAPD: Estrategia 23: más y mejores empleos. Línea de actuación 235.- Avances e innovaciones en el sistema de apoyos al empleo. Medida 235.1.

[34] Sánchez-Cervera Senra, J.M.: "los enclaves laborales", en *Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, núm. 214, 2005, p. 33.

En todo caso, desde dicho momento, dentro del trabajo protegido nos encontramos con dos figuras destinadas a garantizar por un lado la colocación en el mercado laboral de las personas que por su propia situación presenten especiales dificultades para acceder a un empleo en el mercado ordinario, y por otro lado, a actuar como vía de acceso o enlace del empleo protegido al trabajo en el mercado ordinario. Así lo recoge de manera expresa el artículo art. 37.2 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 -en adelante y para abreviar RDL 1/2013- al disponer que *"las personas con discapacidad pueden ejercer su derecho al trabajo a través de los siguientes tipos de empleo:*

a) *Empleo ordinario, en las empresas y en las administraciones públicas, incluido los servicios de empleo con apoyo.*

b) *Empleo protegido, en centros especiales de empleo y en enclaves laborales.*

c) *Empleo Autónomo."*

Una vez realizado dicho breve recorrido por el origen y evolución normativo de la figura de los enclaves laborales en nuestro país, analizaremos con mayor detalle en el siguiente apartado en qué consisten los mismos y como se regulan su régimen jurídico en nuestro país, tras lo cual entraremos a ver la eficacia que los mismos han tenido en nuestra Comunidad Autónoma.

2. Definiciones y conceptos relevantes en torno a los enclaves laborales

En primer lugar, debemos de partir analizando que se entiende por enclave laboral. Para ello, debemos de acudir a lo dispuesto en el art. 1.2 del artículo 1.2 del RD 290/2004, el cual define los enclaves laborales como "*el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquélla y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora."*

Junto a esta definición, y para comprender el fin con el cual nace esta figura, debemos de recordar también lo dispuesto en el art. 46 de la LISMI que estipula *"para facilitar la transición al empleo ordinario de las personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades para el acceso al mismo, se pueden constituir enclaves laborales*."

Por otro lado, junto a esta figura, y en aras de comprender de manera adecuada en qué consisten los enclaves laborales, resulta imperativo entrar a analizar brevemente en qué consisten dichos centros especiales de empleo, ya que, tal y como veremos posteriormente, los mismos forman parte del ámbito subjetivo de aplicación de los enclaves en nuestro país. Así, sobre la base de lo dispuesto en el art. 43 de la LISMI, debe de entenderse los centros especiales de empleo como "*aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario*[35]*."*

[35] En el mismo sentido lo define el Servicio Público de Empleo Estatal -en adelante SEPE- al definirlos como "*empresas cuyo objetivo principal es el de proporcionar a los trabajadores con discapacidad la realización de un trabajo productivo y remunerado, adecuado a sus características personales y que facilite la integración laboral de éstos en el mercado ordinario de trabajo."* Disponible en: https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/encontrar-trabajo/empleo-para-personas-con-discapacidad/centros-especiales-empleo.html

3. Régimen jurídico y aspectos relevantes en su configuración jurídica

En lo que al régimen jurídico de esta figura se refiere, y sobre la base del conjunto de definiciones señaladas en el apartado anterior, son varios los aspectos relevantes que deben de ser destacados.

A) Objeto de los enclaves laborales

En primer término, debemos de partir analizando cual es el fin con el cual se introduce esta figura en nuestro marco normativo, ya que ello nos permitirá posteriormente determinan en qué medida se ha conseguido el mismo.

Los objetivos perseguidos por medio del enclave laboral se recogen de manera expresa en el artículo 2 del RD 290/2004, siendo el principal de ellos, tal y como adelantamos con anterioridad, el de facilitar el tránsito de los trabajadores con discapacidad de la modalidad de empleo protegido en los centros especiales de empleo al empleo en el mercado ordinario, especialmente en el caso de aquellos trabajadores que por sus características individuales presentan especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo. La concreción de cuando se considera que concurren dichas circunstancias se recoge posteriormente en el art. 6.2 de esta misma norma, incluyéndose, entre otros, el caso de las personas con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual, con un grado igual o superior al 33%. También el de las personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de minusvalía igual o superior al 65%. Y finalmente el de las mujeres con discapacidad que no estando incluidas en ninguno de los casos ya coitados, tengan un grado de minusvalía igual o superior al 33%.

Junto a dicho objetivo específico, recoge la norma objeto de análisis otra serie de fines específicos relevantes, como es el de permitir a dichos trabajadores completar su experiencia profesional en el mercado ordinario, disipar los posibles estereotipos sobre la menor capacidad de este colectivo de trabajadores en el del mercado laboral ordinario al poder comprobarse de primera mano las capacidades y aptitudes reales de los mismos, etc.

B) Ámbito subjetivo de aplicación

Por otro lado, en lo que al ámbito subjetivo se refiere, son tres los sujetos que intervienen en esta relación contractual: el trabajador con discapacidad cuyo transito al mercado laboral ordinario se trata de facilitar, la empresa colaboradora o del mercado ordinario y el centro especial de empleo.

a) La figura del Centro Especial de Empleo

En primer lugar, nos encontramos con la figura del centro especial de empleo, en el cual se insertan las personas con discapacidad que durante un periodo de tiempo concreto pasarán a desarrollar su labor productiva en una empresa del mercado ordinario de trabajo. Por lo tanto, la cesión temporal de dicho trabajador, al igual que ocurre en la figura de las subcontratas recogidas en el ET no supone una alteración del vínculo laboral, al seguir permaneciendo el trabajador vinculado plenamente durante toda la vigencia del enclave al centro especial de empleo. Como consecuencia de ello, será el centro especial de empleo el que mantendrá el poder de dirección y organización del trabajo en el enclave, para lo cual, contará en el mismo con encargados responsables del equipo de producción[36]. También mantendrá el mismo la facultad disciplinaria. Todo ello, tal y como se verá posteriormente, se introduce también en aras de desligar esta figura de la cesión ilegal de trabajadores, al ser el centro especial de empleo el encargado de ejercer dichos poderes.

Cabe en este punto subrayar como no cualquier ente puede llevar a cabo un enclave laboral, sino que únicamente estarán legalmente autorizados aquellos centros especiales de empleo, calificados

[36] *Cfr*. Art. 7 RD 290/2004.

e inscritos como tales conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 2273/1985 durante un periodo mínimo de 6 meses y que, además, hayan desarrollado su actividad de forma continuada en los seis meses anteriores a la celebración del contrato mediante el cual se formaliza el enclave laboral. Por otro lado, también resulta imperativo que dicho centro cuente con una actividad propia, no bastando con que la misma tenga como actividad exclusiva aquella derivada de uno o varios enclaves laborales[37].

Estos requisitos, han hecho que la doctrina se haya pronunciado negativamente sobre el efecto que dicha rigidez normativa tiene en la consecución del objetivo perseguido por medio de esta figura, desincentivando tanto a los centros especiales de empleo como a los propios empresarios del mercado ordinario de trabajo a llevarla a cabo[38].

b) La empresa del mercado ordinario o colaboradora

En segundo lugar, la denominada como empresa colaboradora, en la cual, la persona con discapacidad contratada por el centro especial de empleo desarrollara una determinada labor productiva.

En este caso, sobre la base de lo dispuesto en el art. 4 RD 290/2004, para poder adquirir la consideración de empresa colaboradora bastará con que se formalice el ya citado contrato entre la misma y el centro especial de empleo en los términos recogidos en el art. 5 RD 290/2004, pudiendo por lo tanto adquirir dicha consideración cualquier empresa del mercado ordinario de trabajo.

La misma, o subsidiariamente el centro especial de empleo, deberá de remitir al servicio público de empleo u órgano competente del lugar en el que se encuentre el centro de trabajo donde se va a ubicar el enclave, el contrato por el cual se establece el enclave así como sus prórrogas en el plazo de un mes desde su firma.

Cabe destacar como la misma, tal y como se ha indicado, no poseerá las facultades empresariales de dirección y el poder disciplinario, recayendo ambas en el centro especial de empleo. Ello sin perjuicio de que la misma pueda "*dar instrucciones técnicas y ejercitar facultades de supervisión…, para comprobar la correcta ejecución de la obra o servicio contratado y la necesaria coordinación del proceso de producción*[39]."

c) El trabajador con discapacidad

Finalmente la persona con discapacidad, la cual se busca que, por medio de dicha figura del enclave laboral, pase del empleo protegido y desarrollado en el centro especial del empleo al mercado ordinario. En definitiva, nos encontramos ante una subcontratación con características especiales, resultando en consecuencia aplicable lo dispuesto en el art. 42 del ET referente a la subcontratación de obras y servicios y los artículos 16.5, 142 y 168 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social -en adelante LGSS-[40].

Además, los mismos también disfrutarán de las garantías establecidas en el Real Decreto 1368/1985.

---

[37] *Cfr*. Art. 3 RD 290/2004.

[38] *Vid*. Ordóñez Casado, M.I.: "Los enclaves laborales", en VV.AA.: *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. un enfoque integral y exhaustivo, cit*., p. 568.

[39] *Vid*. Llano Sánchez, M.: "El enclave laboral: ¿cesión de personal discapacitado o subcontratación con centros especiales de empleo?", en VV.AA.: *Estrategia europea, estado autonómico y política de empleo XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo e inmigración, 2008, p. 632.

[40] Así lo reconoce el propio art. 1.4 RD 290/2004. *Cfr*. Ordóñez Casado, M.I.: "Los enclaves laborales", en VV.AA.: *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. un enfoque integral y exhaustivo, cit*., p. 561.

C) Aspectos relevantes en el desarrollo de la relación contractual en el enclave laboral

En primer término, cabe subrayar alguno de los requisitos legalmente establecidos para el establecimiento del contrato entre la empresa colaboradora y el centro especial de empleo, que tal y como hemos señalado, se encuentra recogido en el art. 5 RD 290/2004.

En primer lugar, parte dicho precepto estableciendo la obligación de que el mismo figure por escrito y de que presente un contenido mínimo presente en cualquier contrato, identificación de las partes, duración, etc. Tras lo cual, establece una serie de particularidades que merecen especial mención.

En primer lugar, en lo que a la duración respecta, se estable una duración mínima de dicho contrato de 3 meses y una duración máxima de 3 años, concretándose además que, en caso de no haber establecido el mismo por su duración máxima, este podrá ser prorrogado en periodos no inferiores a 3 meses hasta alcanzar la misma.

Una vez agotado dicho periodo máximo de 3 años, establece dicha norma que, el enclave podrá ser prorrogado solo en el caso de que el centro especial de empleo acredite que la empresa colaboradora u otra empresa del mercado ordinario de trabajo ha contratado con carácter indefinido a los trabajadores con discapacidad con especiales dificultades anteriormente señalados en la proporción legalmente determinada[41].

En todo caso, se establece que no podrá volver a prorrogarse el enclave así como tampoco establecer uno nuevo para llevar a cabo la misma actividad cuando se hubiera superado una duración total de 6 años, incluyendo las prórrogas.

Además de en lo que a la duración del contrato se refiere, se establecen también una serie de particularidades en materia de composición del enclave. La composición vendrá determinada por el volumen de la plantilla de la empresa colaboradora, de este modo, sí la misma está integrada por 50 o más trabajadores, el enclave deberá de estar formado por un mínimo de cinco trabajadores. Por el contrario, si la empresa colaboradora presenta una plantilla inferior a 50 trabajadores, el enclave deberá de estar formado por un mínimo de 3 trabajadores. No debe olvidarse en este punto que la constitución del enclave se recoge en el Real Decreto 364/2005[42]como una excepción al cumplimiento de la obligación de reserva de empleo en favor de las personas con discapacidad[43].

Asimismo, no solo deberá de cumplirse con dicho límite de carácter cuantitativo, sino también con aquel de carácter cualitativo, y es que sobre la base del art. 6 de dicha norma el 60% de los trabajadores del enclave, como mínimo, deberá presentar especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo en los términos descritos anteriormente. Mientras que el porcentaje restante deberán ser trabajadores con discapacidad con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 %. Además, también se exige que dichos trabajadores tuviesen una determinada antigüedad en el centro especial de empleo, en concreto, el 75% de los mismos deberán presentar una antigüedad mínima de tres meses, cuestión que, tal y como ha señalado la doctrina, encuentra su

[41] Art. 5.2 RD 290/2004: "*a) Cuando se trate de enclaves que ocupen hasta 20 trabajadores, un trabajador, como mínimo. b) Cuando se trate de enclaves que ocupen a un número superior de trabajadores, dos trabajadores, como mínimo.*"

[42] Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad -en adelante RD 364/2005-.

[43] Art. 2.1 d) adelante RD 364/2005: "*1. Las medidas alternativas que las empresas podrán aplicar para cumplir la obligación de reserva de empleo en favor de las personas con discapacidad son las siguiente…, d) La constitución de un enclave laboral, previa suscripción del correspondiente contrato con un centro especial de empleo, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.*"

explicación en que por medio de esta figura los trabajadores adquieren la cualificación necesaria para posteriormente transitar al mercado ordinario[44].

Además de dichas limitaciones legales, deberán también ambas empresas de cumplir con determinadas obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. Ambos entes deberán de cooperar en la aplicación de la normativa en materia de prevención en los términos previstos en los arts. 24 y 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, así como de sus normas de desarrollo para garantizar la adecuada protección de la salud y seguridad de dichos trabajadores. En consecuencia, se establece expresamente la prohibición de establecer un enclave laboral para desarrollar las actividades recogidas en el anexo I del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención.

D) Finalización del enclave laboral

Una vez llegado a su fin el contrato celebrado entre la empresa colaboradora y el centro especial de empleo, y por tanto el enclave laboral, son varias las situaciones con las que podemos encontrarnos.

En primer lugar, tal y como hemos señalado, la empresa colaboradora podrá decidir contratar a uno o varios de los trabajadores que han formado parte del enclave, siendo este además el fin principal con el cual se constituye el mismo y por el cual se establece la nulidad de aquellas cláusulas que prohíban que la empresa colaboradora contrate a los mismos[45].

Por el contrario, puede ocurrir que la empresa no decida contratar a ninguno de dichos trabajadores, en cuyo caso, los mismos seguirán manteniendo su relación laboral con el centro especial de empleo, salvo aquellos que específicamente hubieran sido contratados por el mismo bajo la modalidad de obra o servicio determinado[46]. En dicho caso, deja de regir la excepción al cumplimiento del cupo de reserva a personas con discapacidad anteriormente citado.

E) Medidas para incentivar el tránsito del empleo protegido al empleo en el mercado de trabajo ordinario

Finalmente, no podemos cerrar el análisis del régimen jurídico de los enclaves laborales sin hacer alusión expresamente al capítulo III del RD 290/2004, el cual establece una serie de medidas destinadas a incentivar el tránsito del empleo protegido en los centros especiales de empleo y enclaves laborales al trabajo en el mercado ordinario.

En primer término, recoge el art. 11 de dicha norma una serie de medidas destinadas a facilitar la colocación de dicho trabajador en la empresa colaboradora, como son facilitar que la misma, en cualquier momento, pueda contratar a los trabajadores que forman parte del enclave laboral. En dicho caso, el contrato a celebrar será preferentemente de carácter indefinido, ahora bien, ello no impedirá poder acudir a otro tipo de contrato. Lo que se prohíbe expresamente es que la empresa colaboradora acuda a la figura del contrato en periodo de prueba, salvo que se haya contratado a un trabajador del enclave para que desempeñe funciones completamente distintas de las que realizaba en el mismo.

Por otro lado, cabe señalar como en el caso de que la empresa colaboradora celebre dicho contrato con el trabajador del enclave, este no extinguirá de manera definitiva su relación laboral

[44] *Vid*. Garrido Pérez, E.: "Los Enclaves Laborales: ¿una nueva modalidad de subcontratación de obras y servicios para trabajadores discapacitados? Comentario al RD 290/2004, de 20 de febrero", en *Iuslabor*, núm. 3, 2005, p. 6.

[45] *Cfr*. Art. 5.4 RD 290/2004.

[46] Cuestión que, tras la reforma laboral llevada a cabo en el año 2021 por medio del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, ha quedado desplazada el eliminar la misma dicha forma de contratación y restringir significativamente el acceso a la contratación temporal a los casos justificados por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora.

con el centro especial de empleo, sino que por el contrario pasará a una situación de excedencia voluntaria en el mismo en las condiciones que establezca el convenio colectivo aplicable o, en defecto del mismo, en el artículo 46.2 y 5 ET. Con ello, lo que se busca es garantizar la permanencia en el mercado laboral de dichos trabajadores, que, recordemos, son en su mayoría aquellos que presentan por sus propias características mayores dificultades para mantenerse en el mismo.

Por supuesto, junto a dichas facilidades a la hora de la contratación, se establecen también en los artículos 12 y siguientes del RD 290/2004 una serie de ayudas y bonificaciones de las que se podrá beneficiar la empresa colaboradora por contratar a los trabajadores del enclave, estableciendo para ello una serie de requisitos formales.

4. Análisis crítico de la normativa reguladora de los enclaves laborales: principales defectos y modificaciones pendientes

Si bien esta norma supuso en su momento un avance significativo, al recoger además por primera vez una diferenciación en función del tipo de discapacidad[47] y configurarse mediante la misma la figura de los enclaves laborales como un mecanismo novedoso para lograr la efectiva integración laboral de las personas con discapacidad, la regulación legal de la misma no tardó en ser objeto de crítica ante los defectos y lagunas presentes en la misma.

En primer término, tal y como se ha señalado, en los enclaves laborales nos encontramos básicamente ante una contrata laboral -remitiendo de hecho el propio RD 290/2004 de manera expresa al art. 42 ET- que ante las características de los sujetos implicados en la misma -centros especiales de empleo, empresas del mercado ordinario y personas con discapacidad- requiere el establecimiento de ciertas particularidades que permita garantizar la adecuada protección de estos y unas condiciones de trabajo dignas[48]. No obstante la parquedad presente en dicha norma, y la ausencia de modificaciones legales de la misma desde el año 2004 -pese a los cambios radicales que desde aquel momento han tenido diversas tendencias y factores en nuestro mercado de trabajo- ha hecho que sean varios los interrogantes presentes en torno a su aplicación, aumentando la inseguridad del empresario a la hora de acudir a la misma prefiriendo este optar por otras medidas que acaban desplazando el objetivo principal perseguido por todas las medidas de discriminación positiva que venimos señalando, que no es otro que fomentar la inclusión laboral de la persona con discapacidad en el mercado ordinario como vía para eliminar las desigualdades existentes en el mercado de trabajo.

Entre dichos problemas, puede destacarse como la regulación legal de los enclaves laborales contenida en el RD 290/2004 no recoge medidas suficientes, más allá del mantenimiento del poder de control y vigilancia en manos del centro especial de empleo[49], que permitan garantizar que el recurso a esta figura no derive en una cesión ilegal de trabajadores. Un caso especialmente problemático en este sentido es aquel en el cual concurre más de una empresa colaboradora, supuesto que puede ocurrir cuando "*la empresa ordinaria que contrata con el centro especial de empleo actúe como contratista de otra empresa ordinaria, lo que coloca al centro especial de empleo en la condición de subcontratista, esto es, en el tercer y último eslabón*[50]".

[47] *Cfr*. Art. 6 RD 290/2004. En este sentido lo recoge la Sección juvenil de la asociación española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: "Informe el derecho del trabajo y de la seguridad social en España 2021", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 61, 2022.

[48] *Vid*. Monereo Pérez, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2020.

[49] *Vid*. Navas-parejo alonso, M.: "Los enclaves laborales como medida de transición al empleo ordinario", en VV.AA.: *Estrategia europea, estado autonómico y política de empleo XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo e inmigración, 2008, p. 655.

[50] *Cfr*. Llano Sánchez, M.: "El enclave laboral: ¿cesión de personal discapacitado o subcontratación con centros especiales de empleo?", en VV.AA.: *Estrategia europea, estado autonómico y política de empleo XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, *cit*., p. 626.

Por otro lado, ha sido criticado por la doctrina la insuficiencia de medidas específicas en materia de prevención de riesgos laborales que permitan garantizar la adecuada protección de la salud y seguridad de dichos trabajadores durante la vigencia del enclave laboral. En este sentido, no basta en este punto con realizar una mera remisión a lo contenido en la LPRL o sus normas de desarrollo, sino que por el contrario, al ser los sujetos a los que va dirigida dicha figura personas consideradas especialmente sensibles resulta vital establecer medidas específicas, como son medios de coordinación necesarios entre el centro especial de empleo y la empresa colaboradora, que permitan garantizar una suficiente protección de dichos trabajadores[51].

Asimismo, no puede encontrarse en dicho real decreto referencia alguna al régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento de la normativa contenido en la misma[52], cuestión que ha sido duramente criticada por la doctrina ya que, de nuevo, dadas las particular sensibilidad de los trabajadores que intervienen en esta forma de empleo protegido y la especial dificultad existente en este punto para calificar al enclave laboral como una subcontrata o una cesión ilegal de trabajadores, hubiera sido necesario establecer medidas sancionadoras específicas que pudiese disuadir a los empresarios de acudir a esta figura para desplazar el cumplimiento del cupo de reserva legalmente establecida[53] y aprovechar al mismo tiempo la misma para realizar una cesión ilegal de trabajadores.

Tampoco podemos obviar como al limitar el art. 6.4 RD 209/2004 el volumen de trabajadores que deben de tener una antigüedad mínima de tres meses a un 75% y no extender dicha garantía a la totalidad de trabajadores del enclave, lo que precisamente da lugar al mismo es un uso abusivo e incorrecto por parte de los centros especiales de empleo de la figura de los contratos temporales[54], cuestión que posteriormente se ve reforzada por medio del art. 8.5 de la misma norma al establecer que los trabajadores del enclave sujetos a un contrato de dicha naturaleza no mantendrán la relación laboral con el centro especial de empleo, a diferencia de lo que ocurre con el porcentaje restante.

Finalmente, entre el resto de defectos presentes en dicha norma[55], cabe destacar como no se exige ninguna condición para que la empresa colaboradora del mercado ordinario realice dicho contrato para establecer el enclave laboral, cuestión que ha sido criticada por la doctrina al considerar que hubiera sido necesario en este punto establecer ciertos *"requerimientos de corrección o de adecuación de la actividad y del entorno laboral de la empresa a la discapacidad de los trabajadores en enclave, y ello con carácter previo a la contratación con el CEE*[56]*."*

IV. LOS ENCLAVES LABORALES EN ANDALUCÍA

Lograr la inclusión de las personas con discapacidad en el mercado laboral ordinario se ha alzado a lo largo de toda la historia como un fin primordial de las distintas normas aprobadas tanto a nivel nacional como autonómico. En la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, puede verse de manera clara dicho fin, recogiendo la misma en su art. 22 el fomento de dicha transición " *mediante la adopción de medidas que fomenten su contratación, en el marco de las reguladas por la normativa estatal y autonómica aplicables en la materia, primando de manera especial la primera inserción en el mercado ordinario de trabajo",* acudiéndose en

[51] *Cfr*. Navas-parejo alonso, M.: "Los enclaves laborales como medida de transición al empleo ordinario", en VV.AA.: *Estrategia europea, estado autonómico y política de empleo XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo e inmigración, *cit*., p. 662.

[52] *Cfr*. Sánchez-Cervera Senra, J.M.: "los enclaves laborales", *cit*., pp. 39-40.

[53] Cfr. Garrido Pérez, E.: "Los Enclaves Laborales: ¿una nueva modalidad de subcontratación de obras y servicios para trabajadores discapacitados? Comentario al RD 290/2004, de 20 de febrero", *cit*., p. 17.

[54] Así lo ha recogido Garrido Pérez, E.: "Los Enclaves Laborales: ¿una nueva modalidad de subcontratación de obras y servicios para trabajadores discapacitados? Comentario al RD 290/2004, de 20 de febrero", *cit*., p.7.

[55] Un estudio completo puede encontrarse en: Ordóñez Casado, M.I.: "Los enclaves laborales", en VV.AA.: *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. un enfoque integral y exhaustivo, cit*., pp. 567 y ss.

[56] *Cfr*. Garrido Pérez, E.: "Los Enclaves Laborales: ¿una nueva modalidad de subcontratación de obras y servicios para trabajadores discapacitados? Comentario al RD 290/2004, de 20 de febrero", *cit*., p.4.

consecuencia únicamente en los casos en los que dicha inserción en el mercado ordinario de forma directa no fuese posible a las medidas de empleo protegido.

Ya en esta norma, se preveían medidas intermediarias que fomentasen el tránsito de los centros especiales de empleo a las empresas del mercado ordinario, denominándose en dicho momento como «*empleo con apoyo»* los cuales constituían *"programas basados en el empleo con apoyo a través de convenios de colaboración entre las administraciones públicas y entidades privadas*."

Siguiendo el marco evolutivo del enfoque jurídico normativo de la protección de la discapacidad en nuestro país, en Andalucía fue aprobada la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía -en adelante y para abreviar LDAPDA-. La misma, recoge expresamente en su exposición de motivos el fin de proporcionar a las personas con discapacidad en nuestra comunidad autónoma los medios y mecanismos necesarios para lograr "*avanzar hacia la vida independiente y hacia una sociedad plenamente inclusiva*", resaltando como mecanismo indispensable para lograr el mismo "*dar prioridad a las políticas de empleo dirigidas a la igualdad de oportunidades para todas las personas según sus capacidades, no solo en el ámbito del empleo público, sino en todos los perfiles de ocupación."*

Es en esta ley en la cual podemos encontrar la primera referencia expresa en el marco normativo andaluz a la figura de los enclaves laborales, lo cual muestra el retraso existente en este punto respecto a la normativa nacional, en la cual ya desde el año 2004 se recogió legalmente dicha figura. Concretamente, el título V de dicha norma sobre la formación y el empleo en Andalucía, se recoge por medio del art. 27 la obligación de aprobar periódicamente en dicho ámbito territorial un plan de empleo de las personas con discapacidad, el cual, entre otros puntos, deberá de recoger los *"objetivos sobre el empleo ordinario público y privado, empleo con apoyo, empleo protegido en centros especiales de empleo y enclaves laborales"* a perseguir en el periodo de tiempo durante el cual el mismo resulte de aplicación.

En este sentido, si bien es cierto que en el año 2018 fue aprobado en Andalucía el acuerdo de 9 de octubre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del Plan de Empleo de Personas con Discapacidad en la Comunidad Autónoma de Andalucía -en adelante y para abreviar PEPDA- 2019-2023[57], prácticamente finalizado el año 2022 no se ha aprobado el mismo ni se tiene noticia alguna sobre su situación actual en nuestra comunidad autónoma, más allá de que se lleva trabajando en el mismo desde el año 2020[58]. El mismo, entre sus objetivos, recoge ya en dicho acuerdo el de "*promover políticas activas de empleo que potencien la presencia de las personas con discapacidad en el mercado laboral ordinario."* No obstante, como decimos, al no haberse aprobado en el periodo que media desde el año 2018 -y probablemente, entre otras razones, al impacto que ha tenido también en nuestra Comunidad Autónoma la pandemia-, no se conocen las medidas específicas que para ello se adoptarán y el juego que en las mismas tendrá la figura de los enclaves laborales. En todo caso, y sobre la base del contenido del Plan de empleabilidad para las personas con discapacidad en Andalucía 2007-2013[59], se espera que el mencionado plan de empleo

[57] *Vid*. BOJA de 15 de octubre de 2018

[58] *Cfr*. La Vanguardia: "La Junta anuncia que trabaja en tres planes para fomentar la empleabilidad de las personas con discapacidad", [Consultada el 30/08/2022], disponible en: https://www.lavanguardia.com/local/sevilla/20200129/473208605481/la-junta-anuncia-que-trabaja-en-tres-planes-para-fomentar-la-empleabilidad-de-las-personas-con-discapacidad.html. Cabe destacar como dichos planes que se mencionan son: *"el Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad en Andalucía, el Plan de Empleo para las Personas con Discapacidad y el Plan de Acción Integral para Mujeres con Discapacidad"*, de los cuales únicamente ha visto la luz el primero de ellos en marzo de este año. *Cfr*. Noticias Junta de Andalucía: "El III Plan de Acción Integral para Personas con Discapacidad tendrá 564 millones de presupuesto", [Consultada el 30/08/2022], disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/presidencia/portavoz/social/170408/ConsejodeGobierno/PoliticasSociales/Discapacidad/PlandeAccionIntegralparaPersonasconDiscapacidad

[59] Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/organismos/transparencia/planificacion-evaluacion-estadistica/planes/detalle/11694.html

profundice y fomente la utilización de los enclaves laborales en nuestra comunidad autónoma, ya que en el mismo recogió entre sus objetivos el de "potenciar la figura de los Centros Especiales de Empleo como fórmulas laborales de aprendizaje y tránsito al empleo ordinario para las personas con discapacidad", estableciendo como medio para ello potenciar *"la realización de enclaves laborales, así como la contratación de las personas trabajadoras destinadas a los mismos."* También se espera que, cumpliendo lo dispuesto en dicho plan se aporte información más detallada en esta materia ya que, como indicadores a analizar para garantizar el cumplimiento de dichos fines se recogen los siguientes: el "*número de enclaves laborales realizados, número de trabajadores/as con discapacidad insertados/as en la empresa colaboradora (por género y tipo de discapacidad), etc."*

En todo caso, y ante la ausencia de dicho Plan de empleo, nos centraremos en lo restante en analizar la información que en esta materia ha sido plasmada en el III Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad en Andalucía -en adelante y para abreviar PAIPDA-, el cual, al no versar en exclusiva sobre el empleo de las personas con discapacidad deja muchas cuestiones relevantes en el tintero para ser posteriormente desarrollado por un plan específico en dicha materia. Otra cuestión criticable en torno a dicho plan son los datos en torno al cual se ha articulado el mismo, y es que pese a datar el mismo del año 2021, los datos sobre los que se realiza el análisis de la situación de las personas con discapacidad en el mercado laboral andaluz son del año 2018, habiendo existido en el periodo intermedio una pandemia que, como sabemos ha incidido de manera determinante en la incorporación y mantenimiento de los trabajadores en general en el mercado de trabajo, y en particular, de aquellos colectivos considerados tradicionalmente como vulnerables, entre los que se encuentra el de las personas con discapacidad. Ello muestra el desinterés que tanto desde el punto de vista del legislador como del gobierno existe en torno a esta cuestión.

Realizada dicha matización, son varios los aspectos interesantes recogidos en el mismo que debemos de analizar con mayor detalle. En primer término, tras un análisis general de la situación laboral de este colectivo, entra el plan a desglosar las distintas medidas de apoyo emprendidas en nuestra comunidad para lograr la inclusión laboral de las personas con discapacidad, tal y como muestra la siguiente tabla:

	Total con discapacidad	%
Incentivos a la contratación para personas con discapacidad en empresas ordinarias	708	2,38%
Incentivos a la creación de puestos de trabajo en CEE	2.570	8,28%
Puestos de trabajo mantenidos en los CEE	27.747	89,43%
Adaptación al Puesto de Trabajo en CEE	0	0,00%
Empleo con apoyo en CEE	0	0,00%
Unidades de apoyo a la actividad profesional en CEE	0	0,00%
Total	31.025	100,00%

Tabla 43. Distribución de las personas con discapacidad beneficiarias de las medidas de apoyo a la creación de empleo.
Año 2018. Fuente: Servicio Andaluz de Empleo.

Fuente: III PAIPDA

Tal y como puede verse, el mismo versa tanto de los incentivos que se establecieron en el año 2018 para fomentar la incorporación de las personas con discapacidad en empresas ordinarias -sin especificar en este punto si ello se ha logrado por medio de los enclaves laborales y los incentivos en su normativa recogidos o por otras medidas alternativas-así como en centros especiales de empleo.

Cabe destacar, y así lo recoge el plan como la mayor parte de la contratación de las personas con discapacidad -en torno a un 75,2% de la misma- se realiza a través de los Centros Especiales de Empleo, los cuales, en Andalucía, se dedican fundamentalmente a limpieza general de edificios, servicios Integrales a e instalaciones y actividades de jardinería[60].

Pese a ello, en ninguno de estos puntos se alude de manera directa o indirecta al papel que en dicha cuestión presentan los enclaves laborales. No existe información alguna ni en el plan ni en ningún otro documento oficial facilitado por el Gobierno Andaluz que permita juzgar cual ha sido el papel que desde su creación han tenido los enclaves laborales en nuestra comunidad, ni si los mismos han facilitado o en los casos en los que han sido utilizados, la transición de dichos trabajadores al mercado de trabajo ordinario.

Por el contrario, toda la atención ha recaído en los centros especiales de empleo que, tal y como hemos visto, son los que proporcionan empleo a las mayorías de las personas con discapacidad en nuestra comunidad autónoma.

Por lo tanto, tal y como hemos visto reflejado en la tabla anterior salvo un porcentaje mínimo de trabajadores cuya colocación en el mercado ordinario de trabajo se ha facilitado gracias a los incentivos legalmente previstos, todos los demás se han logrado por medio del empleo protegido, y en particular en centros especiales de empleo.

Todo ello ha dado lugar a una difuminación del fin con el cual nace el empleo protegido en nuestro país, y con ello los centros especiales de empleo y los enclaves laborales, que no es otro que fomentar la transición de las personas con discapacidad, especialmente de aquellas que por sus propias características personales presentan mayores dificultades, del trabajo protegido al trabajo en el mercado ordinario, logrando con ello una plena inclusión y la desaparición de las desigualdades y perjuicios que como consecuencia de los aún arraigados estereotipos en torno a la discapacidad sufren las personas de este colectivo, especialmente en materia de empleo donde los mismos siguen siendo vistos como personas menos válidas o incapaces pese a todos los esfuerzos que a lo largo de las últimas décadas, y en particular desde la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas en el año 2006. Esta importante cuestión ha sido recogida en el III PAIPDA en los siguientes términos: *"se debe revisar el papel de los centros creadores de empleo y del empleo protegido, ya que se ha perdido el papel original que tenían como centros de transición y se convierten en empleos a largo plazo*[61]*."*

Por lo demás, no podemos encontrar ninguna alusión expresa en ninguno de los puntos restantes de dicho plan a los enclaves laborales ni a cual es el papel que los mismos ocuparan para luchar contra el problema señalado. Tampoco podemos encontrar entre los objetivos recogidos en el PAIPDA ninguno dirigido expresamente a fomentar que tanto los centros de empleo protegido como los enclaves laborales recuperen el fin con el cual nacieron, ni siquiera en el objetivo sobre *inclusión social y laboral*".

[60] *Vid*. III PAIPDA, *cit*., pp. 79-80.
[61] *Cfr*. III PAIPDA, *cit*., p.80.

V. MEDIDAS PARA FOMENTAR EL TRANSITO DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD A LAS EMPRESAS DEL MERCADO ORDINARIO EN EL MARCO DE LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA SOBRE DISCAPACIDAD 2022-2030

Por último, no podemos cerrar este análisis sin hacer alusión al tratamiento que, la recientemente aprobada Estrategia Española sobre Discapacidad para los años 2022-2030[62]-en adelante y para abreviar EED-, realiza sobre los mecanismos destinados a fomentar el tránsito de los trabajadores del denominado como empleo protegido en los centros especiales de empleo y enclaves laborales a las empresas del mercado de trabajo ordinario.

Esta estrategia, dentro del marco de los fondos europeos NextGenerationEU y del Plan de Recuperación y la Resiliencia[63], recoge entre sus fines la reparación y ampliación de los derechos de este colectivo de personas en ámbitos clave para garantizar su existencia digna y plena inclusión, entre los que se encuentra, como no podía ser de otra forma, el empleo. Dentro de este último, desarrolla el plan una serie de retos estratégicos entre los que figura "*reforzar el acceso al empleo de las personas con discapacidad a través de las distintas modalidades de la economía social potenciando la inversión, la formación permanente, los incentivos a la contratación y el apoyo, renovación y modernización de los centros especiales de empleo de iniciativa social.*[64]*"* La consecución de dicho reto, se articula en dicho plan por medio del eje 1 de inclusión social y participación, y en particular por medio de su objetivo segundo dirigido específicamente a *"aumentar la tasa de actividad de las personas con discapacidad avanzando en asegurar su derecho a un empleo digno en entornos laborales abiertos, inclusivos y accesibles, y posibilitando su promoción y desarrollo laboral en igualdad de condiciones."*

Así, las líneas de actuación concretas a seguir para la consecución de este objetivo en el ámbito laboral, y en concreto centrándonos en aquellas relacionadas con la cuestión objeto de análisis son, por un lado, el "*análisis y reformulación de las modalidades actuales de apoyo y fomento de la inclusión laboral de las personas con discapacidad que priorice el empleo en entornos laborales abiertos, inclusivos y accesibles desde un enfoque de ecosistema de apoyos a las personas y a las empresas, abordando las correspondientes reformas legislativas y promoviendo fórmulas efectivas para la inclusión en el empleo ordinario como el empleo con apoyo y el empleo personalizado."* Y por otro lado, la "*revisión del marco normativo para actualizar las fórmulas de acceso al empleo de las personas con discapacidad a través de la economía social (cooperativas de trabajadores/as con discapacidad, entidades de iniciativa social que promueven empleo protegido, etc.) potenciando la inversión, la formación permanente, los incentivos a la contratación y el apoyo, renovación y sostenibilidad de los centros especiales de empleo de iniciativa social."* Para lo cual se incluye una recomendación a las Comunidades Autónomas en las que se anima a las mismas a revisar y actualizar la normativa las fórmulas de acceso al empleo de las personas con discapacidad en dicho ámbito de actuación en el sentido propuesto en dicho eje.

Si bien ello muestra un adecuado cambio en el modelo de tratamiento político y jurídico de la discapacidad conforme al modelo anteriormente descrito, no se recoge en el mismo ninguna medida específica que permita lograr ciertamente dichos importantes fines.

Tal y como hemos podido apreciar a lo largo de este estudio, si bien son numerosos y relevantes los planes e informes en los que se recoge la necesidad de impulsar la transición e incorporación de

[62] Estrategia Española sobre Discapacidad para los años 2022-2030: para el acceso, goce y disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad, disponible en: https://www.consaludmental.org/publicaciones/Estrategia-Discapacidad-2022-2030.pdf

[63] Y en particular del componente 23 sobre nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo. Cfr. Gobierno de España: Plan de transformación, recuperación y resiliencia, 2021, disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf

[64] *Cfr*. EED 2022-2030, *cit*., p. 39.

las personas con discapacidad en el mercado ordinario, así como también de retomar el fin con el cual nacieron los centros especiales de empleo que era fomentar dicha transición y no la actual en -la cual se han convertido de empleadores de larga duración de las personas integrantes de dicho colectivo[65]-, en ninguno de ellos se recoge, es más, ni tan si quiera se alude, al papel que en ello ocupan los enclaves laborales, pese a que los mismos, en nuestra opinión, constituyen una buena vía de contacto entre las empresas del sector ordinario y los trabajadores con discapacidad -y en especial de aquellos que por sus propias características presentan mayores problemas para su inserción laboral-, permitiendo así destruir los estereotipos y estigmas que dificultan la efectiva inclusión de los mismos.

VI. CONCLUSIONES CRÍTICAS

Como ha podido apreciarse, pese a los importantes avances que en materia de inclusión laboral de las personas con discapacidad se han logrado en nuestro país en las últimas décadas, son aún cuantitativos y cualitativos los indicadores que muestran el largo camino que resta por recorrer para lograr una efectiva igualdad en materia de empleo.

Es realmente preocupante el importante número de personas integrante de dicho colectivo que se encuentra en una situación de desempleo o, aún peor, de desempleo de larga duración, cifras que aún tornan más oscuras si nos circunscribimos al ámbito comunitario, y en particular a nuestra Comunidad Autónoma, la cual, tal y como hemos visto se encuentra a la cola en esta materia.

La incorporación de los trabajadores con discapacidad al mercado laboral ordinario se alza como una cuestión imperativa para lograr la efectiva integración no solo laboral, sino también social de los mismos, y es que, tal y como recogen múltiples estudios, informes y normas, el empleo constituye la "*mejor forma de garantizar la autonomía económica y la inclusión social*[66]."

La incorporación de dichos trabajadores en las empresas del mercado ordinario no solo constituye una vía adecuada para el propio desarrollo profesional de los mismos, sino que además contribuye a la eliminación de los estereotipos y estigmas aún existentes en torno a las personas con discapacidad en nuestro país, los cuales siguen siendo vistos como personas menos válidas e incapaces de desarrollar la labor productiva en igualdad de condiciones. Por medio de la inclusión de los mismos en dicho entorno de trabajo ordinario, en el cual se relacionen con el resto de los trabajadores en el desempeño de sus funciones, es como se puede atajar de manera más certera dichas falsas creencias.

Para ello, en nuestra opinión, la figura de los enclaves laborales constituye una institución muy acertada en la consecución de dicho fin, al facilitar dicho primer contacto y fomentar posteriormente la formalización de dicha relación laboral -ya sea por medio de un contrato indefinido o de otra modalidad contractual- al recoger una serie de incentivos y bonificaciones de carácter económico.

Si bien es cierto que dicha figura en su configuración legal presenta ciertos fallos que deben de ser corregidos para facilitar el recurso a la misma por parte de los empresarios, consideramos que existe un desconocimiento tanto social como político en torno a la misma. En nuestra opinión, la concienciación sobre la necesidad de fomentar dicha transición al mercado ordinario y sobre la existencia de dicho mecanismo como una posible vía para ello se alza como una de las principales medidas a adoptar. Ello encuentra su justificación en los diversos planes que a lo largo de este estudio se han analizado, tanto en el plano nacional como comunitario, los cuales, tal y como ha podido apreciarse, ni tan siquiera recogen de manera expresa dicha figura.

Asimismo, y con una visión de futuro más amplia, otra de las vías fundamentales para lograr dicha inclusión en el mercado laboral ordinario pasa por la formación. Como se ha reflejado en este

[65] *Vid*. Rey Pérez, J.L.: *El empleo de las personas con discapacidad: Oportunidades y desafíos*, *cit*., p. 395.

[66] *Cfr*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030, 2021, p. 12, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:52021DC0101

estudio, la mayor parte de las personas integrantes de este colectivo, y especialmente en nuestra comunidad autónoma, se enmarcan en actividades laborales que requieren una baja cualificación. Al igual que ocurre en el caso de las mujeres, estos trabajadores se circunscriben fundamentalmente a actividades del sector servicios -en el caso de los hombres- o de la agricultura -en el caso de las mujeres-, lo cual precisamente ha hecho que los mismos sufran un mayor impacto del COVID-19. En la misma línea, la mayoría de dichos trabajadores presentan una formación de educación secundaria o inferior, siendo residual el número de personas con discapacidad que posee una formación universitaria. En dicho marco, debemos de recordar que actualmente nos encontramos inmersos en un proceso de transformación del mercado de trabajo como consecuencia de la incidencia de los fenómenos propias de la cuarta revolución industrial, en la que las actividades ligadas al uso y aplicación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación son el futuro, y los profesionales en dicha materia son los que presentan precisamente mejores expectativas en el mercado de trabajo. Por ello, tal y como ha recogido la Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030 a nivel europeo, resulta vital avanzar en esta materia fomentando una mejor y mayor formación de las personas con discapacidad, evitando que los mismos deban abandonar los centros de estudio comunes para acudir a centros especiales, ya que posteriormente "*la transición al mercado laboral abierto es más difícil que desde los centros educativos generales.*[67]"

Centrándonos en la Comunidad Autónoma de Andalucía son significativos los retos pendientes en esta materia, siendo vital revertir las cifras que nos sitúan a la cola en la tasa de actividad de este colectivo de trabajadores. Para conseguir dicho fin, en nuestra opinión, el plan de empleo cuya aprobación ha quedado pendiente constituye una vía adecuada para impulsar el uso de los enclaves laborales en Andalucía -cuestión además ya propuesta por medio del anterior plan de empleabilidad-. En todo caso, es una realidad el bajo impacto que desde su creación ha tenido la figura del enclave laboral en Andalucía, ello pese a constituir un mecanismo en sintonía con el cambio de modelo propuesto por medio de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y el resto de normas aplicables en esta materia.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Garrido Pérez, E.: "Los Enclaves Laborales: ¿una nueva modalidad de subcontratación de obras y servicios para trabajadores discapacitados? Comentario al RD 290/2004, de 20 de febrero", en *Iuslabor*, núm. 3, 2005.

Llano Sánchez, M.: "El enclave laboral: ¿cesión de personal discapacitado o subcontratación con centros especiales de empleo?", en VV.AA.: *Estrategia europea, estado autonómico y política de empleo XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo e inmigración, 2008, pp. 621-639.

López Insua, B.M.: "La inclusión de las personas con discapacidad desde un enfoque de derechos, principios de justifica y obligaciones generales", en VV.AA.: *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. un enfoque integral y exhaustivo,* Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F. y Maldonado Molina, J.A (Dirs.), Murcia, Laborum, 2021, pp. 135-188.

Monereo Pérez, J.L. y López Vico, S.: "Trabajadores con discapacidad: principio de igualdad de trato y alcance del concepto de ajustes razonables: Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de febrero de 2022, as. C- 485/20: HR Rail", en *La Ley Unión Europea*, núm. 102, 2022.

[67] *Cfr*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030, *cit*., p. 11.

Monereo Pérez, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2020.

Navas-parejo alonso, M.: "Los enclaves laborales como medida de transición al empleo ordinario", en VV.AA.: *Estrategia europea, estado autonómico y política de empleo XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo e inmigración, 2008, pp. 641-662.

Ordóñez Casado, M.I.: "Los enclaves laborales", en VV.AA.*: La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. un enfoque integral y exhaustivo*, Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F. y Maldonado Molina, J.A (Dirs.), Murcia, Laborum, 2021, pp. 547-570.

Rey Pérez, J.L.: *El empleo de las personas con discapacidad: Oportunidades y desafíos*, Madrid, Dykinson, 2018.

Sánchez-Cervera Senra, J.M.: "los enclaves laborales", en *Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, núm. 214, 2005.

Sección juvenil de la asociación española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: "Informe el derecho del trabajo y de la seguridad social en España 2021", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 61, 2022.

Turturro Pérez de los Cobos, S.: "El modelo social de discapacidad: un cambio de paradigma y la reforma del artículo 49 CE", en *Revista Lex Social*, núm. 1, 2022.

Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

5. Fomento del autoempleo y el emprendimiento de las personas con discapacidad: Su concreción en Andalucía

Francisco Vila Tierno
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0001-5718-4160

Miguel Ángel Gómez Salado
Profesor Ayudante Doctor (acreditado como Profesor Contratado Doctor)
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0002-6003-7206

Raquel Castro Medina
Investigadora predoctoral
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0003-0604-6045

SUMARIO: I. CUESTIONES PREVIAS: TRABAJO DECENTE Y DESIGUALDAD. DOS REALIDADES EN EL MARCO DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE. II. SITUACIÓN SOCIOLABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 1. *A PROPÓSITO DE LA DISCRIMINACIÓN SALARIAL Y EN EL ACCESO AL EMPLEO.* 2. *OTROS FACTORES QUE AFECTAN A LA PARTICIPACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU REFLEJO EN EL MERCADO DE TRABAJO ANDALUZ.* 3. *MODALIDAD DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS Y LOS PRINCIPALES SECTORES DE OCUPACIÓN A NIVEL AUTONÓMICO.* III. A PROPÓSITO DEL AUTOEMPLEO Y EL EMPRENDIMIENTO POR PARTE DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO MEDIO DE INTEGRACIÓN LABORAL. 1. *UNA PRIMERA APROXIMACIÓN TERMINOLÓGICA.* 2. *REPERCUSIÓN DEL EMPRENDIMIENTO Y EL AUTOEMPLEO COMO MEDIDAS DE INTEGRACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.* IV. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LAS MEDIDAS Y ESTÍMULOS AL AUTOEMPLEO Y EMPRENDIMIENTO DESTINADAS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA. 1. *EL REFLEJO NORMATIVO DE LA LUCHA POR LA PLENA INCLUSIÓN LABORAL.* 2. *ALGUNAS MEDIDAS CONCRETAS PARA EL FOMENTO DEL AUTOEMPLEO Y EL EMPRENDIMIENTO EN ANDALUCÍA.* V. UNAS BREVÍSIMAS CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. CUESTIONES PREVIAS: TRABAJO DECENTE Y DESIGUALDAD. DOS REALIDADES EN EL MARCO DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE

Ciertamente, en un ámbito de globalización y con una repercusión del COVID 19 que se ha extendido de manera universal, las situaciones, circunstancias y problemática que afectan a determinados colectivos más vulnerables, no pueden analizarse de manera separada o aislada respecto a lo que acontece a nivel mundial. O, dicho de otro modo, los localismos no son, ni deben ser determinantes en esta materia, puesto que aquella vulnerabilidad, así como las medidas que deben adoptarse, no pueden plantearse de manera absolutamente diferenciada.

No debe, no obstante, interpretarse que ello deba suponer una indiferenciación absoluta, puesto que las particularidades de cada región, en lo económico, social, cultural, etc. puede implicar un distinto alcance, así como un enfoque diverso para lograr una finalidad común: la superación de las barreras que impidan acceder en igualdad de condiciones a una persona con discapacidad a un trabajo digno, sea mediante autoempleo[1], o por cuenta ajena.

[1] Sobre el trabajo autónomo y las personas con discapacidad, *vid.* Gómez Salado, M.Á., "El fomento del empleo por cuenta propia", en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F. y

En esta línea, y partiendo de un planteamiento más general -aun en el ámbito ajeno a las normas jurídicas vinculantes-, son los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), de Naciones Unidas[2] -Resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU, el 25 de septiembre de 2015 bajo el título "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible". Resolución que incluye los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de Naciones Unidas[3]-, los que marcan el punto de partida en este marco[4].

Así, de una parte, en el "Objetivo 10: Reducir la desigualdad en y entre los países", que parece, en principio, destinada a reconducir las diferencias entre Estados, se reformula, en su contenido, como un objetivo dirigido a eliminar situaciones de desigualdad entre colectivos. En este sentido, "las personas con discapacidad tienen hasta cinco veces más probabilidades de enfrentarse a gastos de salud calificados de catastróficos"[5]. A estos efectos, se marcan como metas, entre otras:

— "De aquí a 2030, potenciar y promover la inclusión social, económica y política de todas las personas, independientemente de su edad, sexo, discapacidad, raza, etnia, origen, religión o situación económica u otra condición

— Garantizar la igualdad de oportunidades y reducir la desigualdad de resultados, incluso eliminando las leyes, políticas y prácticas discriminatorias y promoviendo legislaciones, políticas y medidas adecuadas a ese respecto

— Adoptar políticas, especialmente fiscales, salariales y de protección social, y lograr progresivamente una mayor igualdad"[6]

En el mismo orden, el "Objetivo 8: Promover el crecimiento económico inclusivo y sostenible, el empleo y el trabajo decente para todos"[7], prevé, entre otras metas:

— "De aquí a 2030, lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, así como la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor

— Proteger los derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro y sin riesgos para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes y las personas con empleos precarios"[8].

Junto a ellos, el Objetivo número 1 persigue "Poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo", con las dificultades añadidas derivadas de la situación de pandemia[9]. Pero, no obstante, ello no supone el abandono de las metas que se formulan dentro de este Objetivo, en particular:

— Poner en práctica a nivel nacional sistemas y medidas apropiadas de protección social para todos y, para 2030, lograr una amplia cobertura de los pobres y los más vulnerables.

Maldonado Molina, J.A., Dirs.; López Insua, B.M. y Ruiz Santamaría, J.L., Coords.), *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un efoque integral y exhaustivo*, Laborum, Murcia, 2020, págs. 477-502.

[2] https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/.

[3] Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. En la misma se fijan 17 Objetivos básicos: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S.

[4] *Vid. v.gr.* Vila Tierno, F., "La protección de los mayores frente a la carencia de rentas en un contexto de reformas por la sostenibilidad, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 61, 2022.

[5] https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/inequality/.

[6] Ibídem.

[7] https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/economic-growth/.

[8] Ibídem.

[9] https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/sg_report_socio-economic_impact_of_covid19.pdf.

— Para 2030, garantizar que todos los hombres y mujeres, en particular los pobres y los más vulnerables, tengan los mismos derechos a los recursos económicos…

En este mismo planteamiento se sitúa la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)[10], que viene a garantizar, en el marco de los derechos humanos universales, una protección frente a las situaciones de pobreza y exclusión social a través de actuaciones concretas a tal fin[11]. Y ello implica una especial atención a los colectivos vulnerables, entre ellos, las personas con discapacidad[12].

Entre aquellas medidas o actuaciones, hemos de volver de nuevo la mirada al Trabajo decente[13], ya que, solo es trabajo decente, aquel que se realice con derechos[14]. Y es que por trabajo decente se entiende una prestación de servicios que responde a unos estándares mínimos de suficiencia. Unos estándares mínimos que se refieren a los derechos fundamentales, no ya como trabajador, sino como ciudadano, que ostenta cualquier persona física[15]. Hay, en ese sentido, que garantizar, no solo el

[10] Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General (217 A) del 10 de diciembre de 1948.

[11] "Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad" (art. 22).
Lo que se completa en su art. 23 con el derecho al trabajo y a unas condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo". Con una remuneración que debe ser satisfactoria, permitiéndole junto a su familia "una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social" (párr. 1 y 3)
"Toda persona tiene derecho 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 en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad" (art. 25.1).

[12] En similares términos por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Y Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (10 de diciembre de 2008).
"Artículo 7. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:
a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:
i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;
ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto…
Artículo 9. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social".

[13] *V.gr.* Vila Tierno, F., "Trabajo decente y extinción del contrato de trabajo", 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*, Laborum, Murcia, 2018, págs. 255-270.

[14] Expresamente, entre las metas perseguidas se incluyen:
- Promover políticas orientadas al desarrollo que apoyen … la creación de puestos de trabajo decentes…
- De aquí a 2030, lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres.
- Proteger los derechos laborales…

[15] El tratamiento doctrinal sobre el trabajo decente se ha incrementado en los últimos años, especialmente, por la proliferación de formas atípicas de prestación de servicios, así pueden citarse: Molina Navarrete, C., "¿Libertad de empresa versus derecho al trabajo decente? En busca de un estatuto jurídico-laboral para el "empresario-empleador indirecto", la "mano invisible" que mece el mercado" (Presentación), *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 409, 2017, págs. 91-102; Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M., "La garantía internacional del derecho a un "trabajo decente", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 177, 2015, págs. 27-72; Ghai, D., "Trabajo decente: concepto e indicadores", *Revista internacional del trabajo*, Año 2003, vol. 122, núm. 2, págs. 125-160; Lozano Lares, F., "La Eficacia Jurídica del concepto de Trabajo Decente", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, núm. 4, 2016, págs. 1-36; Gil Gil, J.L., "Trabajo decente y reformas laborales", *Revista Derecho social y empresa*, núm. 7, 2017, págs. 21-78; Doherty, M., "Trabajo Decente y Creación de Empleo: una Visión Angloirlandesa", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, núm. 4, 2016, págs. 82-108.

trabajo decente en sí, sino la posibilidad de acceder al mismo, sea cual sea la persona que quiera obtenerlo, así como la situación de discapacidad que pueda afectarle.

No se trata, en cualquier caso, de un mero concepto abstracto, indeterminado, sino dotado de contenido. Un contenido que, aunque haya sido formulado en sentido genérico en el ámbito internacional, precisa de una concreción en el derecho interno. Ello supone el deber, para los poderes públicos, de articular medidas legales de carácter protector que permitan distinguir un trabajo decente, del que no lo es porque se encuentre absolutamente desprovisto de mecanismos protectores o de suficiencia. Y de ahí que, de la propia concepción y regulación legal se desprenda su configuración como digno. En conclusión, de las manifestaciones del trabajo decente, en plano nacional e internacional, un referente es su conexión con los derechos vinculados a la prestación laboral que revisten a éste de un mayor valor en tanto garanticen una vida plena.

Es, en el ámbito de la OIT en el que se ha desarrollado de un modo más avanzado el concepto de trabajo decente y sus mecanismos de protección[16]. Línea en la que ha consolidado con el desarrollo que esta materia ha experimentado en su seno en los últimos 20 años, mediante el Programa de Trabajo Decente de la OIT, apoyado sobre sus cuatro pilares esenciales: la inclusión social, la erradicación de la pobreza o la realización personal y que se caracteriza por responder a una serie de perfiles concretos: los derechos en el trabajo, las oportunidades de empleo, la protección social y el diálogo social[17].

En este contexto, el trabajo decente[18] se sitúa como un elemento de referencia en el seno de un proceso de cambio social y de desarrollo sostenible, en nuestro caso, en el ámbito de la Europa Social[19]. Más aún a partir de la crisis económica surgida de la pandemia, puesto que se hace absolutamente imprescindible garantizar un desarrollo económico sostenible e inclusivo sobre la base de empleos de calidad provistos de derechos[20].

No resulta, de este modo, un escenario distinto el que puede identificarse en el contexto andaluz, en el que las metas o finalidades deben seguir las directrices que, con carácter general, se establecen en el marco de los ODS y que, de manera específica, incluyen la referencia a las personas con discapacidad, así como la necesidad de superar los inconvenientes que les impidan acceder, en igualdad de condiciones, al ejercicio de un actividad profesional en términos de dignidad.

---

[16] *Vid.* en cualquier caso, Gil y Gil, J.L. "La aplicación por el juez nacional de los instrumentos de la OIT", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 59, 2021, Iustel, págs. 27 y ss.

[17] Cada uno de ellos cumple, además, una función en el logro de metas más amplias como la inclusión social, la erradicación de la pobreza, el fortalecimiento de la democracia, el desarrollo integral y la realización personal. *Vid.* en sentido amplio: http://www.oit.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm.

[18] Se centra en el "trabajo que dignifica y permite el desarrollo de las propias capacidades no es cualquier trabajo; no es decente el trabajo que se realiza sin respeto a los principios y derechos laborales fundamentales… ni el que se lleva a cabo sin protección social…" - Levaggi, V.- o dicho de otro modo, "sintetiza las aspiraciones de las personas durante su vida laboral. Significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social…" http://www.oit.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm.

[19] Sobre la profunda transformación del Derecho Social y sus propuestas de evolución futura, vid. Monereo Pérez, J.L., *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017.

[20] Pero esta apuesta por el trabajo decente ha rebasado ya los límites de la propia OIT, hasta llegar, como se ha advertido, a considerarse como un objetivo universal que se ha integrado en el conjunto de instrumentos que contribuyen a la regulación y desarrollo de los derechos humanos. Todo ello en el contexto de los ODS. La propia OIT se ha hecho eco del impacto de sus políticas en esta materia, de manera que refleja que se ha integrado en las más importantes declaraciones de derechos humanos, las Resoluciones de la ONU y los documentos finales de las principales conferencias, incluyendo el Artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Cumbre Mundial sobre desarrollo social (1995), el Documento de la Cumbre mundial (2005), el segmento de alto nivel de ECOSOC (2006), la Segunda década de las Naciones Unidas para la erradicación de la pobreza (2008-2017), la Conferencia sobre el desarrollo sostenible (2011) y en la Agenda 2030 para desarrollo sostenible de las Naciones Unidas (2015).

II. SITUACIÓN SOCIOLABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Indudablemente, en el actual contexto socioeconómico, y al hilo de lo anteriormente expuesto, optar a un puesto de trabajo digno a través del cual los individuos puedan obtener una remuneración adecuada y cuya permanencia en el tiempo posibilite cierta estabilidad es uno de los objetivos más anhelados para la gran mayoría de la población española en edad de trabajar. Y, es que, desarrollar una actividad laboral satisfactoria suele alimentar el sentimiento de utilidad y de pertenencia además de mejorar nuestra autoestima entorno a un reconocimiento social que retroalimenta todo lo anterior. De esta forma, el empleo, desde una dimensión ética, se convierte en un instrumento de vital importancia tanto a nivel personal como a nivel comunitario. No obstante, dicha reflexión esconde también una realidad mundialmente reconocida contra la que las políticas de empleo, las iniciativas legisladoras y los actores sociales se esfuerzan por combatir. Esta es; las opciones para eludir las dificultades en el acceso y continuidad en el mercado laboral parten de situaciones del todo desigualdades especialmente para las personas con discapacidad.

1. A propósito de la discriminación salarial y en el acceso al empleo

Una rápida revisión de la literatura disponible sobre la materia nos muestra fielmente la crudeza sobre la cual versan las distintas construcciones sociológicas, psicológicas y antropológicas dirigidas tradicionalmente a asociar discapacidad con dependencia sin mirar más allá. Desde esta posición histórica fuertemente arraigada, especialmente en las sociedades industrializadas, es todo un reto abrir paso a una nueva óptica más esperanzadora cuyo eje central quede al servicio de la integración social plena de las personas con discapacidad a través del empleo. Por lo tanto, es menester partir de una autoreflexión previa que nos permita romper con el imaginario generalizador, prejuicioso y asociativo que equipara discapacidad con imposibilidad de participar en el mercado de trabajo.

En general, aquellas personas que no han vivido de cerca ninguna experiencia con la discapacidad suelen percibirla como una tragedia, una pérdida o una deficiencia. Por ello, al partir de estas apreciaciones, acostumbramos generar sentimientos de miedo, lástima o admiración según interpretemos, desde nuestra propia construcción especulativa, las interacciones que, en particular, la persona con discapacidad que tengamos de referencia realice con el entorno que nos rodea. De forma similar, aun si nos alejamos del caso concreto, la influencia legitimadora de las representaciones sociales fuerza una proyección de las personas y de las situaciones dentro de un imaginario colectivo, más o menos inflexible, que comúnmente nos es útil como primer mecanismo facilitador en nuestras relaciones. Lamentablemente, el resultado de todo este proceso de categorización social acostumbra ser una trágica desvalorización estigmatizante, muy especialmente en lo que concierne a la identidad de las persona con discapacidad que, desde este enfoque, trae consigo una connotación negativa en el constructo del anteriormente nombrado imaginario colectivo[21].

Por ende, los prejuicios enraizados en la idea de discapacidad en sí misma se sustentan por medio de tales creencias instaurando solidas barreras mentales fruto, principalmente, del desconocimiento. Ello incide negativamente en las vidas de las personas con discapacidad, dadas las claras implicaciones sociales, educativas, políticas y legales, entre otras, que de las mismas se derivan. A este respecto, numerosos estudios sobre la participación de este colectivo en el mercado laboral coinciden en afirmar que tener alguna discapacidad afecta desfavorablemente tanto a la tasa de paro como a la de actividad. Los últimos datos proporcionado por el Instituto Nacional de Estadística evidencian que la tasa de paro para este colectivo en el 2020 fue del 22,2 %, 6,8 puntos superior a la de la población sin discapacidad[22]. En Andalucía, también cae la contratación de personas con discapacidad. Ese mismo año se registraron 18.161 contratos menos que en 2019, es decir, nuestra

[21] Vargas Dengo, M.C., "Miradas epistemológicas desde distintas perspectivas teóricas sobre discapacidad" *Revista electrónica EDUCARE*, vol.16, núm.3, 2012, págs. 145-155.

[22] Instituto Nacional de Estadística, "El empleo de las Personas con Discapacidad (EPD) Año 2020 [Comunicado de prensa] https://www.ine.es/prensa/epd_2020.pdf.

Comunidad Autónoma experimentó un descenso de al menos el 26,35%, posicionándose 2,4 puntos porcentuales por encima de la caída registrada en la contratación total cifrada en un 23,95% menos.[23]

En efecto, tal y como muestran los datos, el entramado de confabulaciones prejuiciosas y estereotipadas expuestas en los párrafos anteriores, también se ve reflejado dentro el ámbito laboral. Es más, habitualmente, una empresa, ante dos trabajadores aparentemente iguales salvo en el hecho de que uno de ellos tiene discapacidad, presumirá una divergencia en la productividad del discapacitado aun reconociendo a ambos el mismo esfuerzo promedio. En otras palabras, incluso si el empresario considerase factible que el trabajador con discapacidad cumpliera con las cifras de productividad, el temor inducido por un escenario hipotético caracterizado por periodos de bajo rendimiento o absentismo a causa de su condición, le haría preferir contratar a otro trabajador cuya productividad tenga menor varianza que la esperada[24].

Sea como fuese, la realidad es que el fin de toda empresa es maximizar las ganancias, por ello es de esperar que, bajo esta premisa, el empleador tienda a contratar al trabajador con la productividad más alta por el mismo salario. De ahí que, si se basasen en falsos estereotipos al fijarse en las características asociadas a un determinado colectivo como forma de examinar los atributos de los trabajadores individuales que lo conforman en un mundo de información limitada, estarían enfrentando una desventaja competitiva similar a la de los empleadores que proceden con gusto de forma discriminatoria puesto que no estarán contratando a los trabajadores más productivos[25].

Con todo, como es de esperar, estas brechas en los indicativos de participación no encuentran una explicación absoluta e integral únicamente atendiendo a factores circunstanciales como son las características físicas y/o cognitivas de cada grupo. Al respecto, un análisis efectuado sobre el tema en el mercado de trabajo americano evidenció la existencia de desigualdades salariales a pesar de que el hecho de tener una discapacidad no era percibido negativamente para la mayoría de las personas. Así pues, aun cuando la oferta de salarios para hombres discapacitados era muy similar a los ofertados para hombres sin discapacidad, las investigaciones constataban que, salvaguardando aspectos como las diferencias en la experiencia laboral, el primer grupo habría ingresado nóminas más altas que el segundo si no existiera discriminación[26].

A tal efecto, es fundamental no perder de vista que el éxito de la participación de las personas con discapacidad en empleo o en un programa de fortalecimiento económico sí es posible y dependerá en mayor medida de la calidad de los apoyos que reciba. Consecuentemente, es crucial que el personal esté libre de prejuicios sobre la capacidad o aptitud de una persona para participar en la actividad empresarial y que busque los medios, las facilidades o los ajustes necesarios dentro de los recursos que tenga a su alcance. De no ser así, la discapacidad puede llegar a desembocar en la exclusión social y está en la marginación, la falta de estudios, el desempleo y un largo etcétera que finalmente aumentaran el riesgo de pobreza en este colectivo.

2. Otros factores que afectan a la participación laboral de las personas con discapacidad y su reflejo en el mercado de trabajo andaluz

De forma transversal, variables como el tipo de discapacidad, el género o la inversión en el capital humano a menudo inciden, ya sea positiva o negativamente, en la probabilidad de sumarse a

[23] Observatorio Argos, "Mercado de Trabajo de personas con discapacidad en Andalucía. 2020" https://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo/web/argos/web/es/ARGOS/Publicaciones/pdf/20211203_Discapacidad2020.pdf.

[24] Ocaña Malo, M.A., "Discriminación salarial y discapacidad: de los datos a la política de empleo" Panorama Social, núm. 26, 2017, pág. 69-78.

[25] Stewart Schwab, J., "Employment discrimination" Encyclopedia of law and economics. Edward Publishing Limited, 1999.

[26] Baldwin, M., & Johnson, W.G., "Labor market discrimination against men with disabilities." *Journal of Human Resources,* vol. 29, núm. 1, 1994, págs. 1-19.

la población activa. Por ejemplo, las discapacidades de tipo sensorial son las que presentan mayor tasa de participación mientras que, en el otro extremo, encontramos aquellas de carácter psicosocial. Asimismo, el grado de discapacidad también juega un papel similar en este plano, pero de forma inversa, es decir, a mayor grado, menor tasa de actividad[27].

Igualmente, el momento en el que aparece la discapacidad puede suponer variaciones en cuanto al acceso a la educación formal o al grado de exposición a la vulnerabilidad y/o aislamiento social. Esto puede llegar a magnificar las posibilidades de estigmatización de la persona así como minar el grado de confianza y seguridad necesario para planificar una actividad que le sirva como sustento. Si analizamos conjuntamente las últimas cifras de contratación de personas con discapacidad y el nivel de estudios cursado para Andalucía verificaremos que menos de la mitad de los contratos a personas con discapacidad se celebraron con trabajadores que poseían estudios secundarios (25.299 contratos) y 37,03% a trabajadores con estudios primarios[28].

A la luz de estos datos, el nivel formativo emerge como un factor claramente determinante para la contratación en tanto que, a mayor nivel de estudios alcanzado mayor tasa de actividad laboral. De hecho, a medida que se amplía la formación de las personas con discapacidad, se reduce la brecha con la población en general en lo referente a los principales indicadores de empleo como son las tasas de actividad, paro y ocupación. La reducción de esta disparidad demanda un esfuerzo por concienciar e inculcar la importancia de cursar estudios poniendo sobre la mesa las ventajas que proporciona de cara a la búsqueda de empleo. Más aún cuando, a nivel nacional, el abandono escolar entre las personas con discapacidad supone un 43,2% frente al 25,2% calculado para la población sin discapacidad[29].En este contexto, las mujeres con discapacidad encabezan los rankings formativos al situarse por encima de los ratios logrados por los hombres del colectivo tanto a nivel autonómico como nacional. Además, las cifras muestran una mayor aspiración formativa entre las ellas, contribuyendo así a potenciar la media en términos académicos del conjunto de personas con discapacidad. A pesar de ello, en Andalucía, la presencia de la mujer en las cifras de paro es superior a la de los hombres en todos los niveles formativos a excepción de aquellas que no poseen estudios. Es destacable por tanto que, en 2020, el 58,06% de las personas registradas con discapacidad paradas con un nivel de estudios postsecundarios sean mujeres[30].

Figura 1: Distribución y variación interanual de los contratos registrados a personas con discapacidad por sexo en el año 2020

		Variación interanual	
Sexo	Contratos a personas con discapacidad	Absoluta	Relativa
Hombre	33.548	-11.468	-25,48%
Mujer	17.221	- 6.693	-27,99%
Total	50.769	-18.161	-26,35%

Fuente: Observatorio Argos. Servicio Andaluz de Empleo.

[27] Fundación ONCE, "La Situación laboral de las personas con discapacidad" *Observatorio sobre Discapacidad y Mercado de Trabajo en España. Fundación ONCE* , 2016. Enlace web: https://www.odismet.es/blog/las-mujeres-con-discapacidad-elevan-el-nivel-formativo-del-colectivo.

[28] Observatorio Argos, "Mercado de Trabajo de personas con discapacidad en Andalucía. 2020" https://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo/web/argos/web/es/ARGOS/Publicaciones/pdf/20211203_Discapacidad2020.pdf.

[29] Fundación ONCE, "Las mujeres con discapacidad elevan el nivel formativo del colectivo" *Observatorio sobre Discapacidad y Mercado de Trabajo en España Fundación ONCE.* https://www.odismet.es/blog/las-mujeres-con-discapacidad-elevan-el-nivel-formativo-del-colectivo.

[30] Observatorio Argos, "Mercado de Trabajo de personas con discapacidad en Andalucía. 2020" https://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo/web/argos/web/es/ARGOS/Publicaciones/pdf/20211203_Discapacidad2020.pdf.

Por añadidura, aun con el matiz propio de las desastrosas repercusiones provocadas por el impacto de la crisis sanitaria y socioeconómica del COVD-19, el decremento de la contratación femenina con discapacidad duplica la caída masculina si atendemos a cifras absolutas. Es más, en 2020 quedaron registrados 3.548 contratos a hombres con discapacidad y 17.221 a mujeres, esto es; tan sólo uno de cada tres contratos se celebró con mujeres[31]. En consecuencia, es de esperar que las mujeres con discapacidad hagan un mayor uso de las pensiones no contributivas en detenimiento de las contributivas debido al desequilibro en el acceso al mercado de trabajo.

La parcialidad de la jornada laboral de las mujeres con discapacidad es una de las principales característica que distingue la contratación femenina. Aproximadamente más de la mitad de los contratos formalizados con este colectivo son a jornada parcial. Este dato suele considerarse un indicador de la precariedad laboral femenina cuando el contrato es por un número de horas menor del que se está dispuesta a trabajar con motivo de conciliar la vida laboral con la familiar.

De cualquier forma, para las mujeres con discapacidad lo más destacable probablemente sea la denominada doble discriminación. Con este término se pretende dar explicación a la situación marcadamente más desfavorable que sufre este colectivo respecto a los hombres como resultado de la suma de la discriminación por género y por discapacidad[32]. Hay que tener presente que, "cuando se habla de doble, triple o cuádruple discriminación (si se diese), lo que se está realizando es un ejercicio de mera descripción de las desigualdades, ignorando que cada uno de estos ejes de desigualdad se construye de manera relacional, es decir, interconectadamente"[33]. Tal es la repercusión de esta realidad que la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas[34], aprobada en 2006 y ratificada por nuestro país en 2008, reafirma la existencia de "múltiples formas de discriminación" (art. 6) junto con un mayor riesgo de ver vulnerados sus derechos y de ser violentadas. Así pues, requerirán de medidas más intensas especialmente dirigidas a ellas en la lucha contra la discriminación.

3. Modalidad de los contratos celebrados y los principales sectores de ocupación a nivel autonómico

Las modalidades más utilizadas en la contratación a personas con discapacidad durante este año fueron la de "Obra o servicio a tiempo completo" (31,20 %) y la "Eventual por circunstancias de la producción a tiempo completo" (21,15%), estas dos tipologías suman más de la mitad de la contratación registrada distinguiéndose notablemente del resto. Como vemos, es contratación temporal la que cuenta con mayor representación si nos fijamos exclusivamente en los inicios. Lo cual es bastante alarmante teniendo en cuenta que el 44,92% de los contratos registrados con personas con discapacidad son de duración determinada y que el 34,40% no exceden en el tiempo más de un mes. Problema que se acentúa dadas las restricciones que la nueva reforma laboral - Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo- introduce para la contratación temporal, haciendo desaparecer el contrato por obra o servicio determinado y reduciendo el campo de

[31] Observatorio Argos, "Mercado de Trabajo de personas con discapacidad en Andalucía. 2020" https://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo/web/argos/web/es/ARGOS/Publicaciones/pdf/20211203_Discapacidad2020.pdf.

[32] Malo, M.A y Pagán, R., ¿Existe la doble discriminación salarial por sexo y discapacidad en España? Un análisis empírico con datos del Panel de Hogares. *Moneda y Crédito*, núm. 225, 2007, págs. 7-137.

[33] Caballero Pérez, I., "La interseccionalidad de género y discapacidad a la luz de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", en AA.VV. (Pérez Bueno, L.C y Lidón Heras, L., Dirs.), *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad- 2006/2016: una década de vigencia.*, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), Madrid, 2016, págs. 93-127.

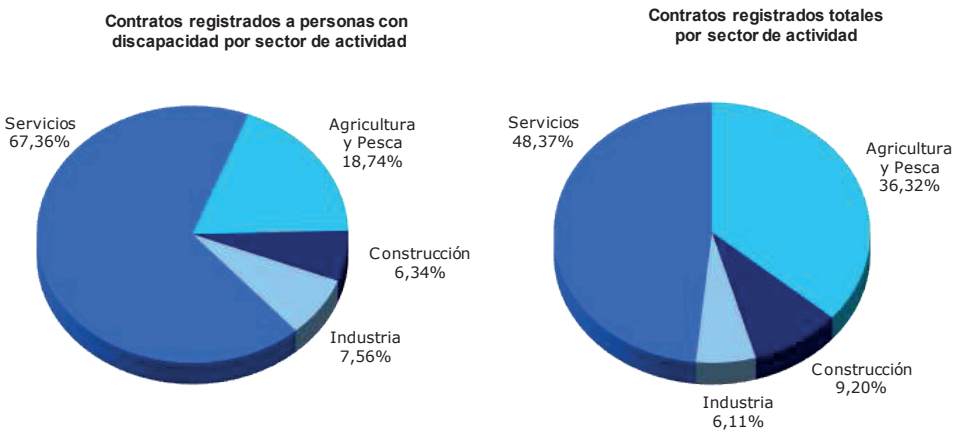
[34] Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, Nueva York, 13 de diciembre de 2006, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 2515, pág. 5, disponible en: https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-15.en.pdf.

acción de los contratos temporales, en general[35]. Se une, de este modo, un doble dato: la precariedad existente en la contratación de este colectivo y la dificultad añadida de acceder a un contrato de duración determinada tras la reforma laboral. Ello implica, necesariamente, la necesidad de arbitrar mecanismos más adecuados al empleo para las personas con discapacidad, sea a nivel estatal, mediante la formulación de incentivos legales -competencia exclusiva en materia de legislación laboral-, o de incentivos económicos en los que también puede adquirir protagonismo las CC.AA. a través de la ejecución de las políticas de empleo. Pero, al tiempo, fomentando otras vías como el emprendimiento.

Por otro lado, si analizamos los sectores económicos de las empresas que han celebrado contratos con este colectivo, se observa que es el sector Servicios el que absorbe la gran mayoría de los contratos registrado, concretamente dos de cada tres (67,36%). Seguidamente, el sector de la agricultura y la pesca acumulan el 18,74% de los contratos durante ese mismo año mientras que tanto el sector industrial como el de la construcción tan solo registran el 7,56% y el 6,34% respectivamente.

En cuanto a comparativa relativa a la distribución de los contratos registrados por sector de actividad económica de las personas con discapacidad respecto al total de la contratación registrada, observamos que, para ambos casos, la mayoría de los trabajadores han sido contratados por empresas del sector Servicios, seguidos por las de la Agricultura y la Pesca, en defecto del sector Industrial y de la Construcción.

Figura 2: Distribución de los contratos registrados a personas con discapacidad y del total de contratos en centros de trabajo andaluces por sector de actividad. Año 2020.



Fuente: Observatorio Argos. Servicio Andaluz de Empleo.

III. A PROPÓSITO DEL AUTOEMPLEO Y EL EMPRENDIMIENTO POR PARTE DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO MEDIO DE INTEGRACIÓN LABORAL

Forjar una sociedad que permita la inclusión de todos sus integrantes no debe ser visto como un acto de caridad ni únicamente como un derecho, sino que también es una oportunidad para promover la innovación y la creatividad en el mercado de trabajo. Desde esta óptica, crear y ofertar servicios accesibles se convierte tanto en atractivo social como empresarial debido al crecimiento del número de consumidores[36]. Todo ello, sin perder de vista que la incorporación del colectivo con discapacidad

[35] *Vid. v.gr.* VV.AA., *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico* (Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G. Dirs.), Laborum, Murcia, 2022.

[36] Hernández Días, J. y Millán Tapia, J.M., "Las personas con discapacidad en España: inserción laboral y crisis económica" *Revista Española de Discapacidad (REDIS),* vol. 3, núm. 1, 2015, págs. 29-56.

a un puesto de trabajo, tal y como se ha dejado constancia en apartados precedentes, supone para la persona una forma de socialización otorgándole mayor independencia y autonomía.

1. Una primera aproximación terminológica

— *Emprendimiento*

El origen de la palabra "*emprendimiento*" en castellano deriva del latín "*in prendere*" que significa coger o tomar. El término se asocia con "el perfeccionamiento de un proyecto que pretende concretar un fin económico, político o social, entre otros, y tiene innegables características, esencialmente entre ellas, una asignación de incertidumbre y de innovación"[37]. Por su parte, el verbo "*emprender*" se recoge por primera vez en el Diccionario de las Autoridades de la Real Academia Española en 1732 con el siguiente sentido: "determinarse a tratar y hacer alguna cosa ardua y dificultosa como una facción militar, una conquista etc." y, aún en la actualidad, se sigue considerando una labor gravosa de acuerdo a la vigente edición del 2014 que la define como "acometer y comenzar una obra, un negocio, un empeño, especialmente si encierran dificultad o peligro". De ahí que no sorprenda que, etimológicamente tuviera sus orígenes en la voz francesa "*entrepreneur"* (pionero) el cual aparece a principios del siglo XVI como forma de dirigirse a aquellos que encabezan expediciones militares, capitanes de fortuna que reclutan tropas mercenarias para ponerse al servicio de príncipes, ligas o ciudades[38]. De hecho, el ideal de emprendedor se hacía palpable en dos tipos de individuos: en primer lugar, el guerrero arriesgado que emprendía una lucha o hazaña, reconocido por sus características personales; y el rey o jefe de Estado, reconocido por sus funciones, que trazaba sus estrategias y medidas políticas para obtener con éxito sus intereses[39].

Por asociación, resalta la forma en la que se empareja la singularidad característica de todo aventurero que afronta una conquista con iniciativa, empeño e incertidumbre con la noción propia del emprendedor. Además, en el transcurso de la historia, durante la conquista del Nuevo Mundo, el uso de esta expresión amplió su significado para abarcar a los llamados "maestros de obras" o "contratistas". El cometido de estas personas no era otro que efectuar por encargo real la producción de un bien. De ahí que, el término emprendedor auné ambas apreciaciones aunque despojados, en estos momentos de riesgo[40].

En definitiva, "emprender es una forma de enfrentarse al mundo, es una manera de entender la vida con la que no todo el mundo se siente a gusto. ¿Y cuál es esa forma de vida? Es aquella en la que la persona disfruta con la incertidumbre y la inseguridad de qué pasará mañana. El verdadero emprendedor es aquel a quien lo incierto procura un especial placer" (Trias de Bes, 2007)[41]

Justamente esa peculiaridad de actuar bajo riesgo o incertidumbre resulta ser el principal rasgo distintivo que caracteriza hoy a un emprendedor. No obstante, si bien tal destreza se asocia fundamentalmente a quien inicia una empresa comercial, también es usual relacionarlo con cualquier persona que tenga como propósito llevar a término un proyecto, aunque no persiga fines económicos. De hecho, no es otra cosa que la actitud lo que distingue a una persona emprendedora de cualquier otro sujeto. El emprendedor tiene la habilidad y la destreza de crear, de impulsar acciones concretas para llevar a cabo sus ideas y genera así bienes o un servicio con los recursos y las oportunidades que

[37] Tulio Carmen, C. y Guerrero, L.M., "El emprendimiento y sus tenciones desde la política pública" Cali: Fundación Universitaria Católica Lumen Gentium, 2012.

[38] Pérez-Sánchez, B., "Reseña crítica del empresario en la fisiocracia y la economía clásica." *Hitos de Ciencias Económico Administrativas*, vol. 17, núm. 47, 2011, págs. 27-38.

[39] Rodríguez Ramírez, A., "Nuevas perspectivas para entender el emprendimiento empresarial" Pensamiento y gestión, núm. 26, 2009, págs. 94-119.

[40] Azqueta Díaz de Alda, A., "Análisis del concepto emprendedor y su incorporación al ámbito educativo." *Análisis del concepto emprendedor y su incorporación al ámbito educativo*, 2019, págs. 57-80.

[41] De Bes F.T., "El libro negro del emprendedor" *Guia il· lustrada on es mostra els principals problemes que tenen els emprenedors a la hora de passar de la idea al desenvolupament de la mateixa*, 2005.

encuentre a su alrededor. Y, es que, ser emprendedor también significa tener la capacidad de crear algo nuevo o diseñar nuevos enfoques algo ya existente generando beneficios para sí mismo y para la comunidad[42]. Todo ello, como decimos, bajo un clima de riesgos e incertidumbres.

En este sentido, la literatura reitera continuamente algunos atributos que suelen agruparse en la figura del emprendedor, y que tienden a influir en el éxito de su iniciativa. A modo ilustrativo podemos enumerar los siguientes: la propensión a asumir riesgos y la inexistencia de miedo al fracaso, la necesidad de realización personal, el control interno o la necesidad de autonomía e independencia, entre otros. Igualmente, la persona emprendedora posee un espíritu especial, confía en sí misma y posee una gran necesidad de existo respaldada por su alta autoestima. Trabaja ardua y eficientemente sin limitar las oportunidades de su proyecto en el corto plazo, sino que siempre mantiene una visión positiva de futuro. En concreto, de entre todos estos atributos, la evidencia ha demostrado que la la inclinación a asumir riesgos y, por ende, la ausencia del temor al fracaso es un factor especialmente determinante del espíritu del emprendedor[43].

Por su parte, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización[44], se aventuró a esbozar una definición de emprendedor que, en la propia exposición de motivos se calificó como "amplia". Así pues, el art. 3 de la ley con cierta falta de rigor técnico-jurídico[45] dispone que: "se consideran emprendedores aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, en los términos establecidos en esta Ley".

Finalmente, para que un individuo se plantee si quiera la idea de poner en marcha un proyecto deberá sentirse cualificado, con las habilidades o aptitudes para ello y en posesión de los conocimientos necesarios. En este sentido, aquellos emprendedores a los que se le puede atribuir una formidable creencia en sí mismos, en sus capacidades y conocimientos para crear y liderar una nueva empresa, suelen tener una propensión mayor a generar expectativas favorables u optimistas respecto de los resultados a alcanzar.

— *Autoempleo*

En la actualidad, el autoempleo es objeto de especial atención dada su relevancia dentro de los procesos de creación de empleo y su vinculación con las crecientes en popularidad nuevas formas de organizar los procesos de trabajo. A decir verdad, son numerosas las iniciativas impulsadas con el objetivo de fomentar esta figura en aras de la lucha contra el desempleo y la inclusión en el mercado laboral de los colectivos más vulnerables. De hecho, se trata de una actividad que se inicia de forma independiente, sin relación alguna con ningún empleador, y cuyo fin es proporcionar a quienes la realiza una retribución mensual más cercana a un salario que a una rentabilidad real propia de una empresa[46]. Esta concepción es un claro reflejo de la redacción recogida en el Diccionario del Español Jurídico (DEJ, RAE) que, desde un punto de vista semántico, define al trabajador por cuenta propia, como aquel "trabajador que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas" partiendo de lo establecido en el art. 2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por

[42] Formichella, M., "El concepto de emprendimiento y su relación con la educación, el empleo y el desarrollo local", *Buenos Aires, Argentina*, 2004.

[43] Constantino García, R., Martínez Campillo, A. y Fernández Gago, R., "Características del emprendedor influyentes en el proceso de creación empresarial y en el éxito esperado", *Revista europea de dirección y economía de la empresa*, vol. 19, núm. 2, 2010, págs. 31-47.

[44] BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013.

[45] *Vid.* para más información Roldan Martínez, A., "Una visión crítica de las políticas de emprendimiento joven desde la perspectiva de la discapacidad" *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo,* vol. 5, núm. 2, 2017.

[46] Alles, M.A., *Autoempleo*, Ediciones Granica SA, 2005, pág. 11.

el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

Así pues, lo que realmente delimita el concepto de autoempleo o trabajo por cuenta propia es que el interés primario por el cual se impulsa la creación de ese negocio es, en definitiva, lograr la ocupación misma de las personas comprometidas con la actividad. Y es, precisamente, este hecho lo que le proporciona cierta diferenciación con otras situaciones, en apariencia semejantes, como puede ser la intencionalidad de una persona de emprender y crear o poner en marcha un proyecto. No obstante, el autoempleo puede desembocar en el nacimiento de una empresa si se requiere de otras personas ajenas para llevarlo a término con éxito debido a, por ejemplo, una ampliación de las actividades. De esta forma, quien inició una actividad por su cuenta como autoempleo puede transformarse en empresario, generando nuevos puestos de trabajo.

Por su parte, esta delimitación de lo que se entiende por trabajadores autónomos es muy similar a la que aparece en el Glosario de Conceptos del Instituto Nacional de Estadística - en lo sucesivo, INE- que los define como "aquellas personas que llevan su propia empresa o ejercen por su cuenta y con autonomía una profesión liberal, para lo cual pueden a su vez contratar empleados a los que remuneran mediante un sueldo"[47]. Desde esta óptica, adquiere cierto protagonismo los matices aportados por la actual versión de la Clasificación Internacional de la Situación en el Empleo (CISE) que incorpora las siguiente apreciación sobre los trabajadores por cuenta propia afirmando que: "son aquellos trabajadores que, trabajando por su cuenta o con uno o más socios, tienen el tipo de empleo definido como «empleo independiente» y no han contratado a ningún «empleado» de manera continua para que trabaje para ellos durante el período de referencia. Cabe notar que durante el período de referencia los miembros de este grupo pueden haber contratado «empleados», siempre y cuando lo hagan de manera no continua. (Los socios no son necesariamente miembros de la misma familia u hogar.)[48]".

En consecuencia, conviene diferenciar entre autoempleo individual por un lado y autoempleo colectivo por otro. El primero de ellos consiste en la puesta en implementación de una actividad productiva y/o profesional por parte de un individuo que habitualmente la realiza de forma autónoma e individual. En cambio, el conocido como autoempleo colectivo o asociado consiste en la colaboración de varios sujetos que aúnan sus esfuerzos para la puesta en marcha de una actividad generalmente mediante el uso de la fundación de una sociedad que ostentará la titularidad de la empresa y dará empleo a los socios.

Finalmente, debemos destacar que la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo[49] - en lo sucesivo LETA- establece en su art. 1 una delimitación positiva de lo que deba entenderse por trabajador por cuenta propia. Para ello, se sirve de una cláusula genérica acompañada de una referencia expresa a ciertos colectivos comprendidos dentro del ámbito de aplicación de esta norma. Estos son: a) Los socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias. b) Los comuneros de las comunidades de bienes y los socios de sociedades civiles irregulares, salvo que su actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común. c) Quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquélla, en los términos previstos en la disposición adicional vigésima séptima del texto

[47] Instituto Nacional de Estadística, *Glosario de Conceptos*, INE. Enlace web: https://www.ine.es/DEFIne/es/concepto.htm?c=5198&tf=&op=30209.

[48] Organización Internacional del Trabajo, *Resolución sobre la Clasificación Internacional de la Situación en el Empleo (CISE) adoptada por la decimoquinta Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo,* OIT, 1993. Enlace web: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/normativeinstrument/wcms_087564.pdf.

[49] BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007.

refundido de la Ley General de la Seguridad Social. d) Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el Capítulo III del Título II de la presente Ley. Y e) Cualquier otra persona que cumpla con los requisitos establecidos en el art. 1.1 de la presente Ley.

Por otra parte, el art. 2 de la LETA fija también la delimitación negativa, enumerando un conjunto de supuestos que se consideran excluidos del ámbito de aplicación de esta norma y, por ende, de la consideración de trabajo por cuenta propia. A saber: a) Las relaciones de trabajo por cuenta ajena a que se refiere el art. 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. b) La actividad que se limita pura y simplemente al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, de conformidad con lo establecido en el art. 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores. Y, c) Las relaciones laborales de carácter especial a las que se refiere el art. 2 del Estatuto de los Trabajadores.

2. Repercusión del emprendimiento y el autoempleo como medidas de integración laboral de las personas con discapacidad

Tal y como hemos tenido oportunidad de estudiar uno de los colectivos más afectados por las dificultades del mercado de trabajo son las personas con discapacidad que, históricamente, han presentado tasas de participación y ocupación menores que el resto de la población en edad de trabajar. De ahí que, debido a ese escenario acentuado por el actual panorama de crisis en el que nos vemos inmersos, la transición hacia un empleo de calidad capaz de fomentar su desarrollo profesional y personal, se ha convertido en una meta mucho más complicada de alcanzar.

Sin embargo, con el tiempo, cada vez son más notables los indicios que apuntan hacia los emprendedores con discapacidad en nuestro país como actores principales del nuevo motor para empleo y la inclusión social dentro de este colectivo. Como sabemos, al emprendimiento se le ha asignado la difícil tarea de constituir una alternativa profesional distinta a las tradicionales áreas ocupacionales, permitiéndoles así participar en el desempeño de una actividad productiva bajo la perspectiva del empleo autónomo[50]. En la práctica cotidiana, esta fama es fruto de la capacidad manifestada por esta figura para favorecer el tránsito de la vida "pasiva" a "activa" con las incontables ventajas que ello supone para las personas con discapacidad y, también, para la ciudadanía en general.

A su vez, resulta de interés tener presente que el trabajo por cuenta propia es igualmente una reconocida medida generadora de empleo para este colectivo que históricamente ha tenido un gran apoyo legislativo[51]. En un primer momento, ya la Orden de 21 de febrero de 1986, por la que se constituían una serie de programas destinados a la creación de empleo[52], otorgaba especial atención a la integración socio-laboral de las personas con discapacidad "bien mediante subvenciones a los centros especiales de empleo para que en ellos presten servicios los (discapacitados) o mediante subvenciones que les permitan a los mismos realizar un trabajo por cuenta propia en aquellas profesiones para las que estén capacitados".

Así pues, en términos similares, durante los últimos años, el trabajo por cuenta propia también ha ido adquiriendo cada vez mayor relevancia como medio para corregir las deficiencias laborales, máxime dadas las desmesuradas tasas de desempleo que sufre el colectivo. No obstante, aún queda un largo camino por recorrer para que esta alternativa generadora de empleo sea una opción realista para las personas con discapacidad. En España tan solo hay 55.400 personas con discapacidad trabajando bajo esta modalidad, lo que equivale a una tasa del 12% de los cuales muchos más de la mitad, el 69,1%, son autónomos sin asalariados. Si comparamos estos datos con los propios para la población

[50] Moreno Rodríguez, R. y Tejada Cruz, A., *Avances académicos sobre empleo, autoempleo y emprendimiento de las personas con discapacidad*, Asociación accesibilidad para todos "La ciudad accesible", Madrid, 2020.

[51] Laloma García, M., *Empleo protegido en España. Análisis de la normativa legal y logros alcanzados*, Cinca, Madrid, 2007, pág. 44.

[52] BOE núm. 50, de 27 de febrero de 1986.

sin discapacidad podremos observar que existe una diferencia de 4,7 puntos porcentuales entre ambos grupos. Llegados a este punto, también es interesante observar que, indistintamente tanto en un colectivo como en el otro, la predisposición de los hombres hacia el empleo por cuenta propia tiene una incidencia más alta. Igualmente, otro punto en común lo encontramos en indicadores como la edad; a mayor edad y experiencia mayor representación en los registros de trabajo autónomo, o el nivel formativo; de forma que los estudios secundarios favorecen en mayor medida la inclinación por el trabajo por cuenta propia. De forma similar, la discapacidad física y los grados de dependencia menos graves, también parece motivar la situación de autoempleo de manera similar a la ausencia de percepción de prestaciones y/o pensiones[53].

Sobre este particular, algunos autores señalan entre las posibles barreras que ponen freno al progreso del autoempleo o el empleo por cuenta propia entre las personas con discapacidad las siguientes:

— o bien la persona con discapacidad "ha descartado esta opción, al pensar que no va a disponer de los recursos necesarios y los apoyos suficientes como para convertirse en emprendedor(a)";

— o bien "la sociedad no ha contado con las posibilidades y el talento existentes entre las personas con discapacidad, cada vez más presentes en las aulas universitarias y, por tanto, cada vez son más numerosas las personas con discapacidad con estudios universitarios, sin llegar de esta manera a arbitrar las medidas suficientes que permitan que el colectivo de personas con discapacidad participe de la opción del emprendimiento como opción laboral"[54].

En cualquier caso, la realidad es que de entre las causas que incitan a las personas con discapacidad a optar por el trabajo autónomo la menos frecuente es la propia voluntariedad. Dicho de otra manera, un porcentaje ínfimo deciden emprender este camino sin otro motivo que el deseo por desarrollar y aprovechar la oportunidad que le ofrece esta modalidad para crear un negocio interesante e innovador y menos aún bajo la premisa de obtener unas condiciones más ventajosas que las ofertadas por cualquier otro puesto asalariado. A sensu contrario, las razones más frecuentes son aquellas que quedan relacionadas con la imposibilidad de acceder a un puesto de trabajo en la empresa ordinaria que les permita subsistir[55]. Con todo, el trabajo por cuenta propia en nuestro país siempre se ha visto respaldado por programas de generación de empleo de gran embargadora, orientados tanto únicamente a las personas con discapacidad como destinados a un grupo más amplio de colectivos vulnerables[56].

---

[53] Moreno Rodríguez, R. y Tejada Cruz, A., *Avances académicos sobre empleo, autoempleo y emprendimiento de las personas…*, op. cit.

[54] Tejada Cruz, A. y Moreno Rodríguez, R., "Aspectos de relieve en el emprendimiento de las personas con discapacidad: situación actual, factores de interés y resultados de la Cátedra de Investigación Fundación Konecta", en AA.VV., *Avances académicos sobre empleo, autoempleo y emprendimiento de las personas con discapacidad*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2020, pág. 33.

[55] Al respecto, *vid.* el trabajo de Tejada Cruz, A. y Moreno Rodríguez, R., "Aspectos de relieve en el emprendimiento de las personas con discapacidad…", op. cit., pág. 28, donde se afirma lo siguiente: "Atendiendo específicamente a las actividades productivas, son aquellas que se dirigen a la prestación de servicios o generación de bienes o productos, directamente relacionados con el desempeño de un trabajo o la participación en un empleo. Y precisamente el trabajo (y el empleo) son bienes escasos en la actualidad en nuestro entorno, reduciendo las posibilidades de participar de forma autónoma en el mismo y que, al estar presente una condición de discapacidad, se torna en un bien aún más escaso, ya que la obtención de un puesto de trabajo acorde al nivel formativo de un profesional con discapacidad, como ya sabemos, es doblemente complicado en la empresa ordinaria como consecuencia de las falsas creencias y estereotipos instaurados en el tejido de las grandes empresas".

[56] Laloma García, M., *Empleo protegido en España. Análisis de la normativa legal y…*, op. cit., pág. 45.

IV. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LAS MEDIDAS Y ESTÍMULOS AL AUTOEMPLEO Y EMPRENDIMIENTO DESTINADAS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA

1. El reflejo normativo de la lucha por la plena inclusión laboral

En las últimas décadas, no sin mediar un admirable y persistente esfuerzo tanto individual, fundamentalmente las propias personas con discapacidad, y colectivo, mediante el apoyo de las asociaciones u organismos defensores de sus derechos e intereses, hemos comenzado a dar cabida a sus reivindicaciones incluyéndolas en nuestras agendas políticas y sociales, viéndose, al fin, reconocidas algunas de ellas en textos normativos y en iniciativas concretas.

A este respecto, la entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en mayo de 2008, incentivó gratamente la creación de un marco jurídico de carácter vinculante y un referente para el planteamiento de políticas respetuosas con un encuadre positivo del colectivo por el que deberán velar los países ratificantes. Acorde tal empresa, el art. 1, la Convención proporciona una conceptualización de las personas con discapacidad definiéndolas como: "aquellas que tienen 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" antes lo cual especifica previamente en su preámbulo 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 los demás". De esta forma, al subrayar el carácter marcadamente evolutivo deja claro que en sí la definición no puede ser entendida como algo permanente en el tiempo siendo el entorno sociocultural, político-legislativo y económico de los cuales depende el encuadre y la noción que tenga el concepto de discapacidad en cada momento histórico aspectos altamente cambiantes.

Análogamente, en el plano nacional, la creciente implicación que vivimos en la actualidad respecto a la articulación y toma de consideración de las pretensiones demandadas por las personas con discapacidad también encuentra respaldo en la Constitución Española de de 1978[57] - en adelante, CE-, concretamente dentro Título Preliminar en su art. 9: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". La configuración del Estado Social exige categóricamente la intervención de los poderes públicos para que la igualdad proclamada en el precepto sea real y efectiva. En palabras del Tribunal Constitucional: "el art. 9.2 de la CE es un precepto que compromete la acción de los poderes públicos a fin de que puedan alcanzarse la igualdad sustancial entre los individuos, con independencia de su situación social"[58]. De ahí que, la significativa relevancia de tal mandato justifica que "no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida - antes al contrario - la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprenden en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial"[59].

En esta línea, en lo referente a nuestro objeto de estudio, los denominados principios rectores de la política social y económica juegan un papel fundamental en tanto que, del 49 CE se desprende una especial concreción del principio de igualdad para las personas con discapacidad. Así pues, dicha disposición normativa fija las bases de un tratamiento jurídico diferenciado con el fin de conseguir

[57] BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.
[58] STC 39/1986, de 31 de marzo.
[59] STC 216/1991, de 14 de noviembre.

cierta equiparación. Lo cual, casa de manera directa con lo anteriormente señalado respecto al art. 9.2 de la CE en aras de consecución efectiva de la condición de ciudadano para estas personas[60].

En suma, podemos afirmar que el art. 49 de la CE, en relación con lo dispuesto en los arts. 9.2, 35.1[61], 40.1 y 41[62] de la CE, reconoce de forma particular, sin rodeos, la igualdad de derechos de las personas discapacitadas extensible al empleo (incluido el empleo por cuenta propia), "lo que pone de manifiesto la existencia de una realidad discriminatoria que los poderes públicos están llamados a combatir, pero lo hace adoptando una lógica de tipo paternalista -"ampararán" - y un lenguaje que es reflejo de una concepción hoy superada -"disminuidos" - que apunta hacia la integración (adaptación de la persona a una sociedad que le excluye), en lugar de la conformación de una sociedad inclusiva y sin barreras, sean cuales sean las características de las personas"[63]. Sin embargo, si bien la fundamentación de los derechos de este colectivo se construye alrededor del valor de igualdad, solo gozarán de un sentido absoluto y completo si los vinculamos al ideal de la dignidad humana conforme a los valores de libertad y solidaridad en la cultura de los derechos fundamentales[64].

De cualquier forma, llegados a este punto, es preciso hacer alusión - de manera breve y sin entrar en mayor profundidad por no ser ese el objetivo del presente trabajo - al desarrollo legislativo consecuencia de los imperativos establecidos en nuestra Carta Magna. En primer lugar, ya mencionada la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo[65] incorpora, dentro de su Título V, un Capítulo I que se ocupa del fomento y la promoción del trabajo autónomo. En concreto, el art. 27 proclama la necesidad de prestar una especial atención a los colectivos de "personas desfavorecidas o no suficientemente representadas, entre los cuales las personas con discapacidad ocupan un lugar preferente". Este compromiso se reafirma de facto en el art. 29 por el que se dispone que las ayudas económicas establecidas en el marco de la política de autoempleo, deberán estar orientadas precisamente a aquellos que cuentan "con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo", entre los cuales se engloban las personas con discapacidad.

En segundo lugar, 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[66] -en adelante, TRLGDPD- refunde, aclara y armoniza en un único texto, las principales leyes en materia de discapacidad, a saber; la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad[67] -LISMI-, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad[68] -LIONDAU-, y 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[69]. Además, esta norma

[60] Palomo Ruiz, L., *Promoción del trabajo autónomo: Análisis jurídico-crítico y propuestas de mejora*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 2017, pág. 99; y Menéndez Calvo, M.R., "Integración laboral de las personas con discapacidad: modelo legal tras la reforma de 2012", *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 5, 2012, pág. 224.

[61] "Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo".

[62] "Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres".

[63] Olarte Encabo, S., "Empleo y discapacidad: ¿Ante un cambio cultural?", en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L. y Márquez Prieto, A., Dirs.), *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo (libro homenaje a la profesora Rosa Quesada Segura)*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2016, pág. 871.

[64] Campoy Cervera, I., "Una aproximación a las nuevas líneas de fundamentación de los derechos de las personas con discapacidad", Revista telemática de filosofía del derecho (RTFD), núm. 8, 2004-2005.

[65] Al respecto, resulta recomendable el siguiente trabajo: García Ninet, J.I., "Acerca de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA)", *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 199, 2007, págs. 5-13.

[66] BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013.

[67] BOE núm. 103, de 30 de abril de 1982.

[68] BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2003.

[69] BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2007.

dedica de manera concreta su art. 47 al empleo autónomo encomendado nuevamente a los poderes públicos la puesta en marcha de políticas dirigidas personas con discapacidad para el establecimiento y desarrollo de iniciativas económicas y profesionales por cuenta propia o mediante entidades de la economía social.

Y, en tercer lugar, aunque el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo[70], no hace una mención expresa a la política de fomento del autoempleo de las personas con discapacidad, sí incluye algunas disposiciones dedicadas al fomento del autoempleo y la iniciativa emprendedora (como los arts. 10.4[71] y 37.1[72]), y otros que nombran a las personas con discapacidad entre los colectivos prioritarios (*v.gr.* art. 30.1[73]).

Por su parte, en el plano autonómico, el Estatuto de Autonomía de Andalucía[74] contempla en su art. 10.3.16, como uno de los objetivos básicos y deseables a alcanzar: "la integración social, económica y laboral de las personas con discapacidad". Adiconalmente, entre los principios rectores de las políticas públicas, el art. 37.1.5 refiere "la autonomía y la integración social y profesional de las personas con discapacidad, de acuerdo con los principios de no discriminación, accesibilidad universal e igualdad de oportunidades, incluyendo la utilización de los lenguajes que les permitan la comunicación y la plena eliminación de las barreras" y, específicamente en materia laboral, el art. 169.2 y 3 enuncia que los poderes públicos "recogerán políticas específicas para la inserción laboral de las personas con discapacidad, y velarán por el cumplimiento de las reservas previstas en la legislación aplicable" y "diseñarán y establecerán políticas concretas para la inserción laboral de los colectivos con especial dificultad en el acceso al empleo, prestando especial atención a los colectivos en situación o riesgo de exclusión social". Siendo esta disposición de suma importancia en lo concerniente al emprendimiento y autoempleo puesto que las políticas a las que refiere engloban una serie de servicios y programas de orientación, empleo y formación tanto para el fomento del empleo de las personas desocupadas como para el manteniendo de las ocupadas.

A la vista de estas predisposiciones surge, como piedra angular del futuro entramado emprendedor andaluz, la Ley 3/2018, de 8 de mayo, Andaluza de Fomento del Emprendimiento[75] - en adelante LAFE- por la que se regula los instrumentos y servicios para el impulso y desarrollo de la actividad emprendedora. Esta ley, en la que nos detendremos más adelante, anuncia como principio rector: "la atención a especiales circunstancias de las personas emprendedoras, y en particular a aquellas con algún tipo de discapacidad o riesgo de exclusión social, a fin de asegurar su acceso en igualdad de oportunidades a los instrumentos del Sistema Andaluz para Emprender recogidos en

[70] BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

[71] Que dispone lo siguiente: "La Estrategia Española de Activación para el Empleo se articulará en torno a los siguientes Ejes de las políticas de activación para el empleo, en los que se integrarán los objetivos en materia de políticas de activación para el empleo y el conjunto de los servicios y programas desarrollados por los servicios públicos de empleo: (…) "e) Eje 5. Emprendimiento. Comprende las actividades dirigidas a fomentar la iniciativa empresarial, el trabajo autónomo y la economía social, así como las encaminadas a la generación de empleo, actividad empresarial y dinamización e impulso del desarrollo económico local".

[72] En este precepto se indica que "en el diseño y ejecución de las políticas activas de empleo han de estar presentes los siguientes principios generales: (…) c) El fomento del autoempleo y la iniciativa emprendedora, especialmente en el marco de la economía sostenible y de los nuevos yacimientos de empleo, incluyendo la atención y el acompañamiento a las personas emprendedoras en la puesta en marcha de su iniciativa empresarial".

[73] Esta disposición, dedicada a los denominados "Colectivos prioritarios", establece que "el Gobierno y las Comunidades Autónomas adoptarán, de acuerdo con los preceptos constitucionales y estatutarios, así como con los compromisos asumidos en el ámbito de la Unión Europea y en la Estrategia Española de Activación para el Empleo, programas específicos destinados a fomentar el empleo de las personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, especialmente jóvenes, con particular atención a aquellos con déficit de formación, mujeres, parados de larga duración, mayores de 45 años, personas con responsabilidades familiares, personas con discapacidad o en situación de exclusión social, e inmigrantes, con respeto a la legislación de extranjería, u otros que se puedan determinar, en el marco del Sistema Nacional de Empleo".

[74] BOE núm. 68 de 20 de marzo de 2007.

[75] BOE núm. 127 de 25 de mayo de 2018.

la presente ley, de forma que puedan a través de la vía del emprendimiento conseguir su inclusión laboral y social".

2. Algunas medidas concretas para el fomento del autoempleo y el emprendimiento en Andalucía

Con el objetivo de favorecer y reforzar el autoempleo como puerta de acceso al mercado laboral de las personas con discapacidad se han instaurado ciertas acciones de discriminación positiva para incrementar la presencia de empresarios dentro de este colectivo. Así pues, el sujeto beneficiario de tales acciones será la persona emprendedora con discapacidad que contará, en Andalucía, con la asistencia de los Centros de Apoyo al Desarrollo Empresarial. Estos centros, dependientes del Servicio Andaluz de Empleo y de la Conserjería de Economía, Innovación, Ciencias y Empleo, brindan servicios de información, asesoramiento sobre la viabilidad del proyecto y su tutorización, alojamiento empresarial gratuito y el contacto con otras empresas u organismos que puedan ser útiles como vías de cooperación.

Sobre este particular, el Sistema Andaluz para Emprender, entendido como el conjunto de actuaciones destinadas a promover el derecho al emprendimiento, mediante el establecimiento de servicios de información, asesoramiento, asistencia técnica, formación, tutorización, preincubación e incubación para la creación de una empresa y el inicio de la actividad económica, cubrirá todas y cada una de las fases del desarrollo de una idea emprendedora, desde el acceso a la investigación y la innovación hasta el consolidación de la empresa pasando por los trámites oportunos para la creación, ejecución, desarrollo y, e irán destinados a aumentar la probabilidad de supervivencia de tales iniciativas. Empero, si bien todas estas medidas están dirigidas la ciudadanía en general, tienen gran dedicación en la asesoría y acompañamiento de las personas con discapacidad que deseen comenzar su emprendimiento, ofreciendo para ello un amplio abanico de medidas para que ellas mismas puedan llevar a término sus ideas y constituirse como empresarias bajo cualquier modalidad.

Esta iniciativa nace en el marco del Plan General de Emprendimiento de Andalucía 2021-2027[76] con el propósito de servir como instrumento práctico facilitador para el cumplimiento de las ambiciones proclamadas por la LAFE. La norma, como adelantábamos, tiene por objeto blindar el derecho al emprendimiento de cualquier persona en condiciones de igualdad de oportunidades. Para ello, y con fin de impulsar un cambio social y el reconocimiento de la importancia que tiene la actividad emprendedora en una sociedad moderna pone a disposición de la ciudadanía servicios de primera y segunda oportunidad o medidas para la remoción de obstáculos que permitan el emprendimiento de personas con algún tipo de discapacidad o riesgo de exclusión social, entre otros.

Además, se inaugura y desarrolla el Portal Andaluz del Emprendimiento, plataforma digital dirigida a facilitar a las personas emprendedoras la información, las herramientas y el conocimiento de los instrumentos necesarios para llevar a término su actividad emprendedora o empresarial. Junto al portal se publicitará el Mapa de Servicios y de Procedimientos para Emprender y el Programa Andaluz de Formación para Emprender, para así lograr construir un sistema integral de formación para el emprendimiento.

De hecho, otro de los elementos esenciales para la LAFE es la erradicación de obstáculos y la consecución de un planteamiento legislativo que amplié la capacidad de inversión en nuestra Región. Al efecto, fue diseñada la Ley 3/2014, de 1 de octubre, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas[77] destinada a mejorar la regulación de las actividades económicas y simplificar los procedimientos de autorización que afecten a las mismas. Adicionalmente, a modo de refuerzo, la reciente aprobación por parte de la Junta del Decreto-Ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para

[76] BOJA núm. 111 de 11 de junio de 2021.
[77] BOJA núm. 4, de 12 de marzo de 2020.

el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía[78], atiende a los mecanismos de absorción de los fondos de los planes que el Gobierno de España para la programación, gestión y ejecución del Instrumento de Recuperación de la Unión Europea.

Ulteriormente, a través del Decreto-Ley 2/2020, de 9 de marzo, de mejora y simplificación de la regulación para el fomento de la actividad productiva de Andalucía, se venían adoptando algunas medidas de carácter extraordinario y urgente[79], se proponen actuaciones para hacer frente a la deceleración económica propia de la crisis actual y marcar las bases que permitan dotar de mayor competitividad y sostenibilidad al modelo productivo andaluz. El Decreto entra a modificar las normas que traban el acceso y/o el ejercicio de la actividad emprendedora, agilizando los trámites y atenuando los requisitos administrativos.

En esta línea, el Programa de promoción de empleo autónomo para personas con discapacidad (regulado por la Orden TAS/1622/2007, de 5 de junio[80]), de ámbito nacional y gestionado por las Comunidades Autónomas, tiene como finalidad principal dotar de financiación a los proyectos propuestos por personas con discapacidad reconocida que deseen convertirse en trabajadores autónomos. Además de los servicios de asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento, y de las reducciones y bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social, podemos nombrar, entre muchas otras, las siguientes ayudas contempladas en la citada Orden:

— Subvención inicial por el establecimiento como trabajador autónomo: hasta un máximo de 10.000 euros.

— Subvención financiera con la finalidad de reducir los intereses de los préstamos que sean necesarios para la constitución de la persona con discapacidad como trabajador autónomo: reducción de hasta 4 puntos sobre el interés fijado por la entidad financiera que conceda el préstamo, y ayuda máxima de 10.000 euros.

— Subvención para asistencia técnica para contratar, durante la puesta en marcha de la empresa, los servicios externos necesarios para mejorar el desarrollo de la nueva actividad empresarial, así como para realizar los estudios de viabilidad, organización, comercialización, diagnosis u otros de naturaleza análoga: el 75% del coste de los servicios prestados con un tope de hasta 2.000 euros.

— Subvención para la formación con el objeto de financiar actuaciones formativas (relacionadas con la dirección, la gestión empresarial, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, etc.) dirigidas a satisfacer las necesidades formativas del trabajador por cuenta propia con discapacidad: el 75% del coste de los cursos con un tope de hasta 3.000 euros.

Por otro lado, junto con estas iniciativas autonómicas, a nivel estatal, podemos destacar también medidas de capitalización de la prestación por desempleo y exención de la misma en el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, las bonificaciones en las cuotas al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y las ayudas directas destinadas al inicio y al ejercicio de la propia actividad

[78] BOJA núm. 35 de 22 de febrero de 2021.

[79] BOE núm. 255 de 21 de octubre de 2014.

[80] BOE núm. 136, de 7 de junio de 2007. *Vid.* SEPE, "Guía de integración laboral de las personas con discapacidad", 2020, pág. 6, disponible en: https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-empleo/integracion-laboral-discapacidad.html. Sobre esta cuestión, *vid.* también Ferrando García, F.M., "Incentivos laborales al emprendimiento o autoempleo individual (I)", en AA.VV. (Farias Batlle, M. y Ferrando García, F.M. Dirs.), *Fomento de trabajo autónomo y la Economía Social. Especial referencia a las novedades introducidas por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, págs. 185-188.

empresarial. Ahora bien, no debemos olvidar la existencia de la iniciativa privada, que financia multitud de acciones incentivadoras de autoempleo para personas con discapacidad. En este sentido, se puede mencionar por ejemplo el trabajo de la Fundación Once que, junto Andalucía Emprende e Inserta realiza para promover el emprendimiento en andaluces con discapacidad[81].

V. UNAS BREVÍSIMAS CONCLUSIONES

Partiendo del mandato constitucional a los poderes públicos, de asumir políticas que eliminen las situaciones de desigualdad, desde el contexto andaluz, deben asumirse actuaciones concretas que faciliten el acceso a un empleo digno a las personas con discapacidad.

En cualquier caso, la globalización y sus efectos, han supuesto, de una parte, que los problemas también se observen de un modo universal, pero, de otra, que los problemas que afectan a colectivos vulnerables, no se circunscriben a zonas concretas, sino que se extienden de manera generalizada. En este sentido, la pandemia que ha repercutido de manera significativa en todos los sustratos sociales, ha podido tener una especial incidencia en los colectivos más vulnerables, entre los que cabe reconocer a las personas con discapacidad. Y si hay un elemento sustancial, es el acceso a una actividad profesional. Si a ello se une la nueva crisis energética, incrementada de manera exponencial por la invasión de Ucrania y sus consecuencias económicas, sociales y en el empleo, así como la espiral inflacionista que ralentiza e imposibilita el crecimiento y el desarrollo; se reconoce una potenciación del reto al que deben enfrentarse los poderes públicos en la puesta en marcha de las políticas finalistas que atiendan al objeto de eliminar las situaciones de desigualdad.

En este marco, adquiere particular transcendencia la función que pueden asumir cada Comunidad Autónoma que más allá de las políticas activas dirigidas a la creación de empleo -que para este colectivo, cuando ha sido por cuenta ajena, se ha caracterizado, en gran medida, por la precariedad y temporalidad-, ha apostado por el éxito de las medidas dirigidas al emprendimiento y el autoempleo, bien como alternativa para evitar los escenarios en los que no resulta fácil la creación de aquél, bien como opción idónea para el desarrollo personal, profesional y crecimiento económico.

Esta posibilidad encuentra su reflejo en las políticas de la Comunidad Autónoma andaluza, con diferentes vías en las que confluyen, respecto a la personas con discapacidad, sujetos privados, públicos y entidades sin ánimo de lucro, y cuyo éxito siempre es relativo ante la dificultad que este colectivo presenta para su desarrollo pleno por las barreras que se encuentran en muy diversos ámbitos. No obstante, cualquier actuación encaminada para facilitar la integración social y laboral de la persona con discapacidad no solo es una obligación de nuestros poderes públicos, sino un esfuerzo que, en nuestro Estado del Bienestar, resulta absolutamente imprescindible y que, en la medida en la que consiga o facilite aquella integración, un éxito no mensurable en lo cuantitativo, sino en lo cualitativo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Alles, M.A., *Autoempleo*, Ediciones Granica, 2005.

Azqueta Díaz de Alda, A., "Análisis del concepto emprendedor y su incorporación al ámbito educativo." *Análisis del concepto emprendedor y su incorporación al ámbito educativo*, 2019.

Baldwin, M., & Johnson, W.G., "Labor market discrimination against men with disabilities." *Journal of Human Resources,* vol. 29, núm. 1, 1994.

[81] Andalucía Emprende, Fundación ONCE e Inserta se suman para promover el emprendimiento en andaluces con discapacidad, (19 de octubre de 2021), Europapress. Leer más en: https://www.europapress.es/esandalucia/malaga/noticia-andalucia-emprende-fundacion-once-inserta-suman-promover-emprendimiento-andaluces-discapacidad-20211019140150.html

Caballero Pérez, I., "La interseccionalidad de género y discapacidad a la luz de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", en AA.VV. (Pérez Bueno, L.C y Lidón Heras, L., Dirs.), *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad- 2006/2016: una década de vigencia.*, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), Madrid, 2016.

Campoy Cervera, I., "Una aproximación a las nuevas líneas de fundamentación de los derechos de las personas con discapacidad", Revista telemática de filosofía del derecho (RTFD), núm. 8, 2004-2005.

Constantino García, R., Martínez Campillo, A. y Fernández Gago, R., "Características del emprendedor influyentes en el proceso de creación empresarial y en el éxito esperado", *Revista europea de dirección y economía de la empresa*, vol. 19, núm. 2, 2010.

De Bes F.T., "El libro negro del emprendedor" *Guia il· lustrada on es mostra els principals problemes que tenen els emprenedors a la hora de passar de la idea al desenvolupament de la mateixa*, 2005.

Doherty, M., "Trabajo Decente y Creación de Empleo: una Visión Angloirlandesa", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, núm. 4, 2016.

Ferrando García, F.M., "Incentivos laborales al emprendimiento o autoempleo individual (I)", en AA.VV. (Farias Batlle, M. y Ferrando García, F.M. Dirs.), *Fomento de trabajo autónomo y la Economía Social. Especial referencia a las novedades introducidas por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

Formichella, M., "El concepto de emprendimiento y su relación con la educación, el empleo y el desarrollo local", *Buenos Aires, Argentina*, 2004.

Fundación ONCE, "Las mujeres con discapacidad elevan el nivel formativo del colectivo" *Observatorio sobre Discapacidad y Mercado de Trabajo en España Fundación ONCE.* https://www.odismet.es/blog/las-mujeres-con-discapacidad-elevan-el-nivel-formativo-del-colectivo.

Fundación ONCE, "La Situación laboral de las personas con discapacidad" *Observatorio sobre Discapacidad y Mercado de Trabajo en España. Fundación ONCE*, 2016. Enlace web: https://www.odismet.es/blog/las-mujeres-con-discapacidad-elevan-el-nivel-formativo-del-colectivo.

García Ninet, J.I., "Acerca de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA)", *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 199, 2007.

Ghai, D., "Trabajo decente: concepto e indicadores", *Revista internacional del trabajo*, vol. 122, núm. 2, 2003.

Gil Gil, J.L., "Trabajo decente y reformas laborales", *Revista Derecho social y empresa*, núm. 7, 2017.

Gil Gil, J.L., "La aplicación por el juez nacional de los instrumentos de la OIT", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 59, 2021.

Gómez Salado, M.Á., "El fomento del empleo por cuenta propia", en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F. y Maldonado Molina, J.A., Dirs.; López Insua, B.M. y Ruiz Santamaría, J.L., Coords.), *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un efoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.

Hernández Días, J. y Millán Tapia, J.M., "Las personas con discapacidad en España: inserción laboral y crisis económica", *Revista Española de Discapacidad (REDIS),* vol. 3, núm. 1.

Instituto Nacional de Estadística, "El empleo de las Personas con Discapacidad (EPD) Año 2020 [Comunicado de prensa], https://www.ine.es/prensa/epd_2020.pdf

Instituto Nacional de Estadística, *Glosario de Conceptos*, INE. Enlace web: https://www.ine.es/DEFIne/es/concepto.htm?c=5198&tf=&op=30209.

Laloma García, M., *Empleo protegido en España. Análisis de la normativa legal y logros alcanzados*, Cinca, Madrid, 2007.

Lozano Lares, F., "La Eficacia Jurídica del concepto de Trabajo Decente", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, núm. 4, 2016.

Malo, M.A y Pagán, R., ¿Existe la doble discriminación salarial por sexo y discapacidad en España? Un análisis empírico con datos del Panel de Hogares. *Moneda y Crédito*, núm. 225, 2007.

Menéndez Calvo, M.R., "Integración laboral de las personas con discapacidad: modelo legal tras la reforma de 2012", *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 5, 2012.

Molina Navarrete, C., "¿Libertad de empresa versus derecho al trabajo decente? En busca de un estatuto jurídico-laboral para el "empresario-empleador indirecto", la "mano invisible" que mece el mercado" (Presentación), *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 409, 2017.

Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M., "La garantía internacional del derecho a un "trabajo decente", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 177, 2015.

Monereo Pérez, J.L., *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017.

Moreno Rodríguez, R. y Tejada Cruz, A., *Avances académicos sobre empleo, autoempleo y emprendimiento de las personas con discapacidad*, Asociación accesibilidad para todos "La ciudad accesible", Madrid, 2020.

Observatorio Argos, "Mercado de Trabajo de personas con discapacidad en Andalucía. 2020" https://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo/web/argos/web/es/ARGOS/Publicaciones/pdf/20211203_Discapacidad2020.pdf.

Ocaña Malo, M.A., "Discriminación salarial y discapacidad: de los datos a la política de empleo" *Panorama Social*, núm. 26, 2017.

Olarte Encabo, S., "Empleo y discapacidad: ¿Ante un cambio cultural?", en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L. y Márquez Prieto, A., Dirs.), *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo (libro homenaje a la profesora Rosa Quesada Segura)*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2016.

Organización Internacional del Trabajo, *Resolución sobre la Clasificación Internacional de la Situación en el Empleo (CISE) adoptada por la decimoquinta Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo,* OIT, 1993. Enlace web: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/normativeinstrument/wcms_087564.pdf.

Palomo Ruiz, L., *Promoción del trabajo autónomo: Análisis jurídico-crítico y propuestas de mejora*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 2017.

Pérez-Sánchez, B., "Reseña crítica del empresario en la fisiocracia y la economía clásica." *Hitos de Ciencias Económico Administrativas*, vol. 17, núm. 47, 2011.

Rodríguez Ramírez, A., "Nuevas perspectivas para entender el emprendimiento empresarial" *Pensamiento y gestión*, núm. 26, 2009.

Roldan Martínez, A., "Una visión crítica de las políticas de emprendimiento joven desde la perspectiva de la discapacidad" *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo,* vol. 5, núm. 2, 2017.

SEPE, "Guía de integración laboral de las personas con discapacidad", 2020, disponible en: https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-empleo/integracion-laboral-discapacidad.html.

Stewart Schwab, J., "Employment discrimination" *Encyclopedia of law and economics*. Edward Publishing Limited, 1999.

Tejada Cruz, A. y Moreno Rodríguez, R., "Aspectos de relieve en el emprendimiento de las personas con discapacidad: situación actual, factores de interés y resultados de la Cátedra de Investigación Fundación Konecta", en AA.VV., *Avances académicos sobre empleo, autoempleo y emprendimiento de las personas con discapacidad*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2020.

Tulio Carmen, C. y Guerrero, L.M., "El emprendimiento y sus tenciones desde la política pública" *Cali: Fundación Universitaria Católica Lumen Gentium,* 2012.

Vargas Dengo, M.C., "Miradas epistemológicas desde distintas perspectivas teóricas sobre discapacidad" *Revista electrónica EDUCARE*, vol. 16, núm. 3, 2012.

Vila Tierno, F., "La protección de los mayores frente a la carencia de rentas en un contexto de reformas por la sostenibilidad, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 61, 2022.

Vila Tierno, F., "Trabajo decente y extinción del contrato de trabajo", 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*, Laborum, Murcia, 2018.

VV.AA., *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico* (Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G. Dirs.), Laborum, Murcia, 2022.

Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

6. La Reserva De Empleo Público. Especial Referencia A La Oferta De Empleo Público En Andalucía Y La Ley 4/2017

Raquel Vida Fernández
Profesora Colaboradora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-1254-3796.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA SOBRE EL DERECHO AL ACCESO AL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA. 1. *LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: UN CAMBIO DE PERSPECTIVA SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD*. 2. *LA REGULACIÓN ESTATAL Y DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA, RELATIVAS AL ACCESO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AL EMPLEO PÚBLICO.* III. LA RESERVA DE EMPLEO PÚBLICO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD: FIGURA ESTRELLA DE INSERCIÓN LABORAL. 1. *EL CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD*. 2. *LA CUOTA DE RESERVA A FAVOR DE TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD Y SU REFLEJO EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO PÚBLICO.* IV. RESERVA DE EMPLEO PÚBLICO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA. 1. *LA RESERVA DE EMPLEO PÚBLICO EN LA LEY 4/2017, DE LOS DERECHOS Y LA ATENCIÓN A PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA*. 2. *ANÁLISIS DE LA CUOTA DE RESERVA REFLEJADA EN LA OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA EXTRAORDINARIA PARA ESTABILIZACIÓN DE PERSONAL DE 2022*.V. LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA SOBRE DISCAPACIDAD 2022-2030: REFERENCIAS AL CUPO DE RESERVA COMO MEDIDA DE FOMENTO DEL EMPLEO. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Las denominadas "cuotas de reserva de plazas para personas con discapacidad" es una medida que se encuentra regulada desde hace tiempo en nuestro país, tanto en el ámbito público, como en el de la empresa privada, sin embargo lo que podríamos llamar niveles razonable de ocupación en el mercado de trabajo del colectivo de personas con discapacidad no es, hasta el momento, una meta lograda. Como ya se denunciaba en el Libro Blanco sobre el acceso e inclusión en el empleo público de las personas con discapacidad[1]: "*el sistema no ha logrado un acceso significativo al empleo público de este colectivo y ni siquiera los cupos se han cubierto en la mayoría de los casos, siendo especialmente grave el incumplimiento de la reserva en el caso de las personas con discapacidad intelectual"*.

Las Administraciones Públicas tienen un especial compromiso y nivel de responsabilidad en relación a la consecución del acceso de las personas con discapacidad al empleo público, dado que este es el principal instrumento con utilidad real para lograr la inclusión social, y la evitación de la marginalidad y en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos.

En el presente capítulo se analizará la regulación vigente, las particularidades, problemas y oportunidades que existen en torno al tema del acceso al empleo público de este colectivo, con especial atención a la reserva de plazas como medida principal, y su aplicación dentro del ámbito del empleo público andaluz. El objetivo es aportar una visión global de la situación y, en su caso, proponer mejoras en el sistema para garantizar e impulsar medidas que promuevan la igualdad de oportunidades en relación al acceso del empleo público de las personas con discapacidad de nuestro país.

[1] Documento realizado a instancia de la Dirección General de Políticas de Apoyo a la Discapacidad, la Dirección General de la Función Pública, las diversas asociaciones de CERMI, la Fundación ONCE, FSC Inserta. Publicado en 2015 por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).

II. MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA SOBRE EL DERECHO AL ACCESO AL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA

Toda la normativa dictada en favor de la igualdad y la protección de los derechos y libertades de las personas con discapacidad, en los diferentes ámbitos (internacional, nacional, autonómico, convencional), se caracteriza por ser una regulación trasversal y con los derechos fundamentales como telón de fondo.

En este capítulo nos centraremos en la regulación referida a las medidas favorecedoras del acceso al empleo público, como principal instrumento para la integración y activación del ingreso de las personas afectadas por discapacidad en el ámbito público, si bien, a efectos de localizar bien la materia, debemos hacer cuando menos, una referencia al marco normativo global.

1. La Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad: un cambio de perspectiva sobre los derechos de las personas con discapacidad

El 13 de diciembre de 2006 se aprobaron en el seno de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU), la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y su Protocolo Facultativo. Estos tratados internacionales tienen como objeto recopilar los derechos de las personas que sufren cualquier tipo de discapacidad y las correlativas obligaciones de los Estados en términos de protección y promoción de dichos derechos. España ratificó el CDPD y su Protocolo, el 21 de abril de 2008, -con vigor desde el 3 de mayo de 2008-.

La trascendencia de esta regulación internacional se traduce en un tratamiento nuevo en torno al propio concepto de la discapacidad y la especial consideración de los ciudadanos afectados, en términos de su consideración social y de derechos humanos[2]. A lo anterior se une la importancia de contar, a partir de este momento, con un instrumento jurídico vinculante para reclamar y hacer respetar los derechos particulares y particularizados, de este colectivo.

El legislador español entiende desde el principio que la CDPD, obliga a un cambio de modelo en términos de regulación y políticas sobre porque, realmente, supone un cambio de cultura, que obliga a pasar *"desde el tradicional enfoque asistencial al de garantía de derechos",* de tal forma que "*los poderes públicos están obligados a garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo",* (Exposición de Motivos de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía). Este ha sido y es, por tanto, el punto de partida de toda la regulación que se dicte en nuestro país en relación a cualquier aspecto que afecte a las personas con discapacidad, y al acceso al empleo en particular.

Lógicamente, la ratificación Convención por nuestro país, obligó a modificar numerosos aspectos tanto de fondo, como de forma, en relación a todas las normas que afectan a esta realidad. En este sentido fue clave la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. El objetivo de la norma era adaptar

[2] Este nuevo ideario es recogido por el legislador español, y reflejado en estos términos en el documento sobre la "estrategia española sobre discapacidad 2022/2039, en estos términos: *La discapacidad entendida, asumida y respetada como una cuestión de derechos humanos se centra en la dignidad intrínseca del ser humano y, de manera accesoria -y sólo en el caso que sea necesario- en sus características clínicas. Sitúa al individuo en el centro de todas las decisiones que le afecten y ubica el centro del problema fuera de la persona -en la sociedad. Se reconoce así que las personas con discapacidad son sujetos de derecho, con derechos, y que el Estado y otras entidades tienen responsabilidades para garantizar su ciudadanía plena. Afortunadamente, la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) asume este enfoque obligando a los Estados Parte a integrarlo en sus políticas públicas.* La estrategia española sobre discapacidad 2022-2030, para el acceso, goce y disfrute de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad. Ministerio de Asuntos Sociales y Agenda 20/30. 4 de mayo de 2022, Madrid.

un total de diecinueve leyes[3] que directa o indirectamente tenían repercusiones en los derechos de las personas con la discapacidad, para ajustarlas al nuevo modelo y a los principios de respeto a la dignidad de la persona, la autonomía individual, la no discriminación y la participación e inclusión plenas en la sociedad, basada en la igualdad de oportunidades.

Seguidamente nos centraremos en las normas de referencia, vigentes, en relación al acceso al empleo (y en particular al empleo público), en nuestro país.

2. La regulación estatal y de la Comunidad Autónoma andaluza, relativas al acceso de las personas con discapacidad al empleo público

Como no puede ser de otra forma, en primer lugar, hemos de remitirnos a los preceptos de la Constitución española de 1978 de la que parte la regulación relativa a los derechos del colectivo de discapacitados. En concreto, el artículo 49 recoge el mandato a los poderes públicos para la promoción e integración de las personas con discapacidad, a lo que se suman, entre otros, el artículos 14 (principio de igualdad), el artículo 9.2 (deber de los poderes públicos de remoción de los obstáculos que "impidan o dificulten" la igualdad real), el artículo 10 (interpretación de los derechos conforme a lo Tratados internacionales). Por su parte, en relación al ingreso en la función pública, el artículo 23.2 de la Constitución reconoce el derecho de todos los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas, y el artículo 103.3 exige que dicho acceso se realice de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

En términos histórico-normativos, los anteriores mandatos no se pusieron en marcha en nuestro país hasta la aprobación de la Ley 13/1982, de integración social de las personas con discapacidad, que fue norma pionera dirigida a regular la atención y apoyos a las personas con discapacidad.

Posteriormente, como consecuencia de la transposición de la Directiva 2000/78 /C.E. del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, se han ido dando una nueva serie de medidas legislativas estatales que pretenden asegurar la supresión de cualquier discriminación por razón de discapacidad y fomentar el ingreso en la función pública de las personas con discapacidad. En este contexto se aprobó la Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la, también importante, Ley 49/2007, de 26 de diciembre, que aprobaba el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Sin embargo, como antes se mencionó, fueron la Ley 26/2011, de 1 de agosto, y Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, las que introdujeron en nuestro ordenamiento ese cambio de paradigma que introduce la norma internacional.

[3] El elenco de normas que debieron ser modificadas en alguna medida, para armonizarlas con la CDPD, fueron las siguientes: Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; 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 sordo-ciegas; 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; Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por el Real Decreto-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto; Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación ce las profesiones sanitarias; Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre protección civil; Ley 23/1998, de 7 de julio, de cooperación internacional para el desarrollo; Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro; Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal. Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar; Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público; Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.

En relación al acceso del colectivo de discapacitados el instrumento clave fue el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, aspecto también regulado, a partir de 2007, en el Estatuto Básico del Empleado Público (actual texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), -a cuyo contenido haremos referencia posteriormente-.

Las anteriores normas fueron refundidas en el denominado Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social (LGDPD), por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. Este nuevo texto, entre otros aspectos, incluye el derecho de acceso al empleo, en consonancia con la Convención de la ONU de 13 de diciembre de 2006, que como, hemos visto, supone "*la consagración del enfoque de los derechos de las personas con discapacidad,….como sujetos titulares de derechos y los poderes públicos están obligados a garantizar su ejercicio de forma plena y efectiva",* (Exposición de Motivos del RD Legislativo 1/2013). Es importante señalar que, precisamente, el concepto de persona con discapacidad que utilizamos actualmente, viene determinado en nuestra legislación por el artículo 4. a) de la LGDPD, tal y como se comentará más adelante.

En el ámbito autonómico, actualmente todos los Estatutos de Autonomía regulan los derechos sociales de las personas con discapacidad, acogiendo los principios de igualdad de trato, de oportunidades y de accesibilidad, cuentan, en mayor o menor medida, con regulación específica sobre la materia.

En el caso de la Comunidad Autónoma Andaluza su Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, y la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, constituyen el núcleo duro de la regulación autonómica en materia de derechos y oportunidades para las personas con discapacidad.

Partiendo de este "cuadro" de normas, y del concepto de "persona discapacitada" aportada por la LGDPD, pasamos a analizar la actual regulación de los mecanismos de apoyo a las personas con discapacidad en el acceso al empleo público, y en particular la denominada cuota de reserva.

III. LA RESERVA DE EMPLEO PÚBLICO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD: FIGURA ESTRELLA DE INSERCIÓN LABORAL

Entre los principios fundamentales erigidos por la Convención de la ONU destacan el derecho a la no discriminación, la participación e inclusión plenas en la sociedad de las personas discapacitadas y la igualdad de oportunidades (estrechamente vinculada a las anteriores). Estos principios se refieren a la consecución una sociedad y un entorno que estén al alcance de todas las personas, incluidas las que presentan una discapacidad. Obviamente, la igualdad de oportunidades no siempre significa que estén al alcance de todas las personas las mismas oportunidades, dado que esta interpretación conllevaría la perpetuación de desigualdades de base, -especialmente significativas en relación a las personas con discapacidad-. Por el contrario, se reconocen las diferencias entre las personas y se garantiza que, a pesar de esas diferencias, todas ellas tienen las mismas oportunidades de disfrutar de sus derechos. El respeto a estos principios obliga, por tanto, a establecer las normas y medidas necesarias para que las personas con singularidades, no se vean perjudicadas, con el anhelado objetivo de configurar un sistema esencialmente justo, que logre eliminar los obstáculos que afectan a las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos.

Pues bien, uno de los ámbitos donde se desarrollan medidas a favor de la integración de las personas con discapacidad es el apoyo al empleo. De hecho, la "Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020" (15/11/2010), reconocía como ámbito de actuación prioritaria el empleo

y la protección social[4]. Es un hecho notorio,-y sostenido-, el que los discapacitados constituyen un colectivo con especial dificultad de inserción en el mercado laboral[5]. Como consecuencia, hace tiempo que se viene dando especial importancia en términos de política de empleo activo, a medidas de integración real en el mercado laboral de los discapacitados. Entre otras, encontramos instrumentos como las denominadas acciones formativas, las actividades de orientación laboral, bonificaciones de Seguridad Social e incentivos fiscales a fin de reducir costes laborales vinculados a su contratación, los "ajustes razonables" de los puestos de trabajo para favorecer la inserción laboral, compatibilidad de bonificaciones y subvenciones, entre otras.

El más importante, y antiguo, elemento corrector vinculado a la empleabilidad es la denominada "*cuota de reserva",* que constituye, seguramente, la medida más eficaz y directa de inserción laboral para las personas con discapacidad. El origen, en nuestro ordenamiento democrático, de la regulación de este instrumento se produce en 1982, de la mano de la ya derogada Ley 13/1982, de Integración Social de Minusválidos, (conocida como LISMI), y actualmente pervive en la Ley General de Derechos de Personas con discapacidad, como luego se analizará. En este mismo sentido, el Estatuto de los Trabajadores regula, en su artículo 17.2 y 3, la posibilidad de establecerse por ley reservas, y ayudas de diversa naturaleza para fomentar el empleo de "grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo". La obligación de reserva de cuota es, por tanto, una medida con sobrada solidez en el tiempo, que se justifica por ser un instrumento directo de intervención en el acceso al empleo de las personas con discapacidad que, como es sabido, constituye en sí mismo un instrumento clave para la integración social real de cualquier persona, y elemento indispensable para evitar la discriminación social y económica de las personas en general, y de este colectivo en particular.

1. El concepto de persona con discapacidad

Antes de pasar a analizar cómo se configura de la "cuota de reserva" como instrumento de integración laboral, debemos detenernos en el propio concepto de persona con discapacidad, tanto desde el punto de vista de su concepción social, como técnico-jurídico.

El concepto de discapacitado ha evolucionado en paralelo al tratamiento y la valoración que la sociedad ha venido haciendo de las personas discapacitadas. De hecho, hasta prácticamente los años ochenta del siglo pasado, la consideración que se atribuía a la persona afectada por una discapacidad, jugaba con la idea de lograr la igualdad con las personas no discapacitadas mediante la aplicación y prioridad de tratamientos médicos o rehabilitadores que lograsen dotar a estos sujetos de las capacidades que les faltaban, (el denominado "modelo rehabilitador").

Actualmente, el concepto se adapta al modelo social[6], que introduce la Convención sobre Derechos de la Personas con Discapacidad (art. 1), donde la idea que prima es la inclusión en la

[4] Y es que, "un mercado laboral abierto e inclusivo no puede ser discriminatorio hacia las personas con discapacidad. Ello implica no solamente la eliminación de barreras (lo que requiere accesibilidad, ajustes y apoyos) sino también la adopción de medidas que favorezcan el acceso al empleo de las personas con discapacidad". Impacto de la aplicación de la Convención de Naciones Unidas para los derechos de las personas con discapacidad en la regulación de los centros especiales de empleo, citado por Fernández Orrico, F.J. *Cuota de reserva y ajustes razonables para trabajadores con discapacidad en el ámbito laboral ordinario.* Revista Española de Derecho del Trabajo. Núm. 195. 2017.

[5] Según los datos del Instituto Nacional de Estadística en su informe "el empleo de las personas con discapacidad" (actualizado a 28 de febrero de 2022): el 34% de las personas con discapacidad en 2020 eran activos. Esta tasa es 41,8 puntos inferior a la de la población sin discapacidad. La tasa de empleo de las personas con discapacidad fue del 26,7% (del 64,3% para las personas sin discapacidad). La tasa de paro para el colectivo con discapacidad es de 6,8 puntos superior a la población sin discapacidad. No obstante en existe una sensible mejora respecto a los datos del año anterior.

[6] Es el modelo que rigen en la mayoría de los Estados….cuya esencia consiste, en que se traslada de alguna forma la responsabilidad de la discapacidad desde el sujeto, a quienes pueden hacer posible (Estado, organizaciones, empresas, asociaciones..), la remoción de los obstáculos de todo tipo que hagan posible que los discapacitados se

sociedad en igualdad de condiciones. Así, el vigente concepto técnico-jurídico de "persona con discapacidad" regulado en el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, que aprueba del Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad (LGDPD), considera que los requisitos que determinan la discapacidad son: la existencia de alteraciones físicas, mentales, intelectuales y sensoriales (o varias de ellas), que dichas deficiencias sean "previsiblemente permanentes", y que supongan barreras que limiten o impidan "*su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás*," (art. 4 a) LGDPD). Así pues, los dos elementos clave del concepto son el subjetivo de la discapacidad, y el objetivo de los obstáculos o barreras externos que impiden a la persona que sufre las limitaciones trabajar en iguales condiciones que las personas sin discapacidad.

Lógicamente esta condición que activa los mecanismos de protección para la personas que la padecen, deberá ser objetiva, y por tanto reconocida administrativamente, siendo considerada una persona como discapacitada *"a aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento"*. A estos efectos se considerará que alcanzan el 33%, y por tanto se le considerará también como discapacitados, a "*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 de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad*", (art. 4.2 LGDPD). De esta forma la norma equipara (por ser dos vías posibles que acreditar una misma realidad objetiva), a las personas con discapacidad que sean reconocidos como tales mediante el proceso de reconocimiento del mismo que se realiza conforme a la correspondiente norma reglamentaria y los servicios de las autonomías para dichas valoraciones, a los que tengan la condición reconocida de beneficiarios de pensión de incapacidad a partir del grado de total en adelante, conforme al informe correspondientes Equipos de Valoración de Incapacidades (EVI), para el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

2. La cuota de reserva a favor de trabajadores con discapacidad y su reflejo en el ámbito del empleo público

Actualmente la regulación primaria o básica, de la cuota de reserva tiene su punto de partida en el artículo 42 de la LGDPD, (sustituto del artículo 38 de la LISMI). Dicho precepto establece que las empresas, tanto públicas, como privadas, que empleen un número mayor de 50 trabajadores, "*vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2% sean trabajadores con discapacidad"*. El legislador aclara la forma de cómputo, estableciendo de forma expresa que "*dicho porcentaje se calcula sobre la plantilla total de la empresa, con independencia del número de centros de trabajo de la empresa, y del tipo de contrato de los trabajadores."*[7] También matiza que se incluirán en el cómputo de la plantilla los trabajadores discapacitados contratados en empresa privada o pública, mediante empresa de trabajo temporal. Este es el que podemos denominar como "reconocimiento mínimo", en términos de reserva de empleo que, no obstante, tiene excepciones en cuanto a su obligatoriedad, -condicionado a que cumplan unos requisitos y previa comunicación a la autoridad laboral-,[8] pero también mejoras,

equiparen con quien no sufren discapacidad. Fernández Orrico, F.J. "Cuotas de reserva y ajustes razonables para trabajadores con discapacidad en el ámbito laboral ordinario". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 195, 2017.

[7] De cara al cómputo de la plantilla a fin de determinar la existencia o no de obligación de cuota de reserva, debemos tener presentes las aclaraciones que aporta el Criterio Técnico de la Inspección de Trabajo núm. 98/2016, que considera que el promedio de trabajadores a tener en cuenta para el cómputo, serán los empleados en la empresa durante los doce meses antes, y que se computarán como un trabajador fijo más, a los temporales con contrato de duración determinada superior al año. Los contratos temporales inferiores al año, computan según el número de días trabajados el año anterior, de forma que cada 200 días o fracción computan como un trabajador más.

[8] El artículo 42 establece la posibilidad de excepcionar la obligación de aplicar de esta reserva, de forma parcial o total, mediante acuerdos recogidos en la negociación colectiva o por opción voluntaria de la empresa. En todo caso dichas "excepciones" si bien todo ello condicionado a la aplicación de "medidas alternativas" que se determinan reglamentariamente (Real Decreto 364/2005, por el que se regula el cumplimiento alternativo con

-particularmente significativas en el ámbito del empleo público y, por supuesto, las que puedan ser introducidas mediante la negociación colectiva-.

El concepto de "empresa" que es obligada a cumplir con la cuota de reserva, hace referencia a la "empresa privada" considerando como tal las definidas como tal en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores (sea cual sea su forma jurídica, e incluso sin personalidad jurídica, y teniendo en cuenta que en los grupos de empresa la obligación de reserva afecta a cada una de las que lo forman de manera diferenciada. Criterio de la ITSS núm. 98/2016).

En lo referente a empresas públicas, el Criterio de la ITSS, matiza que deben entenderse comprendidas "todas las entidades públicas empresariales" de la Administración General del Estado, cuyo personal laboral se rige por el Derecho laboral, (art. 103[9] y 106 Ley 40/2015, Régimen Jurídico del Sector Público). Respecto al personal al servicio de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, se entenderán incluidas en dicho concepto de "empresario" obligado, aquellas entidades sometidas al derecho privado en su contratación laboral, sin perjuicio del control directo o indirecto del poder público sobre ellas, derivado de la propiedad de la misma, participación financiera o por las normas que las rigen. En definitiva, la obligación de reserva en estos términos se extiende en el ámbito privado exclusivamente a las entidades público-empresariales, en las que se impone el derecho laboral común, y no sean de aplicación las normas de acceso al empleo público[10], (dado que en aquéllas será de aplicación a efectos de la configuración de esta figura su propia regulación especial).

Se ha de hacer constar que el incumplimiento del respeto a la cuota de reserva, -o en su caso la aplicación de medidas alternativas-, en el ámbito empresarial, constituye una infracción laboral grave, prevista en el artículo 15.2 de Ley de Infracciones y Sanciones Administrativas (LISOS), que conlleva sanción económica y prohibición de contratación con las Administraciones Públicas, -artículo 71. d) Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público-. En relación a este aspecto hay que señalar que, en la práctica, existe una cierta deficiencia en cuanto a cumplimiento de la obligación, denuncias de dichos cumplimientos y actividad sancionadora efectiva, que es un punto a mejorar en el futuro.

La cuota es instrumento de discriminación positiva muy importante para ese aspecto, tan decisivo en términos generales de integración social, que es la incorporación al mercado de trabajo de las personas. Sin embargo, ni el porcentaje de reserva exigido actualmente para las personas con

carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad, en su artículo 1 regula las circunstancias excepcionales de exención).

[9] El artículo 103 de la LRJSP define las "*entidades públicas empresariales de ámbito estatal"* como "*entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia, patrimonio propio y autonomía en su gestión, que se financian con ingresos de mercado, a excepción de aquellas que tengan la condición o reúnan los requisitos para ser declaradas medio propio personificado de conformidad con la Ley de Contratos del Sector Público, y que junto con el ejercicio de potestades administrativas desarrollan actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptible de contraprestación"*.

[10] Para entender la delimitación en términos de aplicación del cupo de reserva de empleo propia del ámbito privado y la cuota de oferta de empleo público, es necesario tener claro que el concepto de "Administraciones Públicas" a efectos de ámbito de aplicación del EBEP incluye, según su artículo 2, a: *La Administración General del Estado; las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de la Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla; las Administraciones de las Entidades Locales; los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Publicas y las Universidades Públicas"*. Por otro lado, el personal al servicio del sector público instrumental o empresarial formado por empresas públicas empresariales, agencias, sociedades mercantiles participadas mayoritariamente por el Estado, y fundaciones de carácter público, no están incluidos en el ámbito de aplicación del EBEP, pero el artículo 59 del EBEP les es de aplicación, acorde con lo dispuesto en su Disposición Adicional 1ª del EBEP, de tal forma que, su personal se rige por el derecho laboral común, pero en relación a esta materia tenemos que tener presente lo establecido en la norma de empleo público. No sucede así en relación a las empresas, o entidades privadas en las que el Estado tenga participación pero ésta sea minoritaria, y por tanto queden sometidas de forma absoluta a lo establecido por la norma laboral común, sin extensión alguna del EBEP.

discapacidad es muy alto, ni las empresas que suman en nuestro país más de cincuenta trabajadores son mayoritarias[11], siendo ambos aspectos parte del relativo éxito de esta medida.

Por su parte, la aplicación de la cuota de reserva en el ámbito del empleo público, también viene prevista en el artículo 42 LGDPD, en su apartado 2, donde establece la obligación de reservar un cupo en las Ofertas de Empleo Público para ser cubierto por personas con discapacidad, remitiendo el legislador en cuanto a su concreto desarrollo a la normativa específica. Efectivamente, el actual texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, (regulado actualmente por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), recoge este tradicional mecanismos de integración laboral extendiéndolo a todas las Administraciones Públicas, dado su carácter de norma básica. Así, dispone en su artículo 59[12] que "*en las Ofertas de Empleo Público se reservará un cupo no inferior al 7%*[13] *de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, considerando como tales las definidas en el apartado 2 del artículo 4 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad,… siempre que superen los procesos selectivos, acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas*."

La reserva de vacantes en las ofertas de empleo público es de aplicación a las Administraciones Públicas incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP (art. 2), pero también, por razón de lo previsto en su Disposición Adicional primera se extiende a "*las entidades del sector público estatal, autonómico y local que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica*", (en donde se incluye el denominado sector público empresarial y fundacional, sin perjuicio de que a estas les sea de aplicación el derecho laboral en cuanto a convocatoria y provisión de puestos, dado que no les es de aplicación el EBEP, y por tanto no están sometidas a lo establecido en el Capítulo I, del Título IV de dicha norma). En definitiva, en relación a esta materia, solo será de aplicación la regulación laboral referente a cuota de reserva al ámbito del sector público-empresarial donde las Administraciones tengan participación, pero no el control económico de las entidades en cuestión.

Es importante matizar que, como se observa del literal del art. 59 EBEP, el cupo de reserva en las OEP, no vienen condicionadas por la limitación de la dimensión de la plantilla, siendo indiferente la existencia de 50 o más trabajadores[14], -que es una de las características que restringe la efectividad de la medida en el ámbito de la empresa privada-.n

Además, este cupo de reserva hace referencia tanto a las convocatorias para plazas de nuevo ingreso, como las de promoción interna, si bien dicha obligación de reserva no alcanza "*a todas y cada una de las convocatorias que se realicen"*. La distribución del cupo "puede distribuirse entre los diferentes cuerpos, escalas o categorías y si hay distribución del cupo es porque en algunas

[11] Según datos estadísticos de empresas inscritas en la Seguridad Social, a septiembre de 2021, las empresas registradas en España alcanzan los 3,3 millones. El número de empresas con trabajadores en 2021 era de 1.309.569. La mayoría de ellas contaban con uno a dos trabajadores. Las empresas con más de 50 solo suman 30.131. https://www.mites.gob.es

[12] Este precepto tiene como antecedente la previsión establecida en la ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados, que modificaba la Disposición Adicional 19ª de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en el sentido de obligar a reservar en las Ofertas de Empleo Público un cupo no inferior al 5% de las vacantes pero solo en el ámbito de la Administración General del Estado.

[13] Inicialmente el artículo 59 del EBEP establecía un cupo básico para discapacitados no inferior al 5% de las vacantes (Ley 7/2007, texto original del EBEP), pero la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación de la normativa a las Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, obligó a modificar dicho artículo con el incremento del porcentaje, estableciendo un límite no inferior al 7%, con el matiz del 2% para personas con discapacidad intelectual.

[14] Martínez Hernández, A. J., "El acceso al empleo público de las personas con discapacidad en las Administraciones Públicas autonómicas. Un diagnóstico normativo", en *El empleo público y las personas con discapacidad,* CERMI, Madrid, 2009.

convocatorias el porcentaje de reserva podrá ser superior y en otras inferior o no existir"[15]…. Es, por tanto, "*una obligación de reserva general que vincula a las ofertas de empleo público, que son las que tienen que precisar, directamente o por delegación en otro acto administrativo general, los términos en que han de concretarse las reservas en las diferentes convocatorias*", y justificar con razón suficiente los casos en que se excluya, (Sentencia TS, Sala 4ª, de 5 de octubre de 2009, Rec. 82/2008).

El objetivo que sí marca claramente el legislador es que mediante el mismo "*progresivamente se alcance el 2% de los efectivos totales de cada Administración Pública",* sean trabajadores con discapacidad. Otro matiz importante es que esa reserva del 7%, incluye a su vez una reserva del 2% de las plazas ofertadas específicamente para ser "*cubiertas por personas con discapacidad intelectual*", siendo el resto para discapacitados con otro tipo de limitaciones, (art. 59. 1, párrafo segundo EBEP). Como se comprueba de la lectura del precepto, a diferencia de lo previsto para el empleo de la empresa privada (y público-privada), que se establece la reserva como una obligación de resultado, en el ámbito del empleo estrictamente público se regula como una obligación de medio, relativo a los procesos de contratación.[16]

Esta reserva de plaza permite, además, la realización de pruebas restringidas según se deduce del artículo 61.1 EBEP[17], siendo considerada como una medida de discriminación positiva, acorde a la doctrina del Tribunal Constitucional, (por todas, STCo 269/1994, de 3 de octubre). No supone, por tanto infracción de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, que rigen el acceso al empleo público.

El desarrollo reglamentario de la original regulación del cupo de reserva, (Ley 30/84, modificada por Ley 53/2003), fue realizada por el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad. Dicha norma hace referencia a la Administración General del Estado, -sin perjuicio de su aplicación supletoria a las Comunidades Autónomas conforme con su Disposición Adicional Única-. Actualmente sigue vigente, sin perjuicio de adaptaciones a la regulación actual, (principalmente el incremento del cupo de reserva que originariamente era del 5% y a partir de la 2011 se incrementa hasta el 7%). En desarrollo de esta norma reglamentaria se aprobó la Orden Ministerial PRE/1822/2006, de 9 de junio, por la que se establecen los criterios para la adaptación de tiempos adicionales en los procesos selectivos para el acceso al empleo público de personas con discapacidad. También hay que tener presente que los Decretos que aprueban las Ofertas de Empleo Público y las bases de las convocatorias[18], regulan previsiones concretas sobre esta materia, (siendo aquí donde se adapta el mayor o menor cupo de reserva según las funciones o actividades y la compatibilidad con la discapacidad de que se trate). Las diferentes Administraciones Públicas ofrecen información sobre los puestos de trabajo objeto de oferta, así como el cupo de reserva, en la oferta pública de empleo anual (publicada a principios de año en los Boletines Oficiales del Estado y de cada comunidad autónoma). Determinados empleos públicos (como son la judicatura, oposiciones

[15] De hecho en ciertas categorías, la normativa sectorial matiza las capacidades específicas exigidas para acceder a un determinado empleo público. La necesidad de acreditar la "capacidad funcional" precisa para desempeñar las tareas del cuerpo o especialidad al que se opta se realizará mediante dictamen vinculantes que expedirá el órgano competente, antes de iniciarse las pruebas selectivas.

[16] Mercader Uguina, J., Goerlich Peset, J.M., Aradilla Marqués, M.J., Moreno Solana, A., Gimeno Díaz, P. Prácticum Social. Thomson Reuters. 2018. Navarra.

[17] Cavas Martínez, F. "Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio", en Comentario Sistemático del Estatuto Básico del Empleado Público. VV.AA. Comares. Granada, 2008.

[18] Pueden convocarse reserva de plazas para personas con discapacidad mediante convocatoria independiente a la de los procesos libres, o conjuntamente con las plazas ordinarias, pero las plazas reservadas para los discapacitados intelectuales se convocan en un turno independiente, a excepción de las de promoción interna que se convocan con el resto. La elección de optar por el turno libre o por el de reserva, es de la persona con discapacidad. "Acceso al empleo público para las personas con discapacidad. Medidas positivas para promoverlo". Informe del Defensor del Pueblo Andaluz, 2016.

a notarías y registros...) cuentan con normas propias de acceso, distintas de las generales, pero con ciertas similitudes en cuanto a la regulación de los aspectos de discapacidad.

El EBEP es, en todo caso, la norma básica de referencia en relación al mecanismo de obligación de reserva de cara a favorecer el acceso al empleo público de las personas con discapacidad, pero las Comunidades Autónomas cuenta, a su vez con normativa propia, desde la que es posible mejorar lo establecido por la norma estatal.

Seguidamente nos centraremos en la regulación sobre el cupo de reserva que, actualmente, rige en la Comunidad Autónoma andaluza.

IV. RESERVA DE EMPLEO PÚBLICO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA

El mecanismo de reserva de empleo público para personas con discapacidad en el ámbito de las Comunidades Autónomas viene, lógicamente, condicionado en término de mínimos por la normativa estatal, de forma que su regulación, cuando menos, debe ser una traslación al ámbito autonómico. No obstante, puede -y suele-, ser mejorada mediante disposiciones legales, reglamentarias autonómicas o en la negociación colectiva que se desarrolle a nivel autonómico y provincial. Seguidamente analizaremos dicha traslación y desarrollo o mejora en el ámbito de la Comunidad Autónoma andaluza.

1. La reserva de empleo público en la Ley 4/2017, de los Derechos y la Atención a Personas con Discapacidad en Andalucía

La regulación a nivel de Andalucía que tiene como objetivo el adaptar la regulación autonómica a la Convención de Naciones Unidas es la, ya consolidada, Ley 4/2017, de Derechos y Atención a Personas con Discapacidad en Andalucía (LDAPDA).

Entre los objetivos y materias que se tratan en esta norma, expresamente se concede especial importancia a "*dar prioridad a las políticas de empleo dirigidas a la igualdad de oportunidades para todas las personas según sus capacidades, no solo en el ámbito del empleo público, sino en todos los perfiles de ocupación," (Exposición de Motivos, Apartado I).* En este mismo sentido, entre los fines esenciales de la norma, recogidos en su artículo 5 establece el *"o) prevenir la discriminación en el acceso al empleo, incorporando actuaciones que faciliten la inclusión e integración transversal de la igualdad de oportunidades en el diseño, implantación y evaluación de las políticas públicas de empleo".*

No obstante, la importancia de la integración en términos de empleo de las personas con discapacidad ya venía prevista en el texto del Estatuto de Autonomía de Andalucía, en concreto en su artículo 169.2, en relación con las políticas de empleo, conmina a los poderes públicos a "*establecer políticas específicas para la inserción laboral de las personas con discapacidad, así como a velar por el cumplimiento de las reservas previstas en la legislación aplicable".*

El contenido expreso sobre "formación y empleo" viene recogida en el Título V de la ley 4/2017, de los Derechos y la Atención a Personas con Discapacidad en Andalucía. En dicho Título de la norma se proclama la tutela de las Administraciones Públicas de Andalucía en relación a *"la igualdad de oportunidades y de trato en el acceso a las personas con discapacidad al empleo, formación, cualificación y promoción profesionales…",* a cuyos efectos "se llevarán a cabo políticas de formación profesional y empleo, medidas de acción positiva destinadas a facilitar su acceso y permanencia en el mercado laboral" (art. 24). En el artículo 26.3 LDAPDA, por su parte, se mencionada como contenido específico de las políticas de empleo a desarrollar desde la Junta de Andalucía, el impulso a "*acciones necesarias para facilitar el cumplimiento y la implantación de la cuota de reserva de los puestos de trabajo para personas con discapacidad, por parte de las empresas",* (si bien, esa inconcreción en cuanto a las "acciones" ya se sabe que no facilitan el buen fin de los buenos propósitos del regulador).

Lo realmente concreto e importante en cuanto a esta materia, viene recogido en el artículo 28 de la norma, si bien hace referencia exclusivamente al "empleo público". En dicho precepto se establecen mejoras concretas relativas a la "*promoción interna y provisión de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas de Andalucía",* garantizando el principio de igualdad de oportunidades y de trato de las personas con discapacidad. A tal fin se menciona expresamente la "*exención de algunas pruebas y la aplicación del sistema de concurso como sistema de acceso a personal laboral".*

A esto se añade una significativa mejora respecto a la norma estatal, en relación al cupo de reserva, que en Andalucía no podrá ser inferior al 10% del número de plazas para personas con discapacidad reconocida. Dentro de ese porcentaje se hace una especial protección para las personas con discapacidad intelectual, que serán beneficiarias de un 2% de reserva dentro de la cuota de reserva, y un 1% que será exclusivamente para personas con discapacidad mental, que acrediten un grado de discapacidad igual o superior al 33%, (además de la consabida superación del proceso selectivo, y la compatibilidad con el puesto a ocupar[19]). Además se establece una regla de salvaguarda de plazas del cupo no cubiertas, de forma las plazas vacantes reservadas que no hayan sido cubiertas en una convocatoria (cosa que sucede más de lo deseable), deberán acumularse para ofertas de empleo posteriores, con el límite máximo del 10%.

El apartado 2 del artículo 28 LDAPDA, por su parte, incluye la obligación de las Administraciones andaluzas de adoptar medidas "*precisas*" de adaptación y ajustes razonables de tiempos, medios y accesibilidad en el proceso selectivo de las personas con discapacidad, y establecer los tipos de sistemas de selección adecuados a cada tipo de discapacidad, siendo el objetivo de esta obligación el garantizar respeto al *"principio de igualdad de oportunidades y de trato de las personas con discapacidad".* El legislador hace mención entre las posibles medidas a aquellas que tengan "*especial incidencia en la accesibilidad cognitiva", ...*se podrán incluir, *"entre otras, textos de lectura fácil y la exención de algunas de las pruebas o el establecimiento del sistema de acceso a personal laboral mediante concurso, a fin de posibilitar el acceso al empleo público de las personas con discapacidad intelectual", (*mucho más expresivo y motivado, es el legislador en relación a los instrumentos para cumplimiento de las cuotas de reserva en el empleo público que en el privado…). En la práctica la Administración andaluza utiliza, a estos efectos, la Orden PRE/1822/2006, de 9 de junio, por la que se establecen criterios generales para la adaptación de tiempos adicionales en los procesos selectivos para el acceso al empleo público de personas con discapacidad (BOE núm. 140 de 13 de junio de 2006).

También es interesante hacer una breve mención de otro derecho vinculado a la integración laboral que incluye la mencionada norma, que es la reserva para personas con discapacidad de un 5% de plazas en cursos de formación para el empleo organizados por la Junta de Andalucía. También los programas de escuelas taller, casas de oficio y talleres de empleo cuentan con una reserva del 5% de sus plazas (art. 29 LDAPDA).

Para concluir debe hacerse una observación referente a la ausencia de referencias específicas en la LDAPDA sobre las posibles responsabilidades o consecuencias ante el incumplimiento en materia de cuota de reserva. Es cierto que la norma contiene un tratamiento particular su Título XIII al régimen sancionador en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, (artículos 82 a 87), y que la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social establece infracciones concretas vinculadas a incumplimientos en materia de reserva (art. 15 LISOS), pero ello no quita la conveniencia de haber realizado alguna previsión específica a las responsabilidades vinculadas a las posibles responsabilidades derivadas del incumplimiento de las cuotas de reserva

[19] Para poder concurrir a las pruebas de acceso dentro del cupo de reserva, se debe hacer constar por la persona interesada y garantizar mediante resolución, el grado de discapacidad que justifique su derecho, siendo de, al menos, de un 33 %, o situaciones legalmente asimiladas. En las convocatorias de la Administración General del Estado (AGE), no se exige aportar dicho certificado hasta que se haya superado el proceso selectivo, -salvo que se solicite exención de tasas o adaptación del tiempo de y/o medios para realizar las pruebas-.

tanto en el ámbito privado, como en el público, -en diferentes términos, dada su naturaleza jurídica diferenciada, pero a fin de reforzar el cumplimiento de este imprescindible instrumento de integración laboral-.

2. Análisis de la cuota de reserva reflejada en la Oferta de Empleo Público de la Junta de Andalucía extraordinaria para estabilización de personal de 2022

El 31 de mayo de 2022 se hizo pública en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía extraordinario, número 20, última Oferta de Empleo Público excepcional[20], vinculada a la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de Medidas Urgentes para la reducción de la temporalidad en las Administraciones Públicas. A tal fin, la oferta incluye 9.137 plazas distribuidas en la Administración General (Decreto 91/2022), Educación y entidades instrumentales (Decreto 93/2022) y consorcios del sector público andaluz (Decreto 90/2022), procediéndose a hacer públicas las correspondientes convocatorias a partir de dicha OEP.

Debe tenerse en cuenta, con carácter previo, el hecho de que frente a la cuestión sobre la procedencia o no, de la inclusión de la cuota de reserva prevista en el artículo 59 del EBEP, en las Ofertas de Empleo Público articuladas en el marco de la exigencia de consolidación o estabilización del empleo temporal en las distintas Administraciones, dicha obligación ha sido reconocida categóricamente en diversas sentencias. El respeto al cupo de reserva de las plazas, -que es lo que se estabiliza mediante estos procesos, y no puestos vinculados personas-, no solo ha sido reconocido por diversos Tribunales Superiores de Justicia, sino que coinciden en incidir en el hecho de que de no respetarse dicha obligación procedería la nulidad de pleno derecho de aquellas Ofertas de Empleo y sus correspondientes convocatorias, que no lo respetasen (. De hecho, dicha omisión sería considerada como una vulneración del artículo 14 de la Constitución (por todas, STSJ Comunidad Autónoma Valenciana, de 14 de septiembre de 2021 -Rec. 242/2020-, y STS de Galicia (Sala Tercera), de 2 de octubre de 2019, -Rec. 54/2018-).

Pues bien, en la Exposición de Motivos y, posteriormente en el articulado de dichos Decretos que aprueban las OEP de estabilización en Andalucía, se hace mención al cupo de reserva de empleo público para personas con discapacidad que se reflejarán en las convocatorias de los respectivos procesos selectivos. Este cupo no será inferior al 10% de las vacantes para personas con discapacidad, así como el 2% dentro de dicho porcentaje para personas con discapacidad intelectual y un 1% para enfermos mentales con discapacidad reconocida del 33% o más de discapacidad reconocida, todo ello en cumplimiento del artículo 59 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, así como en el Decreto 93/2006, de 9 de mayo, por el que se regula el ingreso, la promoción interna y la provisión de puestos de trabajo de personas con discapacidad en la Función Pública de la Administración General de la Junta de Andalucía. La reserva afecta a los cuerpos, especialidades u opciones de acceso del personal funcionario, y/o los grupos y categorías profesionales de personal laboral (este matiz se hace expreso en el Decreto 91/2022, relativo a la Administración General de la Junta de Andalucía, dado que este caso existirán convocatorias para amos tipos de empleados públicos). Lógicamente, la ocupación de dichos puestos estará condicionada a la superación de los procesos selectivos, la acreditación de la discapacidad y la compatibilidad de ésta con el desempeño de las tareas, y su distribución se concretará en las distintas convocatorias. Se establece la previsión de salvaguarda para plazas vacantes reservadas que, en el caso de no cubrirse, *"se acumularán a posteriores ofertas hasta un límite del 10% de las plazas no cubiertas", y las plazas restantes no cubiertas "serán acumuladas a las del cupo general en las respectivas convocatorias en las que se produzca dicha circunstancia".*

[20] Meses antes, el BOJA núm. 246 de 24 de diciembre de 2021 publicó el Decreto 263/2021, DE 21 de diciembre, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para la estabilización de empleo temporal en la Administración General de la Junta de Andalucía para 2021.

También se establece un beneficio para aquellos aspirantes con discapacidad que se presente por el turno de reserva pero no llegasen a obtener plaza, de forma que si "*su puntuación fuese superior a la de otras personas aspirantes del sistema de acceso general, serán incluidos por su orden de puntuación en el sistema de acceso general, siempre que haya superado las pruebas o ejercicios correspondientes", (Decreto 91/2022, artículo 3.3).*

En contraste con esta oferta de empleo público, en la Administración General del Estado el Real Decreto 408/2022, de 24 de mayo, (BOE núm. 124 de 25 de mayo), aprobó la OPE para estabilización de empleo temporal en la Administración General del Estado. El cupo de reserva en este caso es del 7%, -acorde con lo establecido en el artículo 59 del EBEP, y por tanto menor al porcentaje que se establece a efectos de la comunidad autónoma andaluza-. Por su parte, el Real Decreto 407/2022, de 24 de mayo, aprobó la OPE ordinaria, ofertándose un total de 44.787, -de las cuales 34.151 plazas ordinaria y 10363 plazas de estabilización de empleo temporal-. El artículo 4 de dicho Real Decreto, se regulan las reglas de acceso y promoción para personas con discapacidad, donde también se observan coincidencias, pero también diferencias con las reglas establecidas en el ámbito del empleo público de Andalucía. En concreto, en el aparatado 9 del art. 4 se prevé que las plazas reservadas para las personas con discapacidad que queden desiertas en los procesos de acceso libre no se podrán acumular al turno general. En los procesos de promoción interna, las plazas reservadas para personas con discapacidad que queden desiertas se acumularán a las del turno general de estos procesos; -es decir, algo más restrictivo que en el ámbito autonómico andaluz-.

V. LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA SOBRE DISCAPACIDAD 2022-2030: REFERENCIAS AL CUPO DE RESERVA COMO MEDIDA DE FOMENTO DEL EMPLEO

En fecha 4 de mayo de 2022 se hizo pública por el Ministerio de Asuntos Sociales y Agenda 20/30, la denominada "Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030". En dicho documento, desde la Dirección General de las Personas con Discapacidad vinculada al mencionado Ministerio, se expone una hoja de ruta ambiciosa con el objetivo de marcar líneas de actuación y prioridades que el Estado español deberá tener presente los próximos años para, a través de sus administraciones central y autonómicas y, en general, poderes públicos, "contribuir a hacer efectivos los derechos humanos de las personas con discapacidad y de sus familias".

Es importante tener presente este documento dado que aporta una radiografía de los retos actuales vinculados a los derechos de las personas con discapacidad y, a la vez, nos adelanta las prioridades que en términos político y legal, deben ser desarrolladas en los próximos años a nivel Estatal y autonómico.

Así pues, es el documento aporta una información muy completa y realista sobre lo que existe actualmente, y sobre lo que se espera que exista en 2030, en particular en materia de "cuota de reserva" como medida de fomento del empleo frente a las dificultades que afectan a los discapacitados en el acceso al mercado laboral. De hecho, en el propio informe se hace mención a la llamada que se realiza, dentro de las recomendaciones incluidas en el Tratado de Naciones Unidas sobre empleo y personas con discapacidad, a las "cuotas obligatorias" como principal medida a promover, con las "modificaciones legislativas y políticas" que sean necesarias, para lograr el acceso al empleo en el ámbito público y privado, de personas con discapacidad[21].

[21] Los Comités de Naciones Unidas han remitido al Estado español recomendaciones a aplicar para dar debido cumplimiento a las Convenciones y Pactos ratificados por nuestro país en materia de discapacidad. En referencia a "empleo", se insta a: "*Seguir analizando modificaciones legislativas y políticas que promuevan el empleo de personas con discapacidad en el ámbito público y privado, con el foco puesto especialmente en mujeres con discapacidad y zonas rurales, mediante cuotas obligatorias (EPU, CDPD). Asegurar que se aplican ajustes razonables en el puesto de trabajo a efectos de garantizar la accesibilidad y el pleno desarrollo de los derechos laborales de las personas trabajadoras con diversidad funcional, especialmente en caso de accidentes de trabajo que hayan dado lugar a discapacidad".*

Acorde con dichos requerimiento, el contenido concreto sobre la "cuota de reserva" que se hace en la Agenda sobre discapacidad, parte de la consideración de esta medida como uno de los "*retos estratégicos sobre empleo"*, y en cuanto al contenido de este reto destaca los siguientes aspectos que son precisos potenciar: *"12. Garantizar un cumplimiento efectivo de la cuota de reserva de los puestos de trabajo para personas con discapacidad en las empresas. Exigir su cumplimiento como requisito de acceso a la contratación pública o a ayudas públicas, o la compatibilidad entre el empleo y las pensiones. ....15. Potenciar el acceso al empleo público entre las personas con discapacidad, mediante el desarrollo, extensión y mejora de la aplicación de la cuota de reserva (7% y 2% en discapacidad intelectual) en todas las ofertas de empleo público. 16. Regular los ajustes razonables que permitan el acceso y la permanencia en el empleo de las personas con discapacidad y facilitar los medios y apoyos para que estos sean posibles; combatir la discriminación por discapacidad en el empleo, generando canales de denuncia y mecanismos de información, control y seguimiento de situaciones de discriminación.*

Por otra parte, se señala como uno de los principales ejes de actuación en materia de *"inclusión social y participación"* el incremento de la tasa de actividad y aseguramiento del derecho al empleo de las personas con discapacidad. A tal efecto se enumeran los objetivos vinculados a este eje de actuación, diferenciando entre medidas de ámbito Estatal y Autonómico. Entre las líneas de actuación de ámbito Estatal (señalando al Ministerio de Trabajo y Economía Social como responsable), las que hacen referencia a la cuota de reserva son: "*Aumentar la tasa de actividad de las personas con discapacidad avanzando en asegurar su derecho a un empleo digno en entornos laborales abiertos, inclusivos y accesibles, y posibilitando su promoción y desarrollo laboral en igualdad de condiciones…; Revisión de la regulación de la cuota de reserva en la empresa ordinaria para adaptarla (tanto en porcentaje de cuota, como en el perfil de las empresas obligadas) a la realidad del tejido empresarial de nuestro país y de las posibilidades de las personas con discapacidad, contando con los agentes sociales, así como al marco de exigencia en otros países de nuestro entorno y revisión del RD 364/2005 de medidas alternativas; Modificación del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones de carácter social para reforzar el carácter disuasorio de la normativa sancionadora frente a los incumplimientos de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para* personas *con discapacidad"*.

Es llamativo, y muy oportuno, el que se inste también a la modificación del Real Decreto 2271/*2004*, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, proponiendo que se elimine la disposición en la que aparece *"la obligación de que a la solicitud de adjudicación de destino deba acompañarle un informe que acredite la procedencia de la adaptación y la compatibilidad con el desempeño de las funciones que tenga atribuido el puesto solicitado"*. La razón de esta exigencia es el hecho de que se considere claramente incompatible con el derecho a la igualdad en el acceso al empleo público, (se señala como responsable de esta reforma al Ministerio de Hacienda y Función Pública).

Se exige, de forma ambiciosa, el incremento de la cuota de reserva para personas con discapacidad en las Ofertas de Empleo Público *"hasta la consecución de una presencia de trabajadores/as con discapacidad en las Administraciones Públicas proporcional al porcentaje de población con discapacidad activa"*. Además exigen el establecimiento de *"pautas unificadas sobre la aplicación de la cuota de reserva en el empleo público: extensión a todos los puestos, grupos, categorías y perfiles profesionales; extensión a las bolsas de empleo y tanto al personal funcionario como al personal laboral; y considerando todos los aspectos, elementos y fases de acceso, mantenimiento y promoción en el empleo público (regulación de cupos, formación, carrera profesional, movilidad, flexibilidad horaria, medidas de conciliación, permisos, excedencias, etc.). Incorporando realidades con los trastornos del espectro del autismo"*. Lógicamente, de ambas acciones se señala como responsable al Ministerio de Hacienda y Función Pública.

Muy interesante es la llamada a la "*mejora de la información a las trabajadoras y trabajadores con discapacidad sobre los canales para denunciar y poner en conocimiento de la administración competente, situaciones de discriminación, tanto en el acceso al empleo como en sus condiciones laborales, por motivo de discapacidad"*. Se trata de proporcionar, y facilitar las vías de denuncia mediante campañas, guías, actuaciones de acercamiento o similares acciones, para que las personas afectadas por estas circunstancias puedan activar los instrumentos sancionadores. Se señala como responsable al Ministerio de Trabajo y Economía Social.

Se requiere también a la promoción del diálogo con los interlocutores sociales para mejorar y actualizar los Convenios Colectivos y de las Leyes laborales para erradicar discriminaciones de acceso al empleo de las personas con discapacidad. *Responsable: Ministerio de Trabajo y Economía Social.*

Por su parte, la referencia del informe a las líneas de actuación y recomendaciones para las Comunidades Autónomas y a otras Administraciones locales relativos a empleo, y con concreta referencia a la cuota de reserva, destaca el objetivo de "*reforzar los mecanismos de inspección y control de cumplimiento de la cuota de reserva de trabajadores/as con discapacidad a la hora de otorgar ayudas públicas, como las subvenciones y convocatorias recogidas bajo el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia"*. También se hace mención a la necesidad de impulsar programas de Empleo con Apoyo y empleo personalizado, metodologías de demostrado éxito para la inclusión laboral de personas con discapacidad, e impulsar medidas de estímulo de la Responsabilidad Social Corporativa relacionadas con las personas con discapacidad para facilitar su inserción laboral.

Como el propio nombre del documento indica, el objetivo es llegar a 20/30 con estas actuaciones y mejoras cumplidas. La dinámica y control de la situación se gestionará mediante informes intermedios (años 2024, 2026, 2028), y un informe final en 2030. Sin duda este "Agenda" es un instrumento de impulso útil que para tener éxito requerirá de la implicación de las diferentes Administraciones y de las políticas públicas e iniciativas legislativas que se desarrollen desde ellas.

VI. CONCLUSIONES

Es notoria la dificultad de acceso al empleo (público y privado), que afecta a las personas con discapacidad. En general las personas con dificultades de cualquier tipo, que afectan en distinta medid, pero de forma considerable, a sus capacidades, y que en términos jurídicos son calificadas como discapacitadas, tienen menores tasas de empleo que el resto de la población, (ODISMET, 2020). Para hacer frente a esta realidad sostenida en el tiempo, se articulan diversas políticas activas de empleo, entre la que destaca la denominada "cuota de reserva" de empleo, que cuenta con larga tradición en nuestro ordenamiento. El Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) sostiene que el empleo público (ya sea funcionarial o laboral, y en las diversas Administraciones y entidades públicas), tiene un enorme potencial como instrumento de inclusión laboral, pudiendo ser la vía para crear numerosos puestos de trabajo para ser desempeñados por personas con discapacidad, pero "*no se está aprovechando en toda su amplitud"*. Las Administraciones Públicas territoriales pueden, entre otras cosas, mejorar el cupo de reserva que el EBEP, como norma básica, establece en términos generales para todos los procesos selectivos, y así viene sucediendo en la mayoría de ellas, y así sucede en particular en la andaluza, desde hace más de cinco años.

El principal problema de este importante y valioso, instrumento de inclusión laboral que es la "cuota de reserva" no es solo su amplitud (que es mejorable pero no el principal problema), es su falta de cobertura, que deriva por una parte del incumplimiento por parte de empresas y Administraciones Públicas, y por otra por la falta de candidatos en algunas de las ofertas de empleo y las convocatorias públicas con cuota de reserva. Una de las razones de esta falta de cobertura de los porcentajes marcados por la norma es el desconocimiento de las posibilidades laborales que brinda esta cuota de reserva

por las propias personas beneficiarias. Es imprescindible, por tanto, desarrollar políticas eficaces de difusión y facilitación en términos de acceso a las plazas que son objeto del cupo de reserva.

También existen otras medidas que pueden impulsar la efectividad desde el punto de vista del cumplimiento por parte de las empresas, como se propone en el documento de "Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030", que es el exigir su cumplimiento como requisito de acceso a la contratación pública o a ayudas públicas, o la compatibilidad entre el empleo y las pensiones, (en este sentido se expresa la propuesta número 12 del mencionado informe). Como se ha visto, el apartado 17 de la "Estrategia española sobre discapacidad" hace referencia, entre otras cosas, a la necesidad de "*potenciar el acceso al empleo público entre las personas con discapacidad, mediante el desarrollo, extensión y mejora de la aplicación de la cuota de reserva (7% y 2% en discapacidad intelectual) en todas las ofertas de empleo público".* Esta medida, como todas que se proponen en la Estrategia de futuro sobre esta materia es muy positiva, si bien, no parece que el problema sea solo de aplicación en sí mismo, sino más bien de falta de mecanismos en torno a la incentivación, información y facilitación a las personas con discapacidad para que accedan a las plazas ofertadas con reserva, y este trascendental aspecto no tratado de forma específica en el mencionado informe.

Otro elemento a tener en cuenta, a efectos de necesaria mejora, es la existencia actual de una cierta deficiencia en materia de evaluación de los datos relativos al acceso al empleo público y privado de las personas con discapacidad, lo que impide hacer un seguimiento serio y valoraciones de fondo sobre deficiencias y puntos positivos del sistema. Prueba de esta especie de dejadez, en relación a los datos sobre empleo público, se observa cuando en el apartado final de la Memoria del Consejo Nacional de la Discapacidad (CND) de 2021, el CERMI insta al CND a solicitar a la Dirección General de la Función Pública el Informe balance anual sobre acceso de personas con discapacidad al empleo público de 2018 a 2021, conforme con lo contemplado en el apartado 2 del artículo 13 del Real Decreto 2271/2004. En dicho precepto se establece la elaboración de un informe balance a realizar por el Ministerio de Administraciones Públicas sobre "*toda la información y estadísticas relevantes…. Sobre acceso de personas con discapacidad a empleo público",* que se pondrá en conocimiento de la Comisión Superior de Personal y el Consejo Nacional de la Discapacidad.

A pesar de las necesarias y posibles mejoras, se ha de hacer constar que España es uno de los países de la Unión Europea más concienciados con las personas con discapacidad en lo que se refiere al acceso al empleo público y, en particular, Andalucía es una de las Comunidades Autónomas con una mejora efectiva sobre la norma mínima estatal en materia de cuota de reserva. Si bien prácticamente todos los países de nuestro entorno establecen medidas de apoyo al acceso de las personas con discapacidad al empleo público, solo Alemania tiene cuotas de reserva tan amplias como las que existen en nuestro país. Por otro lado, esta afirmación puede hacerse de manera más contundente en lo que se refiere a personas con discapacidad intelectual, pues ninguno de los países de la UE analizados prevé cuotas de acceso específicas para la discapacidad intelectual como las que existen en nuestro país.

No obstante, según datos oficiales, la tasa de actividad de trabajadores con discapacidad en nuestro país es solo del 34%, y solo una cuarta parte de las empresas han incorporado al 2% de cuota de trabajadores con discapacidad que exige la norma laboral. Según el El número de ocupados ha ido aumentado en los últimos años, [22] aunque en el año 2021, -seguramente por efecto aún de la pandemia

[22] Los contratos indefinidos han descendido ligeramente con respecto al año 2020, así como la contratación a tiempo completo, incluso en mayor medida. Si atendemos a las ocupaciones para las que son contratados los trabajadores del colectivo, las pertenecientes a los grupos de trabajadores de los servicios de restauración, personales, protección y vendedores y Ocupaciones elementales, absorben a casi el 44 % del total. En las personas sin discapacidad son también estos grupos los mayoritarios, pero su representatividad es menor, el 34,63 %. Por último, se puede ver la incidencia sobre la actividad o inactividad de las personas con discapacidad en función del grado de la misma que tengan reconocido. El porcentaje de actividad va disminuyendo según va aumentando el grado de discapacidad, de modo que sólo en las que tienen reconocida una minusvalía entre el 33 y el 44 %, el número de activos supera al de los inactivos. Apartado 1.3.2. Población Ocupada y Parada, en el Informe del Mercado de Trabajo de las Personas

de Covid-19-, ha disminuido un 2,44 %, pasando de 394.400 ocupados en el año 2014 a los 485.900 del año 2019, con lo que el incremento acumulado en el periodo fue del 23,20 %. Con respecto a los parados, en este mismo periodo han disminuido año tras año, acumulando un descenso del 20,31 %. En las personas sin discapacidad el comportamiento fue mejor, con un descenso de casi el 39%.

En definitiva, la información oficial sobre ocupación de personas discapacitadas nos llevan a afirmar que aunque existe una tendencia favorable, queda mucho por hacer, y que los próximos años pueden ser clave en términos de mejora si se atienden y cumplen los objetivos marcados por la Estrategia sobre Discapacidad. Seguiremos atentos a las políticas y normas que se vayan dictando en los próximos años y a los informes periódicos de dicha Estrategia, que comienza con el informe de seguimiento de 2024.

VII. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

Bueyo Díez Jalón, M. *El impacto de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad.* https://www.discapnet.es/derechos/tus-derechos-fondo/convencion-internacional-de-derechos-para-personas-con-discapacidad/impacto

Criterio Técnico 98/2016 sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad. https://www.mites.gob.es

Defensor del Pueblo Andaluz. Informe sobre el acceso al empleo público para las personas con discapacidad. Medidas positivas para promoverlo. Noviembre 2016.

Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030. Para el acceso, goce y disfrute de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad. Versión 4/05/ 2022. Editado por el Ministerio de Asuntos Sociales y Agenda 20/30. Dirección General de Derechos de las Personas con Discapacidad. 2022.

Fernández Orrico, F.J. Cuotas de reserva y ajustes razonables para trabajadores con discapacidad en el ámbito laboral ordinario. Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 195, 2017.

Márquez Prieto, A. "La nueva Ley andaluza de Derechos y Atención a personas con discapacidad". En XII Congreso jurídico de la abogacía ICA Málaga. Iltre. Colegio de Abogados de Málaga, 2017.

Martínez Hernández, A. J., "El acceso al empleo público de las personas con discapacidad en las Administraciones Públicas autonómicas. Un diagnóstico normativo", en *El empleo público y las personas con discapacidad,* CERMI, Madrid, 2009.

Martínez Pujalte, A., Fernández Orrico, F. "El concepto de discapacidad a partir de la Convenión de Naciones Unidas". Anales de Derecho y Discapacidad. Núm. 1. Septiembre de 2016.

Romero Rodenas, M.J. (dirección). VV.AA. Trabajo y Protección Social del Discapacitado. Editorial Bomarzo, Albacete, 2003.

Roqueta Buj, R., Alfonso Mellado, C. El acceso al empleo público. Editorial Bomarzo. Albacete, 2022.

Roqueta Buj, R. "Procesos de colocación, reclutamiento y selección de personal", en la obra colectiva Contrato de Trabajo y Relación Laboral en el ámbito de las Administraciones Publicas. García Murcia, J. (Dirección). Colección Informe y Estudios núm. 122. Ministerio de Trabajo y Economía Social. 2022, Madrid.

con Discapacidad, 2021 (datos de 2020). Servicio Público de Empleo. Observatorio de las Ocupaciones. Catálogo general de publicaciones oficiales. 2021. http://publicacionesoficiales.boe.es

Ruiz Santamaría, J.L. *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad.* Editorial Thomson Reuters, Aranzadi. Navarra, 2019.

La estrategia española sobre discapacidad 2022-2030, para el acceso, goce y disfrute de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad. Ministerio de Asuntos Sociales y Agenda 20/30. Dirección General de Derechos de las Personas con Discapacidad. 4 de mayo de 2022, Madrid.

Libro Blanco sobre acceso e inclusión en el empleo público de las personas con discapacidad. Instituto Nacional de Instituto Nacional de Administración Pública, 1ª Edición. Madrid, 2015.

Informe del Mercado de Trabajo de las Personas con Discapacidad, 2021 (datos de 2020). Servicio Público de Empleo. Observatorio de las Ocupaciones. Catálogo general de publicaciones oficiales. 2021. http://publicacionesoficiales.boe.es

Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

7. Tendencias En La Negociación Colectiva Respecto Al Empleo De Personas Con Discapacidad En Andalucía

Miguel Ángel Almendros González
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-0951-2593

SUMARIO: I. LA RESERVA DE EMPLEO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 1. *CUOTAS DE RESERVA*. 2. *PUESTOS DE TRABAJO RESERVADOS*. 3. *PROBLEMAS INTERPRETATIVOS*. 4. *CONTRATACIÓN DEL TRABAJADOR DISCAPACITADO CON RESERVA DE EMPLEO*. 5. *MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA CUOTA DE RESERVA DE EMPLEO*. II. CONTRATACIÓN DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y PARTICULARIDADES DE LOS CONTRATOS FORMATIVOS. III. IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LAS RELACIONES DE TRABAJO. IV. LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD. 1. *PRESTACIÓN DE SERVICIOS, CLASIFICACIÓN PROFESIONAL Y PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO*. 2. *LA ADAPTACIÓN "RAZONABLE" DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD*. 3. *LA MOVILIDAD FUNCIONAL Y EL DERECHO AL "REACOPLAMIENTO" DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD SOBREVENIDA*. 4. *MOVILIDAD GEOGRÁFICA*. 5. *JORNADA*. 6. *SISTEMAS DE PROMOCIÓN Y ASCENSOS*. 7. *FORMACIÓN*. 8. *RETRIBUCIONES SALARIALES POR DISCAPACIDAD*. 9. *SALUD LABORAL Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES*. V. BENEFICIOS PARA LOS TRABAJADORES CON PERSONAS DISCAPACITADAS A CARGO. VI. EPÍLOGO

El objeto del presente análisis es constatar las principales tendencias en la negociación colectiva andaluza respecto al empleo de personas con discapacidad[1], y en particular en relación con la cuota de reserva de puestos de trabajo para las mismas, las modalidades contractuales de ingreso en la empresa, las preferencias de movilidad geográfica, la adaptación de la prestación de servicios a la capacidad real del trabajador, la formación y la promoción profesional, la adaptación del entorno laboral y la accesibilidad, la prevención de riesgos laborales como trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos por motivo de discapacidad, los complementos retributivos, los beneficios y ayudas empresariales para trabajadores discapacitados (o, en su caso, con discapacitados a cargo), o los ajustes razonables de las empresas para garantizar el principio de igualdad de trato e incentivos para las empresas que emplean a trabajadores con discapacidad.

Pero antes de nada, tres advertencias. En primer lugar, un análisis específico de la negociación colectiva en Andalucía queda delimitada por el estudio de convenios colectivos, tanto de empresa como de sector, con un ámbito territorial específicamente andaluz, pero también hemos incluido convenios colectivos de ámbito estatal que afectan también a empresas, centros de trabajo, y trabajadores andaluces. En segundo lugar, nuestro estudio tiene por objeto el análisis de las cláusulas convencionales

[1] El art. 4, 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 (en adelante, LGDPD), entiende por 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", teniendo, además tal consideración aquellas "a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento" (incluyendo a 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). A dicho concepto legal se remite expresamente el artículo 2 de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, norma que expresamente resulta de aplicación a "las personas con discapacidad con vecindad administrativa en Andalucía".

que regulan la relación laboral *común* de trabajadores discapacitados (empleo ordinario), pero también tiene en cuenta, como particularidad sectorial, la regulación mucho más detallada y pormenorizada que contienen los convenios colectivos de sectores y empresas específicamente vinculados a la dependencia, a la ayuda e integración social y laboral de personas con discapacidad, en los que también se suele configurar una relación laboral *especial* con los trabajadores con discapacidad que prestan servicios en centros especiales de empleo (empleo protegido)[2]. Y en tercer y último lugar, hay que destacar cómo muchos de los convenios colectivos analizados *no recogen cláusula de empleo alguna para personas con discapacidad*. En tales casos, *o bien solo se tienen en cuenta la discapacidad de hijos y demás familiares a cargo de los trabajadores* para tener derecho a determinados permisos, reducciones de jornada, excedencias, ayudas y prestaciones de acción social de la empresa, etcétera; *o bien ni siquiera eso*, no se refieren en absoluto a los trabajadores con discapacidad ni a la posible discapacidad de familiares de los trabajadores[3]. No obstante, el análisis de los convenios colectivos que sí que incluyen cláusulas de empleo y regulan condiciones de trabajo específicamente dirigidos a los trabajadores con discapacidad evidencia el siguiente resultado[4].

I. LA RESERVA DE EMPLEO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. Cuotas de reserva

La principal medida que contiene la normativa reguladora del empleo de las personas con discapacidad es la exigencia de una cuota de reserva de puestos de trabajo[5]. El marco normativo legal de esta cuota de reserva de empleo para trabajadores discapacitados lo configura, por un lado, a nivel nacional, el artículo 42.1 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 (LGDPD): "las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con

[2] Por ejemplo, el Convenio colectivo de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 4 de julio de 2019), que, además de la relación laboral común, expresamente regula la relación laboral especial de las personas con discapacidad en los centros especiales de empleo, de forma más exhaustiva y pormenorizada, conteniendo cláusulas sobre su marco normativo de referencia (Art. 13.4); particularidades del contrato de trabajo en prácticas (Art. 18.1); período de adaptación o período de prueba (Art. 22.3); detección de situaciones de baja productividad (Art. 22.8); promoción profesional y adaptación de las condiciones de trabajo (Art. 23.4); cuota del 3 por 100 de reserva de plazas para personas con discapacidad (Art. 24); necesidad de informe del equipo multiprofesional para la extinción del contrato (Arts. 25.1, 25.2 y 25.3); necesidad de ayudas públicas (Art. 25.4); subrogación empresarial y cesión de trabajadores con discapacidad (Art. 27.1); preferencias para la movilidad geográfica (Art. 28.2); excedencia voluntaria (Art. 54.6); grupo específico dentro del sistema de clasificación profesional (Art. 88); preferencias para la promoción profesional de los trabajadores con discapacidad (Art. 89); movilidad funcional y promoción profesional de las personas con discapacidad que desempeñen el puesto de trabajo de Operario (Art. 91); contratación de personas con discapacidad en los centros especiales de empleo (Art. 94); ausencias justificadas y permisos no retribuidos para trabajadores con discapacidad (Arts. 96 y 97); o movilidad funcional y geográfica, modificación, suspensión y extinción del contrato de personas con discapacidad con relación laboral de carácter especial en centro especial de empleo (Art. 99). Igualmente, convenios colectivos de centros especiales de empleo en Andalucía, como el Convenio colectivo de la Asociación Prodiversa Progreso y Diversidad (BOP de Málaga de 4 de noviembre de 2019).

[3] Nada de nada, ni siquiera una simple alusión a la discapacidad en todo su articulado. Por ejemplo, el Convenio colectivo de Derivados del Cemento de la Provincia de Málaga (BOP de Málaga de 31 de julio de 2019), o el Convenio colectivo de Almacenistas de Hierros, Tuberías, Aceros y Material No Férreo de la Provincia de Sevilla (BOP de Sevilla de 1 de marzo de 2012).

[4] Resultado coincidente con el de otros estudios realizados a nivel nacional, como Almendros González, M.A. et altri: "La igualdad en el empleo para colectivos vulnerables", en Observatorio de la Negociación Colectiva: *Políticas de empleo, trabajo a distancia y derechos digitales*, Ed. Cinca, Madrid, 2022.

[5] Para un estudio específico reciente de esta reserva de empleo, *vid.* Rueda Monroy, J.A.: *La reserva del empleo para las personas con discapacidad en España. Consideraciones y propuestas desde el modelo relacional de la discapacidad*, Laborum, Murcia, 2021.

discapacidad"[6]. Por otro lado, a nivel autonómico andaluz, el artículo 26.3 (Políticas de empleo) de la Ley 4/2017, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, precisa que la Consejería competente en materia de empleo, a través del Servicio Andaluz de Empleo, impulsará "las acciones necesarias para facilitar el cumplimiento y la implantación de la cuota de reserva de los puestos de trabajo para personas con discapacidad, por parte de las empresas, y de conformidad con la legislación vigente".

La negociación colectiva también se suele remitir a tales preceptos legales. Aunque excepcionalmente haya convenios colectivos que se limiten a proclamar una simple declaración programática de principios sobre el fomento del empleo de personas con discapacidad, incluso refiriéndose de forma más genérica a la contratación e inclusión laboral de "colectivos vulnerables" (entre los que específicamente se encuentran los trabajadores con discapacidad)[7], la mayoría de los convenios colectivos que contienen alguna referencia a la contratación de personas con discapacidad recogen una cláusula específica en la que se establece, en forma de porcentaje, una cuota de reserva de empleo para trabajadores discapacitados. En algún caso, hemos encontrado una remisión genérica a la normativa en cada momento vigente, sin previsión ni concreción convencional alguna. También observamos cierta obsolescencia en aquellos convenios colectivos que en la aplicación de dicha cuota de reserva del 2 por 100 se *siguen refiriendo a la normativa anterior, ya derogada*, que regulaba el empleo selectivo y las medidas de fomento de empleo de las personas con discapacidad[8]. La mayoría de las cláusulas sobre empleo de los trabajadores que recogen los convenios colectivos consultados *se apoyan en este precepto legal de referencia* que establece con carácter general esa obligación de reservar un 2 por 100 de la plantilla a trabajadores discapacitados en el caso de empresas de 50 o más trabajadores[9]. Sin embargo, ello no impide encontrar *mejoras en la negociación colectiva*, y

[6] Por otro lado, hay que recordar que el artículo 42.2 de la LGDPD añade que "en las ofertas de empleo público se reservará un cupo para ser cubierto por personas con discapacidad, en los términos establecidos en la normativa reguladora de la materia". En este sentido, la DA 19ª de la Ley 30/1984, de 8 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (en su nueva redacción dada por la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitadazos) establece que "en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al 5 por 100 de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad cuyo grado de minusvalía sea igual o superior al 33 por 100, de modo que, progresivamente se alcance el 2 por 100 de los efectivos totales de la Administración del Estado, siempre que superen las pruebas selectivas y que, en su momento, acrediten el indicado grado de minusvalía y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes, según se determine reglamentariamente".

[7] El art. 22 (Modalidades de contratación. Personal Fijo Discontinuo) del Convenio colectivo de Actividades Forestales (BOE de 11 de julio de 2019) manifiesta que "ante la necesidad de nuevas contrataciones, se tendrán en cuenta a personas que integren colectivos más afectados por el desempleo (jóvenes, mujeres, mayores de 45 años, personas discapacitadas y quienes lleven más de seis meses en situación de desempleo)". También, aunque en este caso sí que además se exige una cuota de reserva específica, el art. 25 (Contratación de personal con discapacidad) del Convenio colectivo de la Hostelería de la Provincia de Jaén (BOP de Jaén de 18 de noviembre de 2020) proclama que "son objetivos, promover el empleo y lograr la mayor integración de las personas con discapacidad con especiales dificultades para acceder al mercado de trabajo".

[8] En particular a la Ley de Integración Social del Minusválido (LISM). Son los casos del art. 16 del Convenio colectivo del Comercio de Flores y Plantas (BOE de 6 de septiembre de 2018); o del art. 17.2 del Convenio colectivo de Despachos Profesionales de Graduados Sociales de la Provincia de Almería (BOP de Almería de 17 de abril de 2018), cuando afirma que "se estará a lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI) y a sus normas reglamentarias de desarrollo, incluidas aquellas como el Real Decreto 27/2000, de 14 de Enero (BOE de 26 de enero de 2000) que contempla las medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2% a favor de los trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores, la Orden del MTAS de 24 de julio de 2000 (BOE de 2 de agosto) y el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero (BOE de 21 de febrero) que regula los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad".

[9] Como ejemplos: el art. 41.d) del Convenio colectivo de la UGT (BOE de 2 de octubre de 2019), cuando establece que "se garantiza el cumplimiento del artículo 42 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, en el que se regula sobre la *cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad*"; o el art. 23 (Personal con discapacidad) del

en concreto convenios colectivos que incrementan dicha cuota a un 3 por 100[10], a un 5 por 100[11], o incluso más.

También hay que destacar que la cuota de reserva de empleo para personas con discapacidad no tiene en cuenta cuál sea el origen o tipología de la misma, por lo que *es indiferente que se trate de discapacidad física, sensorial, o intelectual o psíquica*. Como excepción (que confirma dicha regla general), solo hemos encontrado un caso en el que dicha cuota se reserva solo para trabajadores con discapacidad física o sensorial[12]. También como caso poco frecuente, hay algún convenio que respetando la cuota de reserva legal para trabajadores con discapacidad, aconseja destinar un 1 por 100 a trabajadores con un *elevado grado* de discapacidad[13].

Por otro lado, y excepcionalmente, la reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad tiene otra configuración distinta. No se trata realmente de un porcentaje mínimo de la plantilla, sino de establecer un porcentaje de personas con discapacidad en las *provisiones externas de vacantes que se produzcan en la empresa*, incluso estableciendo distintos porcentajes según la discapacidad sea intelectual o de otro tipo[14].

En cualquier caso, siguiendo la normativa legal de referencia, la obligación empresarial de reservar una cuota de los puestos de trabajo para personas con discapacidad se circunscribe a empresas de 50 o más trabajadores. Para las empresas que no alcanzan dicha plantilla no hay previsión legal alguna, y los convenios colectivos, salvo genéricas declaraciones de fomento de la contratación de las personas con discapacidad, tampoco establecen medidas específicas. Nada impide que, aunque la ley no tenga previsión alguna para las empresas de menos de 50 trabajadores, los convenios colectivos reserven una cuota de empleo para trabajadores con discapacidad en empresas con plantillas inferiores.

2. Puestos de trabajo reservados

Como tendencia mayoritaria la negociación colectiva no especifica cuáles son los puestos de trabajo susceptibles de ser ocupados por trabajadores con discapacidad a los que va referida esa

Convenio colectivo de Actividades Forestales (BOE de 11 de julio de 2019), que exige el respeto de "la cuota del 2% de reserva de puestos de trabajo en cumplimiento del art. 42.1 de la Ley General de las Personas con Discapacidad".

[10] El art. 24 (Reserva de plazas para personas con discapacidad) del Convenio colectivo de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad (BOE de 4 de julio de 2019), considera que las empresas reservarán en las contrataciones "el 3 % de puestos de trabajo a personas con discapacidad; en el citado porcentaje queda incluido, en su caso, el porcentaje del 2% establecido en el artículo 42 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 y disposiciones vigentes". Asimismo, *se adaptarán los procesos de selección e incorporación*, para garantizar las oportunidades de acceso a todas las personas con discapacidad.

[11] El art. 53 (Capacidades diferentes) del Convenio colectivo de la Industria del Calzado (BOE de 22 de julio de 2019) manifiesta que "en orden a la colocación de personas con discapacidad tendrán las preferencias establecidas en su normativa específica y las Empresas de más de cincuenta personas fijas habrán de reservarles hasta un cinco por ciento de su plantilla".

[12] Es el caso del art. 33 del Convenio colectivo de Empresas de Gestión y Mediación Inmobiliaria (BOE de 13 de enero de 2020), cuando dispone que "las empresas del sector cumplirán el mandato legal que obliga a las de más de cincuenta trabajadoras/es a la *contratación de un 2 por ciento de personal con discapacidad física o sensorial*".

[13] El art. 67 del Convenio colectivo de la Hostelería de la Provincia de Málaga (BOP de Málaga de 23 de agosto de 2018) establece que las empresas que empleen a un número de 50 o mas trabajadores de promedio al año "vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2% sean trabajadores discapacitados, donde si fuese posible un 1% como mínimo, tengan una discapacidad de un 65% o más".

[14] Así, y aunque se trate de una empresa del sector de la dependencia, el art. 18 (Provisión de puestos) del Convenio colectivo de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía (BOJA de 2 de noviembre de 2018) establece que "en las convocatorias de provisión externa se reservará un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad (…), siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas. La reserva del mínimo del siete por ciento se realizará de manera que, al menos, el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad.

cuota de reserva de empleo. Por tanto, puede ser cualquier puesto de trabajo adecuado al tipo y grado de discapacidad y a la capacidad real del trabajador. Esta circunstancia, que la discapacidad del trabajador sea compatible con las tareas a desempeñar o adecuada a la actividad laboral, es expresamente exigida por algunos convenios colectivos[15]. En ocasiones, la determinación de cuáles son los puestos de trabajo reservados a personas con discapacidad se configura como una facultad empresarial, implícita al poder de dirección[16], pero nada impide que los convenios colectivos puedan prever para ello una mayor participación de los representantes de los trabajadores, como la exigencia de informe previo de éstos, lo que sería una buena práctica negocial. En todo caso, hay convenios que garantizan de forma expresa que los trabajadores con discapacidad tendrán las mismas condiciones de trabajo y las mismas retribuciones que las establecidas para el resto de trabajadores que ocupen un idéntico puesto de trabajo[17].

3. Problemas interpretativos

En primer lugar, hay que destacar cómo, siguiendo el artículo 42.1 LGDPD, los convenios colectivos establecen la obligación de reservar al menos un 2 por 100 de sus puestos de trabajo para personas con discapacidad cuando la empresa tenga una plantilla de "50 o más trabajadores". En algún caso excepcional, se exige "más de 50 trabajadores", lo que contraviene el sentido literal de la ley al no quedar incluidas de este modo las empresas de justo 50 trabajadores[18]. También hay ocasiones en el que algún convenio colectivo de empresa asume la obligación de reservar ese porcentaje de puestos de trabajo para personas con discapacidad sin referencia explícita a que sea por alcanzar un determinado número de trabajadores (y es que la empresa ya conoce cuál es su plantilla)[19].

Un segundo problema que encontramos es qué trabajadores computarían para calcular si la empresa alcanza o no los 50 trabajadores, y por tanto si está obligada a cumplir con dicha cuota de reserva de empleo para trabajadores discapacitados; y lógicamente para determinar el total de la plantilla sobre la que se calculará ese 2 por 100. Pues bien, la mayoría de los convenios colectivos que reconocen esta cuota de reserva de empleo para trabajadores discapacitados, transcribiendo literalmente lo dispuesto por el artículo 42.1 de la LGDPD, se limitan a tomar como referencia *la empresa en su conjunto y no el centro de trabajo*, e incluyen en ese cómputo a *todos los trabajadores* de la empresa, *con independencia de la modalidad contractual utilizada*, y por consiguiente, tanto trabajadores indefinidos como temporales. Sin más precisiones. Así, tras recordar que las empresas

[15] Por ejemplo, aunque se trate del sector público, el art. 23.4 del Convenio colectivo para el Personal Laboral del Ayuntamiento de los Villares (BOP de Jaén de 4 de abril de 2018) establece que "en la oferta de empleo público se dará cumplimiento a la normativa en relación con la integración laboral de las personas con discapacidades, determinando la Mesa General de Negociación, *los recursos o áreas en los que resultan más factibles aplicar la reserva de plazas para este colectivo*".

[16] El art. 16 (Reserva de plaza para personas con diversidad funcional) del Convenio colectivo de la Asociación Prodiversa Progreso y Diversidad (BOP de Málaga de 4 de noviembre de 2019), manifiesta que "la entidad se compromete, como mínimo, al cumplimiento estricto de las obligaciones vigentes en cada momento en materia de inserción laboral de personas con diversidad funcional" y que "previo asesoramiento técnico pertinente, determinará cuáles son los puestos de trabajo reservados para poder dar cumplimiento a esta finalidad, atendiendo a las características de los grados de discapacidad, así como a las *adaptaciones necesarias al puesto*, según establece la Ley de Derechos y Atención a Personas con Discapacidad en Andalucía (4/2017 del 25 de septiembre), vigente actualmente".

[17] El art. 16 del Convenio colectivo del Comercio de Flores y Plantas (BOE de 6 de septiembre de 2018) exige que los trabajadores con discapacidad que ocupen los puestos de trabajo reservados tendrán *las mismas condiciones y garantías salariales que el resto de profesionales*".

[18] El art. 17 del Convenio colectivo de Industrias de Perfumerías y Afines (BOE de 20 de agosto de 2019) exige "*que excedan de 50*" (además, como se verá a continuación, considera solo a los trabajadores fijos). Por no corresponderse con lo que literalmente dispone el artículo 42.1 LGDPD, debe considerarse un simple error, que debe subsanarse con una interpretación correctora que tome como fundamento el principio de jerarquía normativa.

[19] Es el caso del art. 22 del Convenio colectivo de Parque Isla Mágica S.A. (BOP de Sevilla de 18 de febrero de 2019), cuando "se compromete a reservar un mínimo de un 2% de la plantilla de la empresa para trabajadoras y trabajadores con algún tipo de discapacidad".

que empleen un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos al menos 2 por 100 sean trabajadores discapacitados, precisan que "dicho cómputo se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquélla y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa"[20]. E igualmente, y respecto de las Empresas de Trabajo Temporal (ETTs), estos convenios colectivos también entienden que estarán incluidos en dicho cómputo de la plantilla los trabajadores que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con ETTs[21].

No obstante, encontramos también convenios colectivos que, apartándose de los criterios legales, para aplicar esa cuota de reserva del 2% de la plantilla para trabajadores discapacitados, toman en consideración para el cálculo de la plantilla de la empresa *solo a los trabajadores fijos*[22], no a los temporales. Otros, especialmente por sus características sectoriales (como ocurre en el sector de la construcción y obras públicas) y en virtud de que las actividades pueden comportar riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores computan únicamente al personal adscrito a determinados centros de trabajo de carácter permanente de la empresa[23], circunstancia que ha sido cuestionada por contrariar el precepto legal de referencia[24].

En cuanto al procedimiento de cálculo del tamaño de la plantilla, que es lo que determina la obligación de reservar para trabajadores discapacitados un 2 por 100 de los puestos de trabajo de la empresa, en principio, las reglas de cómputo que prevean los convenios colectivos deberían ser conforme a las reglas de cómputo establecidas reglamentariamente. Así, la Disposición Adicional 1ª (Cuantificación de la obligación de reserva) del RD 364/2005, de 8 de abril, establece que a los efectos del cómputo del 2 por 100 de trabajadores con discapacidad en empresas de 50 o más trabajadores, se tendrán en cuenta las siguientes reglas: "a) El período de referencia para dicho cálculo serán los 12 meses inmediatamente anteriores, durante los cuales se obtendrá el promedio de trabajadores empleados, incluidos los contratados a tiempo parcial, en la totalidad de centros de trabajo de la empresa. b) Los trabajadores vinculados por contratos de duración determinada superior a un año se computarán como trabajadores fijos de plantilla. c) Los contratados por término de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el período de referencia. Cada 200 días trabajados o fracción se computarán como un trabajador más. Cuando el cociente que resulte de dividir por 200 el número de días trabajados en el citado período de referencia sea superior al número de trabajadores que se computan, se tendrá en cuenta, como máximo, el total de dichos trabajadores. A los efectos del

[20] Art. 39 (Contratación de las personas con discapacidad) del Convenio colectivo del Comercio Textil de la Provincia de Almería (BOP de Almería de 2 de mayo de 2019); art. 18 del Convenio colectivo de la Hostelería de la Provincia de Córdoba (BOP de Córdoba de 26 de octubre de 2018); o art. 14 del Convenio colectivo de la Hostelería de la Provincia de Jaén Hostelería de la Provincia de Jaén (BOP de Jaén de 18 de noviembre de 2020).

[21] Art. 20 del Convenio colectivo de la Alimentación de la Provincia de Almería (BOP de Almería de 5 de noviembre de 2019).

[22] Por ejemplo, el art. 17 del Convenio colectivo de Industrias de Perfumerías y Afines (BOE de 20 de agosto de 2019) dispone que "las empresas que empleen un número de *personas fijas* que excedan de 50 vendrán obligadas a emplear un número de personas con discapacidad no inferior al 2 por 100 de la plantilla".

[23] Por ejemplo, el art. 24 del Convenio colectivo de la Construcción y Obras Públicas de la Provincia de Almería (BOP de Almería de 18 de abril de 2018) prevé que "a los efectos de lo previsto en el artículo 42.1 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, y teniendo en consideración que las actividades y trabajos en las obras comportan riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores y las trabajadoras, *el cómputo del 2% se realizará sobre el personal adscrito a centros de trabajo permanentes*".

[24] En este sentido, Dilla Catalá, M.J.; Arroyo González, M.; Cueva Puente, C. y Sobrino González, G.: "Los trabajadores discapacitados y la negociación colectiva", en VV.AA. (dir. F. Valdés Dal-Ré): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, página 334, consideran que este tipo de cláusula convencional no está teniendo en cuenta el total de la plantilla de trabajadores de la empresa y fija la cuota de reserva únicamente en función del volumen de empleados de los centros de trabajo permanente, cuando precisamente éstos son los de menor predominio en este sector de la Construcción.

cómputo de los 200 días trabajados previsto en los párrafos anteriores, se contabilizarán tanto los días efectivamente trabajados como los de descanso semanal, los días festivos y las vacaciones anuales". De este modo, hay casos en los que los convenios colectivos se remiten directamente a dichos criterios reglamentarios; otras veces lo hacen indirectamente, en la medida que suele ser habitual remitirse para el cómputo a las mismas reglas de cálculo que el ET tiene previstas para las elecciones a órganos de representación unitaria[25].

4. Contratación del trabajador discapacitado con reserva de empleo

En cuanto a la contratación del trabajador discapacitado que se incluirá en esa cuota de reserva de empleo del 2 por 100 de la plantilla, a falta de mayores precisiones, cabe la utilización de *cualquier modalidad contractual* (como veremos después: *infra* II). No obstante, para la relación laboral especial de trabajadores con discapacidad en centros especiales de empleo (empleo protegido) se establecen un procedimiento específico de contratación y unos requisitos concretos. En todo caso, la representación legal y sindical de los trabajadores debería desempeñar un papel mucho más activo que el que les reconoce la propia negociación colectiva para, además de sus funciones y competencias generales, tener reconocidos específicamente derechos de información y consulta en materia de contratación de trabajadores con discapacidad.

5. Medidas alternativas a la cuota de reserva de empleo

La cuota de reserva de empleo para trabajadores con discapacidad queda condicionada por algunos convenios colectivos a que "sea posible" y a que haya personas con discapacidad que puedan desempeñar la actividad productiva y los correspondientes puestos de trabajo. El mismo artículo 42.2 de la LGDPD ofrece una alternativa al cumplimento de esa cuota de reserva de empleo para trabajadores discapacitados. Así, establece que de manera excepcional, las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83 (párrafos 2 y 3) del ET, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente. Hay convenios colectivos que consideran expresamente que se entenderá cumplida la exigencia de contratación "directa" requerida por dicha cuota de reserva de empleo para trabajadores con discapacidad recurriendo a la correspondiente medida alternativa[26]. De esta regulación alternativa a la cuota de reserva hay que destacar su *carácter excepcional*, por lo que tiene que estar *expresamente justificada* la exención y no aplicación de dicha cuota de reserva. Por eso el artículo 1 del RD 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad, precisa tales "supuestos excepcionales para la exención"[27].

---

[25] El ya citado art. 67 del Convenio colectivo de la Hostelería de la Provincia de Málaga (BOP de Málaga de 23 de agosto de 2018) se refiere a las empresas que empleen a un número de 50 o más trabajadores de promedio al año, "calculado con el procedimiento utilizado para las Elecciones Sindicales".

[26] El art. 18 del Convenio colectivo de la Hostelería de la Provincia de Córdoba (BOP de Córdoba de 26 de octubre de 2018), tras recordar que "son objetivos, promover el empleo y lograr la mayor integración de las personas con discapacidad con especiales dificultades para acceder al mercado de trabajo", dispone que "se entenderá cumplido el requisito de contratación de persona con discapacidad tanto si se realiza de forma directa por la empresa como aplicando las medidas alternativas reguladas en la legislación vigente".

[27] Son los siguientes: "a) Cuando la no incorporación de un trabajador con discapacidad a la empresa obligada se deba a la imposibilidad de que los servicios públicos de empleo competentes, o las agencias de colocación, puedan atender la oferta de empleo presentada después de haber efectuado todas las gestiones de intermediación necesarias para dar respuesta a los requerimientos de aquélla y concluirla con resultado negativo, por la inexistencia de demandantes de empleo con discapacidad inscritos en la ocupación indicada o, aun existiendo, cuando acrediten no estar interesados en las condiciones de trabajo ofrecidas en dicha oferta. b) Cuando existan, y así se acrediten por la empresa obligada, cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que motiven la

No hemos encontrados en el análisis de los convenios colectivos seleccionados tales acuerdos específicos sobre las medidas alternativas para el fomento de la contratación de personas con discapacidad. Eso no impide que tales medidas alternativas para el fomento del empleo de personas con discapacidad sean voluntariamente asumidas por el empresario. Estas medidas a las que puede recurrir son las que recoge el artículo 2.1 del RD 364/2005: "a) La celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo o cualquier otro tipo de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa que opta por esta medida. b) La celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa. c) Realización de donaciones y de acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas acciones de colaboración sea una fundación o una asociación de utilidad pública cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo en favor de las personas con discapacidad que permita la creación de puestos de trabajo para aquéllas y, finalmente, su integración en el mercado de trabajo. d) La constitución de un enclave laboral, previa suscripción del correspondiente contrato con un centro especial de empleo, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad".

Sin embargos los convenios colectivos sólo se refieren a la posibilidad de recurrir a estas medidas alternativas a la cuota de reserva de empleo para trabajadores discapacitados, pero sin precisar cuál sea dicha medida, simplemente remitiéndose a la regulación reglamentaria, y tan solo recordando dos previsiones legales: 1) que dicha exención de la aplicación de dicha cuota de reserva puede ser *total* o *parcial*; y 2) la necesidad de comunicarlo a la Autoridad Laboral[28].

II. CONTRATACIÓN DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y PARTICULARIDADES DE LOS CONTRATOS FORMATIVOS

Las personas con discapacidad, se trate o no de contrataciones que cubran la cuota de reserva de empleo, pueden ser contratadas laboralmente mediante *cualquier modalidad contractual*: el contrato indefinido, que prevé algunas cláusulas específicas para poder disfrutar de las correspondientes ayudas y beneficios para el fomento del empleo de personas con discapacidad (como la incorporación de un certificado en el que se reconozca un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100, estar inscrito en el servicio público de empleo…); contrato para personas con discapacidad procedentes

especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a la plantilla de la empresa. Como acreditación de dichas circunstancias, los servicios públicos de empleo podrán exigir la aportación de certificaciones o informes de entidades públicas o privadas de reconocida capacidad, distintas de la empresa solicitante". En todo caso, estas empresas "deberán solicitar de los servicios públicos de empleo competentes la declaración de excepcionalidad con carácter previo a la adopción de las medidas alternativas".

[28] El ya citado art. 17 del Convenio colectivo de Industrias de Perfumerías y Afines (BOE de 20 de agosto de 2019) dispone que "las empresas que empleen un número de personas fijas que excedan de 50 vendrán obligadas a emplear un número de personas con discapacidad no inferior al 2 por 100 de la plantilla *o, de no ser posible, aplicar las medidas alternativas previstas por la normativa vigente, de las que se informará a la representación legal de las personas trabajadoras*. También la DA 1ª del Convenio colectivo de Centros y Servicios Veterinarios (BOE de 14 de agosto de 2020) precisa que "siempre que sea posible, el 2% de la plantilla de las empresas con más de 50 personas trabajadoras, será cubierto por personas trabajadoras con alguna minusvalía según la legislación vigente. No obstante, *podrá sustituirse esta obligación por las medidas alternativas que establece la normativa vigente, en el caso de que, para cubrir este porcentaje de la plantilla, no se haya presentado ningún candidato adecuado al puesto de trabajo con una discapacidad o minusvalía*. Igualmente, el art. 33 del Convenio colectivo de Empresas de Gestión y Mediación Inmobiliaria (BOE de 13 de enero de 2020) dispone que las empresas del sector cumplirán el mandato legal que obliga a las de más de 50 trabajadores a reservar un 2 por 100 de los puestos de trabajo para personas con discapacidad "*salvo que opten por alguna de las medidas alternativas al cumplimiento de dicha cuota de reserva previstas en la legislación vigente*".

de enclaves laborales; contrato para personas con discapacidad que prestan servicios en centros especiales de empleo (que configuran una relación laboral de carácter especial); contratos a tiempo parcial; contratos temporales; contratos formativos; contrato temporal de fomento de empleo para personas con discapacidad, etc. En su caso, también el contrato que configura una relación laboral especial de trabajador con discapacidad y un centro especial de empleo.

Los convenios colectivos no suelen referirse a modalidades contractuales específicas para personas con discapacidad. Salvo, lógicamente, los convenios colectivos del sector de la dependencia y atención a las personas con discapacidad y los convenios colectivos de empresas que tienen la consideración de centros especiales de empleo, que si que regulan la relación laboral especial de trabajadores con discapacidad en centros especiales de empleo, y establecen requisitos específicos para la contratación de tales personas con discapacidad[29].

Lo que sí es generalizado es que los convenios colectivos, siguiendo la anterior redacción del art. 11 ET, recuerden las particularidades de la contratación de trabajadores discapacitados mediante la modalidad contractual de los denominados *contratos formativos*, y en particular, tanto el contrato en prácticas (ampliando a 7 años en lugar de los 5 ordinarios el período dentro del cual se podrá celebrar tras la obtención de la correspondiente titulación), como el contrato para la formación y el aprendizaje (por ejemplo, incrementando su duración o eximiendo del requisito de edad para su celebración), y además sin introducir ninguna novedad relevante en cuanto a las estaban establecidas legalmente[30]. Respecto a esto, hay que tener en cuenta que la nueva redacción del artículo 11 ET, conforme al Real Decreto Legislativo 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, que entró en vigor el 30 de marzo de 2022, y que regula de forma diferente los ahora denominados *contrato de formación en alternancia* y el *contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios*, no ha sido todavía incorporado al contenido de los convenios colectivos analizados. Por ejemplo, y tal y como señala el nuevo art. 11.3.b ET, el contrato para la obtención de la práctica

[29] Por ejemplo, el art. 94 (Contratación de personas con discapacidad en los centros especiales de empleo) del Convenio colectivo de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad (BOE de 4 de julio de 2019), manifiesta que "sin perjuicio del régimen general aplicable establecido en el título primero, se aplicarán los siguientes criterios de desarrollo para la contratación de personas con discapacidad en los centros especiales de empleo: 1. Las ofertas de puestos de trabajo en los centros especiales de empleo irán dirigidas, prioritariamente, a la inserción socio-laboral de personas con discapacidad en situación de exclusión social, desempleadas y/o con especiales dificultades para lograr su integración en el mercado de trabajo, debido a su bajo nivel de empleabilidad. 2. El ingreso al trabajo se realizará en el marco de lo establecido en el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio o normas posteriores que desarrollen, sustituyan o complemente este real decreto. Todos los contratos se sujetarán al principio de causalidad, por lo que tendrán carácter indefinido o temporal en función de la causa que origine el contrato. A fin de favorecer la adaptación personal y social y facilitar la integración laboral de las personas con discapacidad se priorizará la contratación indefinida. 3. Con motivo del acceso de las personas con discapacidad al mercado laboral, independientemente de las formas de contratación, en el contrato tendrán que tenerse en cuenta los siguientes objetivos: a) Prestación de un trabajo retribuido. b) Adquisición de cualificación precisa para un adecuado desarrollo del oficio o puesto de trabajo objeto del contrato. c) Adquisición de los hábitos sociales y de trabajo precisos para el ejercicio de dicho oficio o puesto de trabajo. d) Desarrollo de posibles medidas de intervención o seguimiento social recogidas en el proceso de inserción del trabajador o trabajadora, realización que compete a la empresa.

[30] Por ejemplo, el art. 14 del Convenio colectivo de la Asociación Prodiversa Progreso y Diversidad (BOP de Málaga de 4 de noviembre de 2019); el art. 18.1 del Convenio colectivo de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad (BOE de 4 de julio de 2019); el art. 12 del Convenio colectivo de las Industrias de Turrones y Mazapanes (BOE de 9 de mayo de 2019); el art. 13 del Convenio colectivo de Estaciones de Servicio (BOE de 11 de marzo de 2020); el Convenio colectivo de la Construcción y Obras Públicas de la Provincia de Almería (BOP de Almería de 18 de abril de 2018); el Convenio colectivo del Comercio en General de la Provincia de Jaén (BOP de Jaén de 21 de noviembre de 2019); el Convenio colectivo de la Madera y el Mueble de la Provincia de Córdoba (BOP de Córdoba de 3 de octubre de 2018); o el art. 48 del Convenio colectivo de la Hostelería de la Provincia de Jaén (BOP de Jaén de 18 de noviembre de 2020), reproducen las particularidades para el contrato en prácticas y el contrato para la formación y el aprendizaje que la regulación estatutaria tiene previstas para los trabajadores con discapacidad.

profesional deberá concertarse dentro de los 3 años siguientes, o de los 5 años si se concierta con una persona con discapacidad, siguientes a la terminación de los correspondientes estudios. En todo caso, a los anteriores *contratos en prácticas* y *contratos para la formación y el aprendizaje*, conforme a la Disposición Transitoria 1ª de dicha norma de reforma les resultará de aplicación la anterior regulación "hasta su duración máxima".

III. IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LAS RELACIONES DE TRABAJO

El artículo 2 de la LGDPD fija el marco teórico y conceptual donde se inserta también el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación de los trabajadores discapacitados en las relaciones de trabajo. Los convenios colectivos que recogen específicamente cláusulas antidiscriminatorias por razón de la discapacidad del trabajador suelen afectar a todas los aspectos de las relaciones de trabajo: acceso al empleo, contratación, prestación de servicios, retribución, salud laboral, etc. La mayoría de convenios se limitan a enunciar el principio de igualdad de trato y no discriminación también, además de por otros motivos, por razón de la discapacidad[31]; muy pocos otorgan de manera expresa en esta materia un papel relevante a la representación de los trabajadores, otros lo condicionan a que el trabajador con discapacidad se encuentre capacitado para desempeñar las funciones propias del puesto de trabajo, otros especifican el derecho a la igualdad y a la no discriminación por discapacidad respecto del acceso al empleo o respecto de los aspectos retributivos, y otros convenios colectivos concretan algo más el alcance de dicha prohibición de discriminación, como por ejemplo, respecto del uso de ordenadores y correos electrónicos[32]. En cualquier caso, las discriminaciones laborales por discapacidad serán consideradas expresamente "prohibidas", y por tanto, nulas. Igualmente, las discriminaciones o acoso[33] que pudiera sufrir el trabajador discapacitado por parte de otros trabajadores suelen ser consideradas como faltas laborales graves o muy graves[34]. En otras ocasiones, la condición de discapacitado es una agravante para la consideración y valoración de otras faltas o infracción; y en particular, la discapacidad es considerada por algunos convenios colectivos como una circunstancia agravante del acoso sexual[35].

[31] El art. 45.4 (Igualdad) del Convenio colectivo de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles (BOE de 27 de febrero de 2020) manifiesta que "las partes firmantes de este Convenio declaran su voluntad de respetar (…) el principio de igualdad de trato en el trabajo a todos los efectos, no admitiéndose discriminaciones por razón de (…) discapacidad". En el mismo sentido, el art. 20 del Convenio colectivo de Papel y Artes Gráficas (BOE de 14 de agosto de 2020); el Convenio colectivo de Trabajadores del Campo de Huelva; el art. 12 (Contratación) del Convenio colectivo de la Asociación Prodiversa Progreso y Diversidad (BOP de Málaga de 4 de noviembre de 2019), cuando reconoce "el objetivo de dotar al sector de un modelo de relaciones laborales estables, que beneficie tanto a las entidades como al personal, que elimine las desigualdades en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo con respecto a (…) las personas con discapacidades"; o el art. 41 (Garantías sociales) del Convenio colectivo de la UGT que proclama que "no se discriminará a ningún trabajador en función de su (…) discapacidad".

[32] El art. 57 (Utilización del correo electrónico e *internet* por las personas trabajadoras) del citado Convenio colectivo de la Asociación Prodiversa Progreso y Diversidad (BOP de Málaga de 4 de noviembre de 2019) establece que "no está permitido el envío de mensajes o imágenes de material ofensivo, inapropiado o con contenidos discriminatorios por razones de (…) discapacidad".

[33] Muchos planes de igualdad consideran específicamente como una de las causas de acoso la "discapacidad física o psíquica" del trabajador, contemplando medidas de prevención del acoso por discapacidad, como hace el Convenio colectivo de Industrias del Metal de Córdoba (BOP de Córdoba de 27 de septiembre de 2019).

[34] El art. 49.22 del Convenio colectivo de Estaciones de Servicio considera como infracción muy grave "el acoso por razón (…) discapacidad; y el art. 55 del Convenio colectivo de Actividades Forestales reconoce "la protección frente al acoso por razón de (…) discapacidad", y que lo contrario sería considerado como infracción muy grave.

[35] El Anexo VI (Protocolo de actuación en caso de actos de acoso sexual) del Convenio colectivo de Syrsa Automoción S.L. (BOJA de 29 de noviembre de 2019) considera una circunstancia agravante que la víctima de acoso sexual "sufra algún tipo de discapacidad física o mental". En el mismo sentido, el art. 44 (Faltas y sanciones) del Convenio colectivo de Oleícola El Tejar Nuestra Señora de Araceli S.C.A. (BOJA de 29 de octubre de 2020) califica como falta muy grave "el acoso sexual o acoso por razón de sexo, incluido el chantaje sexual y el acoso ambiental cuando se den alguna de las siguientes circunstancias agravantes", entre las que se encuentra "que la víctima sufra algún tipo de discapacidad física o mental".

IV. LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD

1. Prestación de servicios, clasificación profesional y poder de dirección del empresario

El contenido funcional de la prestación de servicios de todo trabajador, también del trabajador discapacitado, viene determinada por su clasificación profesional. Como regla general no hay una definición de grupos o categorías profesionales específica para trabajadores con discapacidad. El criterio "discapacidad" es irrelevante para la definición de un grupo profesional, y no hay un grupo profesional especial de trabajadores con discapacidad, salvo excepciones[36]. Para dicho encuadramiento profesional del trabajador se tiene en cuenta su formación y titulaciones, sus aptitudes profesionales y el tipo de tareas o funciones que realizará. Algún convenio colectivo insiste en la necesidad de garantizar la idoneidad en la ocupación del puesto de trabajo[37]. Igualmente, la especificación de la prestación de servicios objeto del contrato de trabajo del trabajador discapacitado se ejerce por el empresario en el marco de las facultades directivas y organizativas del trabajo, eso sí, teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores discapacitados, cosa que el propio art. 20.3 ET recuerda en relación también con la facultad empresarial de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de sus obligaciones y deberes laborales[38].

[36] La excepción la encontramos en la relación laboral especial de trabajadores con discapacidad que prestan servicios en centros especiales de empleo. Por ejemplo, el art. 88 del Convenio colectivo de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad (BOE de 4 de julio de 2019) contempla una *clasificación profesional especial*. En el grupo profesional IV se incluirán "aquellos trabajadores con discapacidad con especiales dificultades para su inserción laboral en los términos previstos en el artículo 8 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre. También se incluirán todos aquellos trabajadores con discapacidad (…) que sean objeto de intervención por la unidad de apoyo a la actividad profesional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del Real Decreto 469/2006, de 21 de abril, con la finalidad de ayudarles a superar las barreras, obstáculos o dificultades que encuentren en el proceso de incorporación a su puesto de trabajo, su permanencia y progresión en el mismo. Los trabajadores incluidos en este grupo profesional desarrollan tareas precisas y concretas de forma manual o con ayuda de elementos mecánicos o tecnológicos. Realizan las tareas productivas más sencillas y, generalmente, repetitivas. El nivel de autonomía es limitado y por ello requiere apoyo individualizado en el puesto de trabajo, mediante la supervisión intensa y continuada de los profesionales que integran las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social. En el caso de que el trabajador adquiera un desarrollo profesional suficiente que le permita realizar con un alto grado de autonomía su trabajo sin la asistencia de la Unidad de Apoyo a la actividad profesional será promocionado al puesto de Técnico Auxiliar, de acuerdo a lo establecido tanto por este Convenio como por la legislación vigente, en materia de movilidad funcional. La representación legal de los trabajadores será informada de los trabajadores que integran este grupo profesional y de las promociones pertinentes".

[37] Aunque respecto de la correspondiente relación laboral especial, el art. 23.5 del mencionado Convenio colectivo de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad (BOE de 4 de julio de 2019) dispone que "en los centros especiales de empleo se establecerán unos criterios generales para el acceso al empleo de personas con discapacidad y entre esos criterios se encontrará la idoneidad de la capacidad para las tareas y funciones asignadas a la plaza a ocupar". Y a tal efecto, el art. 22.3 de dicho Convenio colectivo establece que "para el personal con relación laboral de carácter especial de los centros especiales de empleo se establecerá en el contrato de trabajo, formalizado con el trabajador/a con discapacidad, un período de adaptación que tendrá el carácter y la naturaleza del período de prueba a todos los efectos".

[38] Precepto que reiteran expresamente algunos convenios colectivos, en particular del sector de la construcción. Por ejemplo, el art. 26 (Prestación de trabajo y obligaciones específicas) del Convenio colectivo de Akra Rehabilitación; el art. 27 del Convenio colectivo de la Construcción y Obras Públicas de la Provincia de Almería (BOP de Almería de 18 de abril de 2018); el art. 29.3 (Prestación del trabajo) del Convenio colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Córdoba (BOP de Córdoba de 25 de septiembre de 2019); o el art. 30.3 del Convenio colectivo del Sector de la Construcción (BOE de 26 de septiembre de 2017), cuando manifiestan que "el empresario deberá guardar la consideración debida a la dignidad humana del trabajador, así como *tener en cuenta la capacidad real de los trabajadores discapacitados*, que, en su caso, le presten sus servicios, al adoptar y aplicar medidas de control y vigilancia del cumplimiento de la prestación de trabajo".

2. La adaptación "razonable" de las condiciones de trabajo de los trabajadores con discapacidad

Algunos convenios colectivos reconocen expresamente la obligación empresarial de adoptar medidas adecuadas para facilitar el acceso al empleo, el desempeño del trabajo y la progresión y formación profesional de los trabajadores discapacitados. No obstante dicha obligación del empresario, y el correspondiente derecho del trabajador discapacitado, quedan condicionados por que tales medidas no supongan una carga excesiva para el empresario. El concepto de "carga excesiva" es definido convencionalmente. Los convenios colectivos aclaran que 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[39].

Del mismo modo, tales medidas han de ser también "razonables". Por ello hay que traer aquí a colación el concepto de "ajustes razonables" que introduce la normativa reguladora de los derechos de las personas con discapacidad. En concreto, el artículo 2.m de la LGDPD entiende que *ajustes razonables* son "las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos". Dicha definición legal incorpora el concepto de "ajuste razonable" consolidado a nivel internacional, a través de instrumentos como la Convención de la ONU sobre derechos de los personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (artículo 2)[40].

3. La movilidad funcional y el derecho al "reacoplamiento" de los trabajadores con discapacidad sobrevenida

A los trabajadores con discapacidad les resulta de aplicación, como a cualquier otro trabajador el régimen regulador general de la *movilidad funcional*. Esta es la regla general. No obstante hay convenios colectivos que establecen previsiones específicas para la movilidad funcional de los trabajadores con discapacidad, como la exigencia de una valoración previa adaptada de las exigencias del nuevo puesto de trabajo[41].

Lo que si es más frecuente es que los convenios colectivos prevean cláusulas especificas para readaptar profesionalmente ("reacoplar" o "recolocar", dicen algunos) al trabajador con una *discapacidad sobrevenida*, a los que comúnmente se refieren como "personal con capacidad disminuida", entendiendo por tal "aquel que deja estar en condiciones físicas o psíquicas para continuar realizando eficazmente la tarea que venía desempeñando en función de su grupo". Las razones de dicha discapacidad sobrevenida pueden ser diversas, citándose entre otras la enfermedad profesional, el accidente de trabajo, o el desgaste físico natural como consecuencia de "una dilatada" vida laboral. De este modo, y sin que ello conlleve marginación o aislamiento, al trabajador discapacitado se le

[39] Entre otros, el art. 20 del Convenio colectivo de la Industria de la Alimentación de la Provincia de Almería (BOP de Almería de 5 de noviembre de 2019).

[40] Sobre la configuración del concepto de ajuste razonable en el lugar de trabajo para fomentar la inclusión social y laboral de las personas con discapacidad, *vid.* OIT: *Fomentando la diversidad y la inclusión mediante ajustes en el lugar de trabajo. Una guía práctica,* OIT, Ginebra, 2017.

[41] El artículo 91 (Movilidad y promoción profesional de las personas con discapacidad que desempeñen el puesto de trabajo de operario) del Convenio colectivo de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad (BOE de 4 de julio de 2019) establece que "La movilidad funcional y la promoción profesional de las personas con discapacidad que pertenezcan al grupo de operario puede conllevar, en caso de necesidad, una valoración adaptada de sus posibilidades de desempeño y promoción por los equipos profesionales expertos, que será objeto de especial consideración por parte de la Dirección".

encomiendan unas nuevas funciones y tareas acordes con sus facultades y su capacidad real[42], siempre que el trabajador afectado esté de acuerdo y siempre que sea posible dicho cambio funcional por haber vacantes disponibles[43], y algunos convenios prevén que cuando no la haya en el propio centro de trabajo, se podrá trasladar (puesto que esta medida se configura como un derecho del trabajador) a otro centro de trabajo situado en otra localidad que disponga de vacante adecuada[44].

Se configura de este modo como un supuesto de movilidad funcional que tiene su fundamento en un derecho del trabajador discapacitado a su "recolocación" o "reacoplamiento" profesional, a una especie de derecho de permanencia en la empresa[45], aunque, como acabamos de señalar, no se configure como un derecho incondicionado, sino condicionado a la existencia de esa vacante adecuada. Para este cambio funcional y la correspondiente reclasificación profesional algunos convenios colectivos establecen un procedimiento específico en el que se pueden establecer preferencias para dicho reacoplamiento[46] así como condicionantes y límites, como el establecimiento de un porcentaje máximo de la plantilla que tenga derecho a "reacoplamiento", como que el trabajador cuente con la titulación requerida[47], como que en caso de ser necesario se le facilite previamente formación profesional[48], o como la exigencia de que dicha condición sea declarada por el Servicio Médico de Vigilancia de la Salud o Entidad Gestora de la Seguridad Social correspondiente". Las nuevas funciones y tareas serán acordes con la capacidad real del trabajador y dependerá de las particularidades de su discapacidad

[42] El art. 43 (Capacidad disminuida) del Convenio colectivo del Comercio en General de la Provincia de Sevilla (BOP de Sevilla de 10 de octubre de 2018) reconoce que "el personal con discapacidad sobrevenida podrán ser destinados a otra actividad distinta a la de su categoría profesional, adecuada a sus nuevas capacidades"; o el art. 53 (Capacidades diferentes) del Convenio colectivo de la Industria del Calzado (BOE de 22 de julio de 2019) determina que "las Empresas acoplarán al personal cuya capacidad haya disminuida por edad u otras circunstancias, antes de la jubilación, destinándole a trabajos adecuados a sus condiciones".

[43] El art. 17 (Personas con discapacidad) del Convenio colectivo estatal de Perfumería y Afines (BOE de 20 de agosto de 2019) dispone que "las empresas ocuparán a la persona trabajadora con discapacidad que tenga su origen en alguna enfermedad profesional, accidente de trabajo o desgaste físico natural, como consecuencia de una dilatada vida al servicio de la empresa, destinándole a trabajos adecuados a sus condiciones. En los casos de discapacidad física, psíquica y/o sensorial por otras razones, la empresa, existiendo puesto vacante, procurará el mejor acoplamiento de la persona trabajadora".

[44] El art. 13.2 del Convenio colectivo de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía (BOJA de 2 de noviembre de 2018) recuerda que "la movilidad podrá efectuarse dentro de la misma localidad o en otra diferente, si ello favorece las condiciones de salud de la trabajadora o el trabajador, si bien dicho traslado estará condicionado a la existencia de vacante".

[45] El art. 41.c del Convenio colectivo de la UGT (BOE de 2 de octubre de 2019) proclama que "se respetará la permanencia en la UGT de aquellos trabajadores que, por accidente laboral, sufran una discapacidad sobrevenida con posterioridad a su incorporación al Organismo".

[46] El art. 53 del Convenio colectivo de la Industria del Calzado (BOE de 22 de julio de 2019) señala que "tendrá preferencia el incapacitado/incapacitada para su labor habitual a causa de accidente de trabajo o enfermedad indemnizable sufrida al servicio de la Empresa". Por su parte, el ya mencionado art. 17 del Convenio colectivo estatal de Perfumería y Afines (BOE de 20 de agosto de 2019) indica respecto de los trabajadores con discapacidad sobrevenida que "para ser colocadas en esta situación, tendrán preferencia las personas que perciban subsidios o pensión inferior al salario mínimo interprofesional vigente" y que el orden para dicho beneficio "se determinará por la antigüedad en la empresa o, en caso de igualdad, por el mayor número de hijos/as menores de edad o que tengan una incapacitación para el trabajo".

[47] El art. 13.2 (Otras formas de movilidad: Por disminución de capacidad) del Convenio colectivo de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía (BOJA de 2 de noviembre de 2018) reconoce que "la movilidad por disminución de la capacidad del personal podrá llevarse a cabo a petición propia de la persona interesada o a instancia de la Agencia, a otro puesto del mismo grupo profesional o inferior, siempre que se acredite la titulación exigida de acuerdo con el sistema de clasificación profesional. Estas peticiones serán tramitadas y resueltas por la Dirección Gerencia de la Agencia, previo informe médico y comunicación al Comité Intercentros de Seguridad y Salud".

[48] Este mismo precepto del Convenio colectivo de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía (BOJA de 2 de noviembre de 2018) aclara también que "cuando las circunstancias así lo requieran, será precisa la *previa formación profesional* pertinente para la adaptación al nuevo puesto de trabajo, que será facilitada por la Agencia".

física, psíquica o sensorial. No obstante, con cierta frecuencia, los puestos de trabajo en los que habitualmente se acoplan los trabajadores con discapacidad sobrevenida son los de menor exigencia física y menor complejidad de tareas (también con menos requerimientos de cualificación profesional, y previsiblemente, peor retribuidos), normalmente en categorías profesionales del grupo de personal subalterno[49], como las de Portero u Ordenanza. En algunas ocasiones se especifican de forma aún más detallada cuales son los puestos de trabajo adecuados para ser ocupados por tales trabajadores con discapacidad sobrevenida.

Como garantía económica para el trabajador, y teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos dicho cambio funcional le conlleva un perjuicio retributivo, puesto que la mayoría de los puestos a ocupar requieren una menor cualificación (y menor valor de trabajo), algunos convenios colectivos garantizan el mantenimiento de su salario[50]. Otros, en cambio, reconocen la percepción del salario correspondiente a las nuevas funciones[51]. Excepcionalmente hay casos en los que, desde una perspectiva absolutamente garantista para el trabajador con discapacidad sobrevenida, se opta por idéntica garantía retributiva que el art. 39 del ET contempla para la movilidad funcional vertical (si es a un grupo profesional superior, la asignada a éste será su retribución; si fuera a un grupo profesional inferior, se le respetaría su anterior retribución). A nuestro juicio esta cláusula constituye una buena práctica que debería ser tenida en cuenta por otros convenios colectivos. De este modo, aunque en la mayoría de los casos el nuevo puesto a ocupar suele estar peor retribuido, con esta regla se le ofrecería una ventaja adicional al trabajador con discapacidad sobrevenida, pues se acogería la posibilidad de que, eventualmente, su nuevo puesto de trabajo pudiera estar mejor retribuido.

Por último, y ante las distintas posibilidades sobre cómo afrontar la discapacidad sobrevenida del trabajador, constatar que algunos convenios colectivos dejan absolutamente claro que hay una prelación de medidas: primero, *corresponde la adaptación de las condiciones del mismo puesto de trabajo*; y segundo, cuando lo anterior no fuera posible, se recurriría a un *cambio funcional a un puesto de trabajo compatible con su capacidad disminuida*.

En todo caso, consideramos oportuno recordar que este derecho a la readaptación profesional del trabajador discapacitado se enmarca a nivel internacional en los principios que reconoce el Convenio núm. 159 de la OIT (1983) y la Recomendación núm. 168 de la OIT (1983), sobre la readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas[52].

4. Movilidad geográfica

En primer lugar, respecto de los traslados y desplazamientos el propio artículo 40.5 del ET reconoce a los trabajadores con discapacidad que acrediten la necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento de habilitación o rehabilitación médico-funcional o atención, tratamiento u orientación psicológica relacionado con su discapacidad un "derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo,

[49] En este sentido, el citado art. 17 del Convenio colectivo estatal de Perfumería y Afines (BOE de 20 de agosto de 2019) precisa que "las empresas vendrán obligadas a proveer las plazas de personal subalterno, con aquellas de sus personas trabajadoras que, por discapacidad física, psíquica y/o sensorial, enfermedad o edad avanzada, no puedan seguir desempeñando su oficio con el rendimiento normal, y siempre que carezcan de pensión para su sostenimiento".

[50] El art. 43 del Convenio colectivo del Comercio en General de la Provincia de Sevilla (BOP de Sevilla de 10 de octubre de 2018) dispone que a dichos trabajadores recolocados en otro puesto de trabajo por discapacidad sobrevenida se les respetará "el salario que tuvieran acreditado antes de dicha situación".

[51] Es el caso del art. 17.5 del Convenio colectivo estatal de Perfumería y Afines (BOE de 20 de agosto de 2019) cuando dispone que "la retribución a percibir por este personal será la correspondiente a su nuevo puesto de trabajo".

[52] Para el Art. 1.2 de dicho Convenio núm. 159 de la OIT, la finalidad de la readaptación profesional es la de "permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad".

del mismo grupo profesional, que la empresa tuviera vacante en otro de sus centros de trabajo en una localidad en que sea más accesible dicho tratamiento"[53].

Sin perjuicio de ello, y en sentido contrario, algunos convenios colectivos, pocos, reconocen a los trabajadores discapacitados una preferencia para no ser desplazado[54], similar a la que la norma legal también reconoce a los representantes de los trabajadores. Otras veces no es la condición de discapacitado del propio trabajador sino la circunstancia de tener a una persona con discapacidad a cargo lo que se tiene en cuenta a la hora de determinar y seleccionar a los trabajadores afectados por el traslado.

5. Jornada

Es muy infrecuente encontrar en la negociación colectiva previsiones especiales para la determinación de la jornada de trabajado de las personas con discapacidad. La única referencia la hemos detectado en relación con la limitación para realizar trabajo nocturno para determinados tipos de discapacidad.

6. Sistemas de promoción y ascensos

Con carácter general, la negociación colectiva no reconoce un derecho específico a la promoción profesional para los trabajadores con discapacidad. A lo más que se llega es a reconocer el derecho "a la promoción profesional de los trabajadores discapacitados en iguales condiciones que el resto de trabajadores"[55]. Sin embargo, respecto a la relación laboral especial de trabajadores discapacitados en centros especiales de empleo si que se reconoce un derecho a un "ajuste razonable" de los sistemas promoción profesional y ascenso a las particularidades de los trabajadores con discapacidad[56], exigiéndose una valoración del equipo profesional correspondiente. No obstante, hay ocasiones en las que en tales centros especiales de empleo no es necesaria la valoración de

[53] En esta línea se manifiestan algunos convenios colectivos. Entre ellos, aunque incorporando otras previsiones, el art. 13 (Otras formas de movilidad) del Convenio colectivo de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía (BOJA de 2 de noviembre de 2018) manifiesta que el trabajador con discapacidad "que acredite la necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento de rehabilitación, físico o psicológico relacionado con su discapacidad, tendrá derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo subgrupo profesional, que la Agencia tuviera vacante en otro de sus centros de trabajo en una localidad en que sea más accesible dicho tratamiento". En este supuesto, "el traslado podrá tener una duración igual a la del tratamiento y hasta la finalización del mismo", y "durante este periodo, la Agencia reservará el puesto de trabajo del personal que lo hubiera solicitado". Terminado este periodo "el personal podrá optar entre el regreso a su puesto de trabajo o la continuidad en el nuevo, decayendo, en este último caso, su derecho a reserva de puesto". Por su parte, el art. 28 (Movilidad geográfica. Procedimiento para traslados colectivos), in fine, del Convenio colectivo de Industrias de Perfumerías y Afines (BOE de 20 de agosto de 2019) reconoce que la empresa considerará "la situación de discapacidad legalmente reconocida que requiera tratamiento médico regular que no fuera posible dispensar en la localidad de destino de la persona trabajadora incluida en la medida de traslado colectivo, a fin de desafectarla de la medida frente a otra persona trabajadora que ocupe un puesto de trabajo en el que, asimismo, concurran las causas alegadas para adoptar la decisión de traslado y siempre que ambas personas trabajadoras resulten equiparables en funciones, competencias y capacidades".

[54] Por ejemplo, el art. 46.8 (Traslados) del Convenio colectivo de Empresas de Mediación en Seguros Privados (BOE de 7 de enero de 2020) precisa que "tendrán derecho preferente de permanencia o para ocupar las vacantes en otros centros de trabajo que tenga la empresa (…) los trabajadores con discapacidad (…)".

[55] Art. 41.e) del Convenio colectivo de la UGT (BOE de 2 de octubre de 2019). En el mismo sentido, el art. 20 del Convenio colectivo de la Alimentación de la Provincia de Almería (BOP de Almería de 5 de noviembre de 2019) establece la obligación de adoptar medidas adecuadas que permitan a las personas con discapacidad promocionar profesionalmente.

[56] En este sentido, el art. 23.4 (Vacantes y puestos de nueva creación) del Convenio colectivo de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad dispone que "con el fin de potenciar la promoción profesional, también de quienes disponen de relación laboral de carácter especial en centros especiales de empleo, la cobertura inicial de vacantes y puestos de nueva creación se realizará a través de procesos de promoción interna de trabajadores en activo y excedentes voluntarios. Las personas con discapacidad tendrán *derecho a un ajuste razonable de cualquier*

equipos profesionales expertos para acreditar las posibilidades de promoción y ascenso, sino que para promocionar es suficiente con que el trabajador acredite un alto grado de autonomía en su trabajo[57].

Por otro lado, en algunos convenios, los menos, la discapacidad es considerada como una condición que, en caso de igualdad de los aspirantes, otorga al trabajador una *preferencia en los procesos de promoción*[58].

7. Formación

Son muy infrecuentes las referencias convencionales a las necesidades especiales de formación de los trabajadores discapacitados. Excepcionalmente hemos encontrado casos en los que, en el marco de la obligación empresarial de adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto y la accesibilidad de la empresa, se prevén también medidas específicas para facilitar que los trabajadores con discapacidad puedan acceder a la formación[59]. Por otro lado, y respecto a la relación laboral especial de trabajadores con discapacidad en centros especiales de empleo, tienen prevista para el caso de falta de adecuación o idoneidad al puesto de trabajo un conjunto de medidas de actuación, que lógicamente tiene un marcado carácter formativo[60].

8. Retribuciones salariales por discapacidad

En materia retributiva los convenios colectivos no suelen establecer ventajas adicionales por razón de la discapacidad del trabajador. No obstante, con carácter excepcional, aunque generalizado en determinados ámbitos funcionales o territoriales, hemos encontrado casos en los que se reconocen *complementos salariales vinculados directa o indirectamente a dicha discapacidad*. Entre los primeros, y con relativa frecuencia, algunos convenios colectivos reconocen un *complemento salarial por discapacidad*, que expresamente consideran como un complemento de carácter personal del trabajador, lo que es especialmente habitual en el Sector de la Construcción y Obras Públicas, que utiliza una fórmula estándar en su enunciado[61]: "1. Los trabajadores que, reconocidos por el organismo oficial correspondiente, acrediten los grados de discapacidad que se recogen a continuación, percibirán como complemento personal las cantidades que se detallan (un grado de discapacidad comprendido

condición o elemento del sistema de provisión del puesto de trabajo vacante o de nueva creación, a fin de no situarse en situación de desventaja respecto a las personas que no tiene discapacidad.

[57] En relación con los Operarios (grupo, como ya vimos en 3.1.1, conformado exclusivamente por trabajadores con discapacidad), el artículo 91 del Convenio colectivo de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad (BOE de 4 de julio de 2019) establece que "el trabajador/a con discapacidad que, perteneciendo al grupo de operario y con independencia de su cualificación, podrá promocionar al grupo de Técnico Auxiliar, cuando adquiera el desarrollo profesional suficiente que le permita realizar con un alto grado de autonomía su trabajo sin la asistencia de la unidad de apoyo a la actividad profesional".

[58] El art. 89 (Promoción profesional) del anteriormente citado Convenio colectivo de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad (BOE de 4 de julio de 2019) precisa que, entre otros colectivos vulnerables, "tendrán preferencia en los procesos de promoción, en caso de igualdad de condiciones (…) las personas con discapacidad".

[59] Art. 20 del citado Convenio colectivo de la Alimentación de la Provincia de Almería (BOP de Almería de 5 de noviembre de 2019).

[60] El art. 22.8 del Convenio colectivo de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad (BOE de 4 de julio de 2019) dispone que "la detección por los profesionales competentes de los centros especiales de empleo de situaciones de baja productividad de trabajadores y trabajadoras con discapacidad en relación laboral de carácter especial provocará la inmediata puesta en marcha de un plan individualizado para ese trabajador o trabajadora al objeto de facilitarle las ayudas necesarias para alcanzar niveles habituales en la producción o cumplimiento del servicio que tenga asignado. Se dará traslado al comité de empresa, delegado o delegada de personal o delegado o delegada sindical de las medidas adoptadas para y de su seguimiento y evolución".

[61] Tomamos como modelo paradigmático el art. 55 (Complemento por discapacidad) del Convenio colectivo del Sector de la Construcción (BOE de 26 de septiembre de 2017). En esta misma línea, aunque modificando las cuantías, art. 42 del Convenio colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Córdoba (BOP de Córdoba de 25 de septiembre de 2019); art. 30 (Plus por discapacidad) del Convenio colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Huelva (BOP de Huelva de 25 de junio de 2020); o art. 39 del Convenio colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Almería (BOP de Almería de 18 de abril de 2018).

entre el 13 por 100 y el 22 por 100, un importe bruto de 17€/mes natural completo; entre el 23 por 100 y el 32 por 100, 24€; y 33 por 100 o superior, 34€). 2. El grado de discapacidad será único y generará, por tanto, el derecho a un solo complemento no pudiendo, en consecuencia, acumularse al grado ya existente otro superior que pudiera reconocerse con posterioridad. Si el grado de discapacidad se redujese el complemento a percibir se acomodará al nuevo tanto por ciento reconocido. 3. En el supuesto de que por la empresa se viniese ya abonando un complemento, ayuda o prestación que responda a la compensación de situaciones análogas a la establecida en el presente artículo, aquella podrá aplicar al pago de este complemento personal la cantidad que ya venga abonando por similar concepto sin que, por tanto, se genere el derecho a un pago duplicad". Entre los segundos, hay complementos salariales que tienen por objeto compensar al trabajador discapacitado en el marco de programas de desarrollo de políticas sociales[62].

9. Salud laboral y prevención de riesgos laborales

Los convenios colectivos que regulan la prevención de riesgos laborales de los trabajadores discapacitados suelen reproducir, con las mismas (la mayoría) o parecidas palabras, lo dispuesto en el artículo 25 (párrafos 1 y 2) de la LPRL, titulándolo en muchas ocasiones igualmente "Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos". De este modo, los convenios colectivos disponen que "el empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de estas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias". Y, por tanto, "los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida y comunicada a la empresa de manera fehaciente, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa, ponerse en situación de riesgo o, en general, cuando se encuentren, manifiestamente, en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo" [63]. Con relativa frecuencia, y con

[62] Como particularidad territorial, este caso especial es frecuente en algunos convenios colectivos sectoriales de Jaén. Así, el art. 19 (Plus compensatorio para el desarrollo de políticas sociales) del Convenio colectivo Provincial de las Industrias de la Madera y Corcho de Jaén (BOP de Jaén de 22 de marzo de 2019), tras recordar que "desarrollar determinadas políticas sociales en la empresa contribuye a conseguir un sector empresarial más avanzado y competitivo" y que la búsqueda de soluciones en el marco de las relaciones laborales a problemas sociales (como la discapacidad) que se generan también en la actividad empresarial debe ser una actividad a tener en cuenta igualmente en la negociación colectiva. Así, se conseguirá generar una cultura de implantación efectiva de políticas sociales en las empresas a través de la negociación colectiva, para lo cual las partes firmantes se comprometen "a la realización de un *Programa o Plan de actividades de información, formación y asesoramiento en materia de Políticas Sociales* dirigido a las empresas y trabajadores incluidos en su ámbito funcional, sectorial y territorial para que puedan desarrollar esas actividades". Y para la consecución de los fines expuestos "las partes signatarias del presente convenio acuerdan que las empresas deberán abonar a su personal laboral *un Plus Compensatorio de naturaleza salarial para el desarrollo de estas actividades, en cuantía de 20 euros mensuales (240 euros anuales)*, y sea cual sea la jornada laboral del trabajador en caso que no acrediten su adhesión en la organización empresarial más representativa del sector a nivel provincial, a través de la cual podrá participar asociativa y colectivamente en las actividades programadas por aquella y recibir por la misma los servicios de información, asesoramiento y formación en materia de políticas sociales, o en caso que no acrediten una planificación y ejecución de referidas actividades realizadas directa e individualmente por ellas". En los mismos términos se pronuncian el art. 30 del Convenio colectivo del Comercio en General de la Provincia de Jaén (BOP de Jaén de 21 de noviembre de 2019) y el art. 48 del Convenio colectivo Provincial de la Hostelería de Jaén (BOP de Jaén de 18 de noviembre de 2020).

[63] Art. 55.2 del Convenio colectivo de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía (BOJA de 2 de noviembre de 2018); art. 57.3 (Protección de trabajadores/as especialmente sensibles) del anteriormente mencionado Convenio colectivo de la Hostelería de Provincia de Jaén (BOP de Jaén de 18 de noviembre de 2020); o el art. 67.9 (Seguridad y salud laboral. Medio ambiente) del Convenio colectivo de Industrias de Perfumerías y Afines (BOE de 20 de agosto de 2019). En el mismo sentido, el art. 32 (Protección de las personas trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos) del Convenio colectivo de la Asociación Prodiversa Progreso y Diversidad (BOP

justificación en las necesidades de prevención de riesgos laborales y salud laboral, cuando no fueran posibles las medidas preventivas, la supresión o reducción del riesgo específico para el trabajador con discapacidad, en suma, cuando no fuera posible la adaptación del puesto de trabajo al trabajador con discapacidad, los convenios colectivos tienen previsto como solución la "recolocación" en otro puesto de trabajo compatible y exento de riesgos para el trabajador con discapacidad.

A ello, algunos convenios colectivos añaden reglas novedosas. Así, hay algunos que reconocen expresamente la necesidad de una evaluación específica de los riesgos de todos los puestos de trabajo para determinar cuales pueden ser desempeñados por los trabajadores con discapacidad, expresamente considerados como "trabajadores especialmente sensibles". Otros convenios colectivos insisten en la necesidad de la accesibilidad universal, la supresión de barreras arquitectónicas y la adaptación de los edificios e instalaciones a los trabajadores con discapacidad[64]. Igualmente, en relación con la vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores con discapacidad en función de los riesgos inherentes al trabajo, es relevante, aunque poco extendida, la exigencia de comunicación al Servicio de Prevención por parte de los trabajadores con discapacidad reconocida.

También es importante señalar cómo algunos convenios colectivos, que podrían constituirse como modelo paradigmático o como buena práctica negocial, confieren a la representación de los trabajadores un mayor protagonismo en la determinación de los puestos de trabajo adecuados, desde un punto de vista preventivo y de salud laboral, para personas con discapacidad.

V. BENEFICIOS PARA LOS TRABAJADORES CON PERSONAS DISCAPACITADAS A CARGO

Aunque nuestro objeto de estudio son las cláusulas de los convenios colectivos sobre empleo y condiciones de trabajo de las personas con discapacidad en la negociación colectiva andaluza, es conveniente revisar aunque sea brevemente las preferencias, beneficios y ayudas sociales previstas para trabajadores que, sin ser discapacitados, tengan a su cargo alguna persona con discapacidad[65] y que son recogidas mayoritariamente por los convenios colectivos andaluces. En muchos casos, tales beneficios no son más que transcripción al ámbito del convenio colectivo de preceptos legales. Es el caso de las reducciones de jornada por guarda legal y cuidado de persona con discapacidad o de las suspensiones del contrato de trabajo o excedencias por cuidado de familiares discapacitados. Otras veces, los convenios colectivos son más originales e incorporan beneficios y ayudas para trabajadores con discapacitados a cargo no previstos legalmente, como preferencias para la elección de horarios y turnos de trabajo, e incluso, como derecho a su determinación por el propio trabajador[66], el reconocimiento de licencias y permisos retribuidos para acompañar a hijo o familiar discapacitado a cargo a tratamientos médicos o de rehabilitación[67], o lo más común y habitual, el reconocimiento

de Málaga de 4 de noviembre de 2019) dispone que "la entidad, de conformidad con el artículo 25 de la Ley de Prevención de Riesgos laborales, garantizará de manera específica la protección de las personas trabajadoras, que por sus propias características personales o estado biológico conocido, sean especialmente sensibles a los posibles riesgos derivados del trabajo. Para ello, se deberá tener en cuenta dichas características personales en las evaluaciones de riesgos y, en función de estas, se adoptarán las medidas preventivas y de protección necesarias". De este modo "las personas trabajadoras, no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que a causa de sus características personales, discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocidas, pudieran poner en peligro o causar daños a sí mismo, a las demás personas trabajadoras u otras personas relacionadas con la entidad".

[64] Por ejemplo, el art. 36.3 (Salud laboral) del Convenio colectivo de la UGT (BOE de 2 de octubre de 2019) establece que "se adaptarán progresivamente todos los edificios a los discapacitados físicos".

[65] Sobre este tema, *vid.* Almendros González, M.A.: "La acción social nell'impresa: il caso spagnolo", en W. Chiaromente y M.L. Vallauri: *Modelli ed esperienze di welfare aziendale*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2018, páginas 109-116.

[66] Es el caso, entre otros, del Convenio colectivo de empresas de Mediación de Seguros Privados (BOE de 7 de enero de 2020).

[67] Entre otros muchos que reconocen estos permisos, el Convenio colectivo de la Industria del Calzado (BOE de 22 de julio de 2019).

de ayudas económicas por hijos o familiares discapacitados a cargo, de naturaleza no salarial, compensatoria[68].

VI. EPÍLOGO

Entre las conclusiones de nuestro análisis de la negociación colectiva andaluza lo primero que hay que destacar es que son relativamente pocos los que establecen cláusulas *específicas* sobre el empleo de los trabajadores con discapacidad y sobre sus principales condiciones de trabajo (cuota de reserva de empleo para trabajadores con discapacidad, ingreso, contratación, prestación de servicios, movilidad funcional, readaptación y recolocación, formación, retribución, salud laboral y prevención de riesgos laborales, etcétera) que complementen y amplíen lo previsto en la norma legal. En la mayoría de los casos se limitan a reproducir los preceptos legales de aplicación o incluso a remitirse directamente a la norma legal. Nuestro análisis ha tenido en cuenta el *empleo ordinario* de personas con discapacidad, pero también el *empleo protegido*. Lógicamente, hay sectores de actividad más concienciados con una regulación específica del trabajo de las personas discapacitadas (por ejemplo, los convenios colectivos del sector de la dependencia y atención a las personas con discapacidad o los convenios colectivos de empresas consideradas como centro especiales de empleo). En cualquier caso, la normativa reguladora de la integración social y laboral de las personas discapacitadas es en muchos casos *imperativa*, como sucede con la cuota de reserva de empleo para trabajadores discapacitados. Desde este punto de vista, es hasta cierto punto irrelevante que el convenio colectivo las reitere, pero su ausencia en la negociación colectiva es expresiva de un escaso interés por trasladar al ámbito del convenio el problema de integración laboral de estas personas con discapacidad. No obstante, como hemos ya indicado a lo largo del presente estudio, encontramos cláusulas convencionales merecedoras de ser tomadas como modelo o referente en la negociación colectiva. Constituyen buenas prácticas que podrían difundirse y tomarse en consideración en los procedimientos de negociación de convenios colectivos. Por destacar algunos de aspectos a los que nos hemos referido, debemos tener en cuenta la posibilidad de que en función de las características y particularidades de cada sector de actividad o de cada empresa pudiera ampliarse el porcentaje de puestos de trabajo reservados a personas con discapacidad, mejorando el mínimo legal establecido con carácter general. Igualmente sería conveniente una mayor participación de la representación de los trabajadores en la determinación de los puestos de trabajo adecuados para lo trabajadores discapacitados, en atención al tipo y grado de discapacidad. Y en relación con la seguridad y salud laboral también una mayor participación en materia preventiva, y en particular en la evaluación específica de riesgos para los trabajadores discapacitados, considerados expresamente como trabajadores especialmente sensibles. Sea como fuere, aún hay mucho margen de regulación por parte de los convenios colectivos. La negociación colectiva debe asumir cláusulas convencionales específicamente reguladoras del empleo y de las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad que tengan por objetivo remover los obstáculos con los que se pueden encontrar para su real y efectiva inserción laboral.

[68] Por ejemplo, el art. 35 (Ayudas a discapacitados físicos y psíquicos) del Convenio colectivo de Industrias del Aceite de la Provincia de Córdoba (BOP de Córdoba de 11 de enero de 2021) manifiesta que "las empresas abonarán a los/las empleados y empleadas con hijos o hijas discapacitados físicos o psíquicos, así reconocidos legalmente en un porcentaje del 49%, una ayuda de 200,23€"; o el art. 34 del Convenio colectivo de Oleícola El Tejar Nuestra Señora de Araceli S.C.A (BOJA de 29 de octubre de 2020).

Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

8. Fomento Del Empleo De Las Personas Con Discapacidad Intelectual

María José Caballero Pérez
Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0003-3131-8604

SUMARIO: I. LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL: CONCEPTUALIZACIÓN Y ACTUALES MODELOS DE INTERVENCIÓN DESDE UN ENFOQUE SOCIAL Y DE DERECHOS. 1. *TRATAMIENTO INTERNACIONAL DE LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL*. 2. *TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL EN ESPAÑA*. II. LAS MEDIDAS DE APOYO AL EMPLEO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL. 1. *AYUDAS PARA EL ACCESO AL EMPLEO ORDINARIO*. A) RESERVA DE PUESTOS DE TRABAJO. B) AYUDAS A LA CONTRATACIÓN LABORAL INDEFINIDA EN EL MERCADO ORDINARIO. C) EMPLEO CON APOYO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y CAPACIDAD INTELECTUAL LÍMITE. 2. *EMPLEO PROTEGIDO EN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL*. 3. *FOMENTO DEL AUTOEMPLEO*. III. LA RETIRADA DEL MERCADO LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y SU COBERTURA SOCIAL. 1. *ADELANTO DE LA EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN*. 2. *CONVENIO ESPECIAL PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD CON ESPECIALES DIFICULTADES DE INSERCIÓN LABORAL*. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL: CONCEPTUALIZACIÓN Y ACTUALES MODELOS DE INTERVENCIÓN DESDE UN ENFOQUE SOCIAL Y DE DERECHOS

1. Tratamiento Internacional de la discapacidad intelectual

En la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud (OMS)[1], donde se fijan criterios comunes para el diagnóstico clínico de enfermedades en todo el mundo, la discapacidad intelectual es ubicada dentro del capítulo "Trastornos del Neurodesarrollo" bajo la expresión "Trastornos del Desarrollo Intelectual"[2], y se estima que es una diversidad funcional que afecta a alrededor de un 1,5% de la población mundial y hasta a un 4% de la población en los países no desarrollados[3].

Sin perjuicio de las numerosas definiciones y explicaciones que desde diferentes ámbitos disciplinarios conceptúan a las personas con discapacidad intelectual, en el área clínica el término se identifica con el estado individual de la persona que, desde antes de la adultez, presenta déficits simultáneos y significativos en sus capacidades cognitivas y de adaptación social[4]. Engloba a un conjunto heterogéneo de personas con retraso madurativo, inteligencia límite y deficiencia intelectual

[1] Conocida con las siglas CIE-11.

[2] Acceso a la Clasificación CIE-11 de la OMS (en vigor desde el 1 de enero de 2022): https://icd.who.int/en (Recuperado el 27 de marzo de 2022).

[3] Datos extraídos de la OMS por Pascual Bardají, J. y expresados en su documento *Epidemiología de la discapacidad intelectual: Base Estatal de Datos de Personas con Valoración del Grado de Discapacidad 2017*, que se encuentra publicado en https://www.researchgate.net/publication/341205551_Epidemiologia_de_la_discapacidad_intelectual_Base_Estatal_de_Datos_de_Personas_con_Valoracion_del_Grado_de_Discapacidad_2017 (Recuperado el 27 de marzo de 2022).

[4] Flórez, J.: "Discapacidad intelectual y Neurociencia", *Revista Síndrome de Down: Revista española de investigación e información sobre el Síndrome de Down*, núm. 124, 2015, pág. 5. Navas, P, Verdugo Alonso, M.A., y Gómez Sánchez, L.E.: "Diagnóstico y clasificación en discapacidad intelectual", *Psychosocial Intervention*, vól. 17, núm. 2, 2008, págs. 143-152, con cita a Luckasson *et al*. en *Retraso mental. Definición, clasificación y sistemas de apoyo*, Alianza Editorial, Madrid.

profunda y severa, moderada o ligera[5]. Una línea conceptual en la que se sitúa la actual definición propuesta por la *American Association on Intellectual and Developmental Disabilities* (AAIDD), para quien la discapacidad intelectual es una condición humana caracterizada por limitaciones significativas tanto en el funcionamiento intelectual (referido a la capacidad mental general) como en el comportamiento adaptativo (entendido como conjunto de habilidades conceptuales, sociales y prácticas que las personas aprenden y realizan en su vida cotidiana), que se origina antes de los 22 años[6], y que requiere ser tratada desde un enfoque interseccional en aras a promover la equidad y la inclusión socio-política del colectivo[7].

Desde una perspectiva más sociológica y jurídica, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas (ONU), de 13 de diciembre de 2006[8], reconoce que la discapacidad en general - incluida la intelectual, la física, la mental o la sensorial- es un concepto evolutivo que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las diversas barreras derivadas de la actitud y el entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Enfatiza, pues, el fuerte contenido social de esta realidad, mostrándola como el resultado de una interacción entre personas con un déficit determinado y el entorno social en el que habitan. Destaca el peso que en las situaciones de discapacidad tienen los factores ambientales y sociales -algunos de ellos construidos por el ser humano, como las barreras físicas, y otros resultado de actitudes, prejuicios y estereotipos[9]- y sugiere la necesidad de un compromiso de intervención por parte de los Estados firmantes para procurar una integración efectiva y plena de las personas con discapacidad en la sociedad (art. 1.2 de la Convención).

De hecho, "dignidad" y "derechos" son los dos pilares básicos de este modelo internacional de intervención de la discapacidad que propone la Convención, tal y como el mismo texto manifiesta al declarar que no es otro su propósito que el de "*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las*

[5] Gil Y Gil, J.L.: "Protección jurídico-laboral de las personas con discapacidad mental", Anuario de la Facultad de Derecho, núm. 5, 2012. pág. 27.

[6] *American Association on Intellectual and Developmental Disabilities*: https://www.aaidd.org/intellectual-disability/definition (Recuperado el 1 de abril de 2022). Junto a la AAIDD, la Asociación Estadounidense de Psiquiatría y la Organización Mundial de la Salud coinciden en que los tres elementos esenciales para esta afección son: limitaciones sustanciales en el funcionamiento intelectual; limitaciones sustanciales en el comportamiento adaptativo; e inicio durante el período de desarrollo.

[7] Afirma Cavalcante Carvalho, A.M., con cita a Makkonen, T. (*Multiple, compound and Intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Finlandia: Institute for Human Rights, Abo Akademi University, 2002), que *"el beneficio más importante de un enfoque interseccional es la habilidad de desvelar formas y manifestaciones de discriminación anteriormente no identificadas. El análisis interseccional también permite detectar distintos contextos y otros factores que han contribuido para tal discriminación y desventaja, y una comprensión de las distintas formas y contextos de la discriminación y desventaja claramente ofrecen una mejor plataforma para la acción política y legal centrada en combatir la discriminación*"; en "Discriminación interseccional: concepto y consecuencias en la incidencia de violencia sexual contra mujeres con discapacidad", *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, Marzo, 2018, pág. 19.
Para la AAIDD, la interseccionalidad es un marco para comprender cómo los aspectos de las múltiples identidades sociales y políticas de una persona pueden combinarse para crear cargas y barreras únicas. El concepto se usa particularmente para considerar cómo los sistemas entrelazados de desigualdad afectan a los más marginados de la sociedad y para tener en cuenta estas relaciones cuando se trabaja para promover la equidad y la inclusión social y política: https://www.aaidd.org/intellectual-disability/intersectionality (Recuperado el 1 de abril de 2022).

[8] Firmada y ratificada por España, la Convención comenzó a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico interno desde el 3 de mayo de 2008.

[9] Cuesta, J.L., De La Fuente, R., Ortega, T.: "Discapacidad intelectual: una interpretación en el marco del modelo social de la discapacidad", *Controversias y Concurrencias Latinoamericanas*, vol. 10, núm. 18, pp. 85-106. Como explican los autores, esta interpretación de lo social como base de la discapacidad es el eje en torno al cual giran las teorías explicativas correspondientes al denominado "modelo social" de discapacidad. Este modelo explicativo surgió frente al "modelo médico" en los años 70 y está integrado por distintas corrientes internas que, de manera diferente, interpretan la influencia y mediación del entono en las personas con discapacidad, yendo desde planteamientos más radicales a otros más integradores.

personas con discapacidad", así como el de "*promover el respeto de su dignidad inherente*" (art. 1.1 de la Convención), incluida su autonomía e independencia individual y la libertad de tomar sus propias decisiones [art. 3.a) de la Convención]. Para lo que atribuye a los Estados la responsabilidad de asumir un papel pro-activo en la consecución de este reto de la igualdad de oportunidades y la no discriminación, a través de programas y políticas que comporten la adopción de las pertinentes medidas legislativas y administrativas (art.4 de la Convención), que tengan en cuenta la diversidad del colectivo, y que atiendan a las situaciones de mayor desventaja en la que se puedan encontrar las personas con discapacidad que, a su vez, sean víctimas de otras múltiples y agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición (Preámbulo de la Convención).

Se advierte, en cambio, la inexistencia en el texto convencional de cualquier alusión específica a la discapacidad intelectual, más que para incluirla dentro del concepto global de discapacidad que contiene su art. 1, en el que se definen a las personas con discapacidad como "*aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo […]*", siendo todas ellas por igual, y sin excepción, titulares de los derechos consagrados a lo largo de su articulado, sin perjuicio de que, en aras a garantizar su ejercicio real y efectivo, las políticas internas de los Estados deban atender a las diversas demandas y necesidades del colectivo.

En el específico ámbito del empleo, la aplicación de estos postulados internacionales conlleva a que la propia Convención, en su art. 27, reconozca y declare: en primer lugar, que las personas con discapacidad son también titulares del derecho a trabajar en igualdad de condiciones que las demás; lo que incluye el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado laboral abierto, accesible e inclusivo. En segundo lugar, que es un deber de los Estados promover las oportunidades de acceso de este colectivo al mercado laboral -ya sea dentro del sector público o del privado, ya sea en calidad de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia-, así como prohibir cualquier forma de discriminación laboral 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*". Y en tercer lugar, que es igualmente obligación de los Estados asegurar 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*".

De manera que, por medio del presente documento normativo, la sociedad internacional demostró ser plenamente consciente de que el empleo (junto a la educación a la que se le dedica el art. 24 de la Convención), es un elemento determinante para la autonomía personal y la integración plena y real en sociedad de toda persona con discapacidad, y de que ningún tipo de discapacidad (intelectual, física, sensorial…), puede justificar distinción alguna en la atribución de la titularidad de los derechos que en ella se consagran, incluido el derecho a trabajar en los términos de igualdad y no discriminación que plantea la Convención.

Sin duda, este reconocimiento internacional representó una avance del tradicional "modelo social" -centrado en explicar la exclusión sufrida por las personas con discapacidad por parte del entorno social[10]- hacia un nuevo "modelo de derechos humanos" para el tratamiento y abordaje de la discapacidad, que se basa en la premisa de que esta condición, además de ser una construcción social, debe ser valorada como parte de la diversidad humana (art. 3.d), y que busca el reconocimiento de los valores y principios que deben inspirar las políticas públicas dirigidas a garantizar al colectivo el

[10] Como afirman Cuesta, J.L., De La Fuente, R., Ortega, T.: "Discapacidad intelectual: una interpretación en el marco del modelo social de la discapacidad", *Controversias y Concurrencias Latinoamericanas*, vol. 10, núm. 18, pp. 85-106, el modelo social de la discapacidad y el peso que otorga a los entornos en la configuración de la misma (en el sentido de considerar que la discapacidad no está solo en la persona, sino también en el entorno), tuvo igualmente su implantación en la interpretación de discapacidad intelectual.

ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales en las mismas condiciones que el resto de personas (art. 4)[11].

Sin embargo, más recientemente, el desarrollo sostenible ha pasado a situarse en el centro del trabajo de la ONU con la Agenda 2030[12] como "imperativo para el cambio". Bajo el principio de "no dejar a nadie atrás", comienza a extenderse un modelo de desarrollo que tenga en cuenta la diversidad de capacidades presente en la sociedad, tomando fuerza debates como el de discapacidad y pobreza, discapacidad y desarrollo tecnológico, o discapacidad y trabajo decente, en los que a la postre se pone de relieve las íntimas conexiones existentes entre la defensa de los derechos de las personas con discapacidad y el desarrollo sostenible, tal y como es concebido por la Agenda 2030[13].

El tratamiento de la discapacidad desde un enfoque integrador o inclusivo se considera hoy en día pieza clave para la sostenibilidad[14], y de ello da cuenta la Estrategia para la Inclusión de la Discapacidad[15] que la ONU puso en funcionamiento en junio de 2019 con el objetivo de lograr un progreso significativo, sostenible y transformador, hacia la inclusión de la discapacidad en todos los pilares de la labor de la Organización, en todos su programas y operaciones, y desde la Sede hasta el terreno. Entre los aspectos más destacables, la Estratega establece las esferas y funciones en las que se habrá de centrar la Organización para alcanzar la inclusión de la discapacidad, subraya la necesidad de adoptar un enfoque interseccional para responder a las múltiples formas de discriminación de que son objeto las personas con discapacidad, y proporciona un marco concreto de rendición de cuentas para evaluar los progresos o deficiencias de los programas y políticas que se implementen respecto a la inclusión de la discapacidad tanto a nivel interno (dentro de la Organización) como a nivel externo (por parte de los países miembros).

Por lo que, en definitiva, parece existir consenso internacional en que los derechos humanos, la dignidad, y el desarrollo sostenible para toda la población, solo pueden alcanzarse y disfrutarse si las personas con discapacidad en toda su diversidad (entre ellas la intelectual) son incluidas en la sociedad en pie de igualdad con las demás, y en que, para alcanzar este fin, es esencial que ese enfoque integrador esté presente en la elaboración, aplicación, supervisión y evaluación de todas las políticas y programas de corte político, económico y social.

2. Tratamiento de la discapacidad intelectual en España

Con la aprobación de la Constitución Española de 1978, la atención a la discapacidad quedó consagrada en su art. 49 como principio rector de política económica y social, disponiendo literalmente -con una terminología propia de aquélla época- que "*los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos,*

[11] Palacios, A.: "¿Un nuevo modelo de derechos humanos de la discapacidad? Algunas reflexiones -ligeras brisas- frente al necesario impulso de una nueva ola del modelo social", *Revista de la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad*, vol. 4, núm. 2, 2020, págs.12-42. La autora señala a *Theresia Degener*, académica y activista por los derechos de las personas con discapacidad, como principal defensora y teórica de este modelo en el ámbito doctrinal.

[12] Compromiso político adquirido por los gobiernos de la ONU y alcance universal recogido bajo un documento que lleva por nombre *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. La Agenda fue aprobada el 21 de octubre de 2015 y plantea 17 Objetivos con 169 metas de carácter integrado e indivisible que abarcan las esferas económica, social y ambiental, y que incluyen -de forma implícita o expresa- a las personas con discapacidad.

[13] Aquel desarrollo que se lleva a cabo a favor de las personas, el planeta y la prosperidad, y que también tiene la intención de fortalecer la paz universal y el acceso a la justicia: https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/ (Recuperado el 2 de abril de 2022).

[14] Crowther, D. y Duarte Atoche, M.T.: "Responsabilidad social y discapacidad intelectual", *Revista internacional de sociología*, Vol. 72, núm. extra 1, 2014 (*Ejemplar dedicado a: Procesos de exclusión social en un contexto de incertidumbre),* págs. 64

[15] Véase: https://www.un.org/es/content/disabilitystrategy/ (Recuperado el 15 de abril de 2022).

a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos", entre los que cabría destacar el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente (art. 35 CE).

Este reconocimiento constitucional se inspiró en el modelo médico o rehabilitador predominante en el momento de su aprobación, conforme al que la discapacidad era concebida como un problema de la persona, causado directamente por una enfermedad, accidente o condición de su salud, que requería asistencia médica y rehabilitadora en forma de un tratamiento individualizado prestado por profesionales. Pero la ratificación por nuestro Estado de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, motivó la necesidad de modificar las diversas normas que se habían ido dictando al amparo del principio rector de la Constitución para ajustarlas al nuevo modelo social y de derechos diseñado por la Convención[16].

A esta necesidad de actualización obedeció la aprobación del vigente RD 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[17] (en adelante, LGDPD), en el que la discapacidad es definida 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*" (art. 2.a).

Completando este enfoque social, la LGDPD considera a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos, y a los poderes públicos como sujetos obligados a garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno, efectivo, y en igualdad de condiciones respecto del resto. Es plenamente consciente de que la igualdad de oportunidades es esencial para que los derechos de las personas con discapacidad en los ámbitos político, económico, social, laboral, cultural, civil o de otro tipo, sean plenamente efectivos, y de que la garantía de este principio requiere, por parte del Derecho, prohibir cualquier tipo de discriminación, directa o indirecta, por razón de discapacidad, así como implementar medidas de acción positiva (art. 2.b).

De otro lado, en lo que aquí interesa destacar, tampoco la norma legal introduce distinción alguna entre los diferentes tipos de discapacidad a los efectos de reconocer y garantizar al colectivo el goce real de los derechos positivados en nuestro Ordenamiento para todos los ciudadanos. Conforme a su art. 4, aparatados 1 y 2, los titulares de estos derechos son todas las personas con discapacidad, englobando el término a las personas con discapacidad intelectual (además de a las personas con "deficiencias" físicas, mentales o sensoriales) que tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%. Y a la misma definición se remite expresamente la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía[18], al momento de delimitar su ámbito subjetivo de aplicación en el art. 2. Si bien, en esta ocasión, la ley autonómica sí introduce -dado el mayor desarrollo de aspectos concretos que contiene su articulado- algunas previsiones específicas para las personas con discapacidad intelectual, como las concernientes a la reserva de plazas en las ofertas de empleo público (art. 28.1), o a las posibilidades de adaptar los procesos selectivos con medidas de accesibilidad cognitiva (entre las que cabría citar, según art. 28.2, los textos de lectura fácil o la exención de algunas de las pruebas), y la referida a la obligación impuesta por el art. 51.3 a las Administraciones Públicas de Andalucía de promover que la información suministrada resulte inteligible y comprensible para las personas con discapacidad intelectual.

[16] Gran parte de esta modificación normativa fue llevada a cabo por la La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011), en cuyo Preámbulo asumía como cometido superar el modelo médico del art. 49 CE adoptando "*la perspectiva social y de derechos y capacidades, que configura la discapacidad como un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales están originadas o agravadas por el entorno social*".

[17] BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013.

[18] BOJA núm. 191, de 4 de octubre de 2017.

Esta conceptualización de persona con discapacidad, comprensiva de todas sus variantes y tipologías, ha venido constituyendo el centro de imputación de las políticas socio-jurídicas (estatales y autonómicas) destinadas a promover la inclusión social efectiva de este colectivo. Pero, en lo que respecta a la discapacidad intelectual, la exigencia de tener reconocido un grado mínimo ha supuesto excluir sistemáticamente de estos beneficios y medidas a quienes, pese a presentar dificultades cognitivas -susceptibles de obstaculizar su participación social en condiciones de igualad con los demás-, acreditan un porcentaje de discapacidad inferior al 33%.

Consciente de este vacío protector, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a través de su Disposición adicional sexta, ordenó al Gobierno que en el plazo de 12 meses desde su entrada en vigor, y dentro de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad, presentara *"[…] medidas de acción positiva dirigidas a promover el acceso al empleo de las personas con capacidad intelectual límite, que tuvieran reconocida oficialmente esta situación, aunque no alcanzaran un grado de discapacidad del 33% […]*". Sin embargo, el cumplimiento de este mandato legal por parte del Ejecutivo no se haría efectivo hasta el año 2021 con la aprobación del RD 368/2021, de 25 de mayo, sobre medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de personas con capacidad intelectual límite[19], de cuyo ámbito aplicativo queda expresamente excluido el sector público de empleo *ex* art. 3.3.

Dejando a un lado otros posibles ámbitos de intervención, como los relacionados con la sanidad, la formación, o la Seguridad Social, la norma reglamentaria se ciñe al ámbito laboral con el objetivo de favorecer las expectativas u opciones de inclusión en el mercado ordinario de trabajo de quienes, estando desempleados e inscritos como demandantes de empleo, acreditan oficialmente un grado de discapacidad intelectual igual o superior al 20% pero inferior al 33%. Y las medidas de acción positiva se centran en incentivar económicamente la contratación laboral indefinida de las personas que integran este colectivo; facilitar la adaptación de sus puestos de trabajo o la adquisición de medios especiales de protección personal; reconocerles la posibilidad de ser destinatarias finales de los proyectos de empleo con apoyo que se implementen en las empresas; y en introducir ciertas especificidades concerniente a los contratos de trabajo para la formación y el aprendizaje (actual contrato de formación en alternancia).

Finalmente, en la Estrategia Española sobre Discapacidad para el periodo 2022 - 2030, donde se diseña el marco de las futuras políticas públicas sobre esta materia en línea con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, la discapacidad intelectual recibe un trato especial en áreas como la lucha contra la discriminación múltiple que sufren niñas y mujeres con esta diversidad funcional, o la atención a las necesidades emergentes del envejecimiento y del deterioro prematuro que experimentan las personas con discapacidad intelectual (para lo que la Estrategia considera preciso fomentar y visibilizar prácticas e iniciativas tanto en el ámbito socio-laboral, como en atención diurna, residencial, apoyos en el domicilio, apoyos para la participación en la comunidad, etc…).

En cambio, en temas como el empleo, los objetivos y líneas de actuación que habrán de marcar las políticas legislativas de los próximos años son diseñados con carácter común para todas las personas con diversidad funcional, incidiendo particularmente, entre otros aspectos, en que dichas políticas deberán de adoptar un enfoque interseccional, que ponga el foco especialmente en las mujeres con discapacidad y en el medio rural, y en que se deberá continuar priorizando la inclusión laboral del colectivo en el mercado ordinario de trabajo -público o privado- a través del empleo con apoyo y el empleo personalizado, así como actualizar y potenciar las fórmulas de acceso al empleo a través de la

[19] BOE núm. 125, de 26 de mayo de 2021. Como indica la norma en su Preámbulo, los efectos negativos que la emergencia sanitaria producida por la pandemia del virus del SARS-CoV-2 provocaron sobre el mercado laboral, y especialmente sobre ciertos colectivos de personas más vulnerables, como es el de las personas con capacidad intelectual límite, hizo imprescindible que, en ese contexto sanitario, social y económico, se habilitaran de forma inmediata instrumentos que favorecieran la incorporación de este colectivo al mercado laboral.

economía social (cooperativas de trabajadores/as con discapacidad, entidades de iniciativa social que promueven empleo protegido, etc.)

II. LAS MEDIDAS DE APOYO AL EMPLEO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

De los 4,32 millones de personas que, según datos del INE, padecen algún tipo de discapacidad en nuestro país, un significativo 16,3% presenta dificultades de aprendizaje, aplicación del conocimiento y desarrollo de tareas, sin perjuicio de que los problemas de movilidad sean la diversidad funcional más frecuente al concurrir en el 55,7% de las personas con discapacidad[20]. Y si bien la tasa de actividad y empleo de todo el colectivo es de por sí muy reducida[21], más aún lo es la correspondiente a las personas con discapacidad intelectual, estimándose entre 3,7 y 5,5 puntos por debajo de la que presenta la discapacidad en general, respectivamente[22].

Efectivamente, solo el 2,56% de las personas con dificultades de aprendizaje, aplicación del conocimiento y desarrollo de tareas, se encontraban laboralmente activas en el año 2020, frente al 1,5% que buscaba empleo y el 95,92% que ni tenía un empleo ni buscaba ocupación. Lo que les convierte en el colectivo de personas con discapacidad con menor nivel de inclusión laboral, quedando incluso por debajo de aquéllas con limitaciones en la comunicación (con una ocupación del 3,52%) o en las interacciones y relaciones personales (con una ocupación del 5,53%)[23].

Además, junto a la baja tasa de actividad, el empleo de las personas con discapacidad intelectual también se caracteriza por ser un empleo protegido, con un porcentaje de contratos bonificados[24] y específicos[25] de casi el doble que el del conjunto de personas con discapacidad, y por tener una presencia en el mercado ordinario de trabajo casi testimonial, al representar tan solo el 5% de los ocupados con discapacidad en centros ordinarios[26]. E igual de destacable es la elevada edad media de las personas que prestan sus servicios en los centros especiales de empleo (con discapacidad en general, no solo de tipo intelectual), ya que más de la mitad de las plantillas de tales centros tiene 45 años o más de edad, tratándose asimismo de una tendencia creciente[27].

Por tanto, los datos expuestos evidencian:

En primer lugar, que las personas con discapacidad conforman uno de los colectivos con mayores dificultades de inserción laboral en nuestro país, como así lo hace constar el art. 2 d) del RD Legislativo 3/2015, de 23 de octubre -por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo[28]- al objeto de situarlas en el centro neurálgico de las políticas de empleo, o el art. 37.1 de la LGDPD, cuando atribuye a la política de empleo la finalidad de "*[…] aumentar las tasas de actividad y de*

[20] Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y Situaciones de Dependencia (EDAD), año 2020, del Instituto Nacional de Estadística (INE): https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176782&menu=ultiDatos&idp=1254735573175 (Consulta: 21 de mayo de 2022).

[21] Un análisis sobre la tasa de empleo, actividad y paro de las personas con discapacidad, en González-Badía Fraga, J., "Hacia un modelo de Plan Municipal de Empleo para las personas con discapacidad", en Monereo Pérez, Moreno Vida, Márquez Prieto, Vila Tierno, Maldonado Molina (Dirs.), *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Laborum, Murcia, 2021, pág. 714.

[22] Asociación Empresarial Para La Discapacidad (AEDIS), *IV Análisis de datos sobre Empleo y Discapacidad Intelectual*, diciembre 2020, pág. 2. Disponible en https://asociacionaedis.org/news/la-discapacidad-intelectual-presenta-una-de-las-tasas-de-actividad-y-empleo-mas-bajas-del-colectivo-en-2019/ (consulta: 21 de mayo de 2022].

[23] Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y Situaciones de Dependencia (EDAD), año 2020, del INE, *cit*.

[24] Con datos de 2019, mientras que el porcentaje de cotizantes con discapacidad que se benefician de algún tipo de reducción o bonificación en las cuotas era del 26,7%, los cotizantes con discapacidad intelectual fueron el 48,7 % (AEDIS, *IV Análisis de datos sobre Empleo y Discapacidad Intelectual*, *cit.*)

[25] Frente al 26,6% de asalariados con discapacidad con la modalidad de contrato específico de discapacidad, en caso de discapacidad intelectual es del 48,3% (AEDIS, *IV Análisis de datos sobre Empleo y Discapacidad Intelectual*, *cit.*).

[26] AEDIS, *IV Análisis de datos sobre Empleo y Discapacidad Intelectual*, *cit.*

[27] AEDIS, *IV Análisis de datos sobre Empleo y Discapacidad Intelectual*, *cit.*

[28] BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

ocupación e inserción laboral de las personas con discapacidad, así como mejorar la calidad del empleo y dignificar sus condiciones de trabajo, combatiendo activamente su discriminación […]", y a las Administraciones Públicas el deber de fomentar "*[…] sus oportunidades de empleo y promoción profesional en el mercado laboral […]*", así como de promover "*los apoyos necesarios para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo*"[29].

Y en segundo lugar, que esta vulnerabilidad socio-laboral se acentúa cuando la discapacidad es de tipo intelectual, como también parece reflejar la actual Estrategia Española sobre Discapacidad (2022 - 2030) al considerar que, las personas con "*limitaciones muy significativas en el funcionamiento intelectual que limitan notablemente la comprensión y la conducta adaptativa*", son personas con grandes necesidades de apoyo que se caracterizan por requerir apoyos intensos y generalizados en las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria (como en la comunicación, en el aprendizaje, o en el trabajo), y por precisar que se les dote de un estatus de prioridad dentro de las políticas sociales en aras a garantizarles su plena inclusión, permanencia y salida digna del mercado laboral, y, en definitiva, una vida decente dentro de la sociedad.

De modo que, partiendo del tratamiento especial que desde las políticas sociales y de empleo requiere la discapacidad intelectual, y dejando al margen el análisis de todas las medidas existentes para apoyar la ocupación de las personas con discapacidad en general[30], nos centraremos en analizar aquéllas que tienen una especial relevancia para las personas con ese tipo concreto de diversidad funcional, recurriendo para su exposición a la sistematización que de las mismas recoge el Capítulo VI, "*Derecho al Trabajo*", del Título I de la LGDPD, en cuyos arts. 35-47 se distingue entre: "*empleo ordinario*" con apoyo (en entidades privadas y Administraciones Públicas), "*empleo protegido*" (en centros especiales de empleo y en enclaves laborales), y "*empleo autónomo*".

1. Ayudas para el acceso al empleo ordinario

Como hemos avanzado, solo el 5% de los ocupados con discapacidad intelectual realizan su actividad profesional en el mercado de trabajo ordinario[31], pese a existir distintas medidas destinadas a favorecer la inclusión del colectivo en el mismo. En particular, aludiremos al establecimiento de cuotas de reserva en las ofertas de empleo público o privado, al fomento de la contratación indefinida, y a las medidas de apoyo previstas para personas con discapacidad intelectual y paras quienes acrediten una capacidad intelectual límite.

A) Reserva de puestos de trabajo

Entre las medidas de acción positiva dirigidas a potenciar el acceso al empleo ordinario de las personas con discapacidad, la cuota de reserva de puestos de trabajo -tanto en el sector público como en el privado- tradicionalmente ha gozado de una considerable aceptación social por su potencial para prevenir y/o corregir la discriminación que viene sufriendo el colectivo en el acceso al mercado laboral, y en consecuencia alcanzar el principal objetivo de la LGDPD, cual es el de "*garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del*

[29] De hecho, el colectivo de personas con discapacidad ha sido tradicionalmente diana de las medidas de apoyo al empleo, y todo apunta a que lo seguirá siendo pese a la tendencia política a reducir los colectivos beneficiarios de ayudas de esta naturaleza en atención a la Recomendación núm. 6, sobre "Incentivos al empleo", del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, de 27 de octubre de 2020.

[30] Para un completo estudio del empleo y condiciones de trabajo de las personas con discapacidad, ver las Partes cuarta y quinta de *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo* (Dir. Monereo Pérez, Moreno Vida, Márquez Prieto, Vila Tierno, Maldonado Molina), *cit.,* págs. 425 y ss.

[31] AEDIS, *IV Análisis de datos sobre Empleo y Discapacidad Intelectual*, *cit.*

acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación" (art.1.a).

En referencia genérica a los trabajadores y trabajadoras con discapacidad, el art. 42.1 LGDPD dispone que las empresas públicas y privadas que cuenten con una plantilla de 50 o más personas trabajadoras estarán obligadas a que, de entre ellas, al menos un 2% acrediten tener una discapacidad. Por lo que la resera de puestos de trabajo se configura como un derecho de los trabajadores y trabajadoras con cualquier tipo de discapacidad, que en ningún caso les eximirá de superar las prueba selectivas pertinentes (STC 269/1994, de 3 de octubre), y como una obligación de las medianas empresas de la que, en todo caso, podrán quedar exentas de forma parcial o total en los términos previstos por el segundo párrafo del propio art. 42.1, donde se les reconoce la posibilidad excepcional de que, bien mediante acuerdo colectivo sectorial de ámbito estatal o, en su defecto, inferior, o bien por decisión voluntaria de la propia empresa debidamente comunicada a la Autoridad Laboral, apliquen las medidas alternativas a la reserva que reglamentariamente se determinan en el RD 364/2005, de 8 abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad[32].

Fuera de estos supuestos excepcionales, el incumplimiento por parte de las empresas de esta obligación legal de reserva a favor de personas con discapacidad, o incluso la no aplicación de la medidas alternativas de carácter excepcional que, en su caso, procedan, constituirán comportamientos sancionables como faltas graves *ex* art. 15.3 del RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social[33].

---

[32] BOE núm. 94, de 20 de abril de 2005. Conforme al art. 2.1 de dicho Reglamento, las medidas alternativas a favor de las personas con discapacidad que las empresas podrán aplicar son las siguientes:
"a) La celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo o cualquier otro tipo de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa que opta por esta medida.
b) La celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa.
c) Realización de donaciones y de acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas acciones de colaboración sea una fundación o una asociación de utilidad pública cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo en favor de las personas con discapacidad que permita la creación de puestos de trabajo para aquéllas y, finalmente, su integración en el mercado de trabajo.
d) La constitución de un enclave laboral, previa suscripción del correspondiente contrato con un centro especial de empleo, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad".
Además, el art. 1.2 del RD matiza la nota de excepcionalidad que permitirá aplicar medidas alternativas a la reserva de puestos solo es entenderá que concurre en los siguientes supuestos:
"*a) Cuando la no incorporación de un trabajador con discapacidad a la empresa obligada se deba a la imposibilidad de que los servicios públicos de empleo competentes, o las agencias de colocación, puedan atender la oferta de empleo presentada después de haber efectuado todas las gestiones de intermediación necesarias para dar respuesta a los requerimientos de aquélla y concluirla con resultado negativo, por la inexistencia de demandantes de empleo con discapacidad inscritos en la ocupación indicada o, aun existiendo, cuando acrediten no estar interesados en las condiciones de trabajo ofrecidas en dicha oferta.*
b) Cuando existan, y así se acrediten por la empresa obligada, cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que motiven la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a la plantilla de la empresa. Como acreditación de dichas circunstancias, los servicios públicos de empleo podrán exigir la aportación de certificaciones o informes de entidades públicas o privadas de reconocida capacidad, distintas de la empresa solicitante".

[33] BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2000. Además, junto a la sanción económica impuesta por la LISOS, el incumplimiento de la cuota de reserva por parte de la empresa conlleva para la misma la prohibición de contratar con cualquier entidad de naturaleza pública, conforme al art. 71.d) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (BOE de 26 de febrero de 2014).

Ahora bien, al margen de estas previsiones generales dirigidas al conjunto de personas con discapacidad, en el ámbito de empleo público se aprecia una cierta voluntad legislativa de atender a las mayores dificultades de empleabilidad que, dentro del colectivo, suelen padecer las personas con discapacidad intelectual. Y así lo demuestra el hecho de que, para ellas, el art. 59.1 del RD-Legislativo 5/2015, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), fije una cuota de reserva específica con la que paliar su desventaja en los procesos selectivos al no poder competir en condiciones de igualdad con el resto de personas afectadas de otro tipo de discapacidad, física o sensorial.

Efectivamente, tras señalar que en las ofertas de empleo público se reservará un cupo de vacantes no inferior al 7% a las personas con discapacidad -siempre que éstas superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad de la misma con el desempeño de las tarea a cubrir-, el precepto legal indicado exige expresamente que, de esa reserva mínima, al menos el 2% de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual[34].

En consonancia con esta previsión, en 2021 se lanzó la mayor oferta de empleo público de la Administración española y, por extensión, también se reservó un número de plazas nunca visto para las personas con discapacidad intelectual[35]. Y más recientemente, la Secretaría de Estado de Función Pública convocó un proceso selectivo para el ingreso, por el sistema general de acceso libre, a 234 plazas reservadas exclusivamente a personas con discapacidad intelectual (Resolución de 29 de marzo de 2022, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se convoca proceso selectivo para ingreso como personal laboral fijo, en el grupo profesional E0, especialidad Tareas Complementarias de Apoyo, sujeto al IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado, en plazas reservadas para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual[36]), haciendo expresa mención al derecho de los aspirantes a solicitar las adaptaciones y los ajustes razonables necesarios de tiempo y medios para la realización de las pruebas selectivas, en aplicación de lo dispuesto en el art. 19.1 del RD 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad[37].

En cualquier caso, estas reservas mínimas de puestos de trabajo fijadas por la normativa legal estatal a favor de las personas con discapacidad pueden ser mejoradas, bien a iniciativa de la propia empresa empleadora, bien por decisión de la propia Administración Pública convocante de la oferta pública de empleo en cuestión.

A título de ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de Derechos y Atención a las personas con discapacidad en Andalucía[38], eleva el cupo de la oferta de empleo público en el 10%, y reserva dentro del mismo un porcentaje específico del 2% para personas con discapacidad intelectual y del 1% para personas con enfermedad mental[39].

[34] El art. 2 RD 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, posibilita que las plazas reservadas para personas con discapacidad puedan incluirse dentro de las convocatorias de plazas de ingreso ordinario o convocarse en un turno independiente. Pues bien, las plazas reservadas para personas con discapacidad intelectual se realizan en convocatoria independiente, excepto las de promoción interna, que se convocarán conjuntamente con el resto de la misma.

[35] En concreto, el RD 636/2021, de 27 de julio, oferta 184 plazas de funcionario (promoción interna) de Auxiliares Administrativos C2; y 256 plazas laboral (acceso libre) de personal laboral AGE.

[36] BOE núm. 76, de 30 de marzo de 2022.

[37] BOE núm. 303, de 17 de diciembre de 2004. En complemento del RD 2271/2004, la Orden PRE/1822/2006, de 9 de junio (BOE núm. 140, de 13 de junio de 2006), fijó los criterios generales a tener en cuenta para la adaptación de tiempos adicionales en los procesos selectivos para el acceso al empleo público de personas con discapacidad.

[38] BOJA núm. 191, de 4 de octubre de 2017.

[39] En Andalucía, el Decreto 222/2021, de 14 de septiembre, reserva 54 plazas a personas con discapacidad intelectual, de las que 49 son de acceso libre, y 5 de promoción interna (tipo de plazas ofertadas por primera vez en Andalucía). De acceso libre, se ofertan 2 plazas de funcionario Cuerpo General de Administrativos C1; 20 plazas funcionario Auxiliares Administrativos C2; 12 plazas laboral fijo de Personal de Limpieza y Alojamiento; 5 plazas laboral fijo Personal Asistente Restauración (pinche); 10 plazas laboral fijo personal de Oficios (peón).

También en Extremadura[40] se exige que al menos un 10% de las plazas de empleo público se reserven a personas con discapacidad y que, de esa reserva, un mínimo del 2% de las plazas se destine a las personas que acrediten una discapacidad intelectual (aunque no establece reserva específica para las personas con enfermedad mental). En cambio, la Comunitat Valenciana mantiene los mismos porcentajes de reserva que la normativa básica estatal[41], y en la Comunidad Autónoma de Madrid, la regulación contenida en el vigente Decreto 54/2006, de 22 de junio[42], del Consejo de Gobierno, infringe directamente el mínimo exigido por el EBEP sin que hasta el momento se haya procedido a su derogación o modificación formal, al disponer que el cupo de plazas para las personas con discapacidad en general será, como mínimo, del 6% (y no del 7%), sin establecer reserva específica alguna a favor de las personas con discapacidad intelectual.

B) Ayudas a la contratación laboral indefinida en el mercado ordinario

Con el objetivo de facilitar la inserción laboral de las personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo, el RD 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo[43], prevé una serie de ayudas y subvenciones públicas dirigidas a financiar la contratación laboral indefinida de este colectivo por parte de empresas, personas trabajadoras autónomas o entidades sin ánimo de lucro, así como a facilitar la transformación en indefinidos de los contratos de trabajo duración determinada, temporales y formativos, que las personas con discapacidad hayan suscrito (art. 47 RD 818/2021).

En términos generales, la norma reglamentaria -dictada en atención al desarrollo previsto en el art. 38 del RD Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo[44]-, compila, integra y actualiza los programas comunes de políticas activas de empleo (en total 17 de aplicación a todo el Estado, de los que 7 son programas nuevos), todos ellos diseñados en torno a la consecución de los grandes objetivos generales de la política española de empleo de los últimos tiempos, como son el de conseguir la reducción del desempleo, especialmente el que afecta a los colectivos más vulnerables, y el de fomentar la creación de empleo estable y de calidad[45].

En consonancia con lo dispuesto en los arts. 2.d) y 30 de la Ley de Empleo[46], uno de los colectivos considerados por el art. 3 del RD 818/2021 como destinario prioritario de los programas comunes de activación para el empleo en él regulados es el representado por las personas con

[40] Ley 9/2016, de 12 de diciembre, de modificación de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura. BOE núm. 7, de 9 de enero de 2017.

[41] Ley 11/2017, de 19 de mayo, de la Generalitat, de modificación de la Ley 10/2010, de 9 de junio, de la Generalitat, de ordenación y gestión de la función pública valenciana DOGV núm. 8050, de 29 de mayo de 2017.

[42] Por el que se regula el acceso de las personas con discapacidad a la Administración de la Comunidad de Madrid, BOCM núm. 150, de 26 de junio de 2006.

[43] BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2021.

[44] Según este precepto legal: "*Los servicios y programas de políticas activas de empleo darán cobertura a los Ejes establecidos en el artículo 10.4 y se diseñarán y desarrollarán por las comunidades autónomas y por el Servicio Público de Empleo Estatal en el ámbito de sus competencias teniendo en cuenta los contenidos comunes establecidos en la normativa estatal de aplicación. A estos efectos, reglamentariamente se regularán servicios y programas y contenidos comunes que serán de aplicación en todo el territorio del Estado. Este desarrollo reglamentario incluirá un marco legal de medidas estatales de políticas activas de empleo dirigidas de manera integrada a favorecer la inclusión laboral de las personas con discapacidad, que establecerá los contenidos mínimos que serán de aplicación en el conjunto del Estado".*

[45] En general, el Real Decreto se encarga de regular los aspectos esenciales de los programas comunes de activación para empleo del Sistema Nacional de Empleo, que podrán ser aplicados y, en su caso, desarrollados en sus aspectos no esenciales, por los servicios públicos de empleo competentes; establecer las cuantías de referencia a efectos de la financiación de los citados programas; regular su gestión, evaluación y seguimiento, así como su coordinación en el marco del Sistema Nacional de Empleo; e incorporar un marco dirigido a favorecer la inclusión laboral de las personas con discapacidad.

[46] La Ley de empleo incluye a las personas con discapacidad dentro de los colectivos vulnerables, junto con mayores de 45 años, mujeres y jóvenes.

discapacidad, entendidas como "*aquéllas que tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%*", [art. 5 b) RD 818/2021], y en especial el de las personas con discapacidad *"que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo*", dentro de las que la norma expresamente incluye a las personas con una discapacidad intelectual en grado igual o superior al 33% [art. 5 c) RD 818/2021][47].

Este especial énfasis en el empleo de las personas con diversidad funcional, y en particular en el de aquéllas que presentan mayores dificultades de inserción laboral (como son las personas con discapacidad intelectual), se manifiesta en el hecho de que a los miembros del colectivo les resulte de aplicación -siempre que estén desempleados e inscritos como demandantes de empleo-, tanto el programa destinado específicamente a fomentar la inserción laboral de las personas con discapacidad (arts. 47 a 50 RD 818/2021), como el previsto para evitar la discriminación por razón de edad que pueda sufrir cualquier persona en el acceso al mercado laboral (art. 75 y 76 RD 818/2021).

En concreto, dentro de las subvenciones anuales previstas en el "programa de inserción laboral de personas con discapacidad", las destinadas a la contratación indefinida inicial y a tiempo completo de las personas con discapacidad intelectual en grado igual o superior al 33% será de 7.000 euros como regla general (frente a los 5.500 euros que se prevén para la contratación del resto de personas con discapacidad), y de 7.500 euros (frente a los 6.000 euros establecidos para el resto de discapacidades) si la persona con discapacidad intelectual en el grado señalado es asimismo mayor de 45 años de edad o mujer, o pertenece a cualquier otro colectivo vulnerable que determinen los servicios públicos de empleo. Cuantías que se podrán incrementar hasta en 2.000 euros adicionales cuando la contratación se realice por personas trabajadoras autónomas o por una cooperativa o sociedad laboral que contraten a su primer empleado, o bien cuando las personas trabajadoras con discapacidad procedan de un enclave laboral[48] (art. 48.1 RD 818/2021).

Por su parte, el colectivo prioritario de las acciones de políticas activas de empleo que componen el "programa para evitar la discriminación por razón de edad" es el de las personas demandantes de empleo mayores de 45 años. Para ellas, como incentivo a su contratación laboral indefinida se prevé una subvención anual cuya cuantía de referencia se fija en 5.500 euros, como regla general, y en 7000 euros para el caso en que la persona contratada ostente, a su vez, la condición de desempleada de larga duración. Pero si en la persona mayor de 45 años confluyen, además, otras circunstancias personales como la de padecer cualquier tipo de discapacidad, incluida la intelectual (o la de ser mujer o pertenecer a cualquier otro colectivo vulnerable que determine el servicio público de empleo competente), las cuantías citadas se elevarán a 6000 euros y a 7.500 euros, respectivamente, reconociéndose también para estos casos la posibilidad de que los servicios públicos de empleo concedan una cuantía adicional de hasta 2.000 euros si se trata de primera contratación por una persona trabajadora autónoma (art. 76 RD 818/21).

Junto a la concesión de subvenciones, otra de las medidas económicos empleadas para incentivar la contratación indefinida de las personas con discapacidad intelectual son las tradicionales

[47] Dentro de las "personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo", la norma también incluye a las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental, o con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%, así como a las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 %. Una definición en línea con lo recogida por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre -para la mejora del crecimiento y del empleo-, a la hora de delimitar al grupo de trabajadores considerados "con especiales dificultades para su inserción laboral", dentro de los que incluye: de un lado, a las personas con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%, y de otro lado, a las personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65% (arts. 2.2 y 6.3 de la Ley 43/2006).

[48] En este último caso, la aplicación del incremento requiere "*que la empresa colaboradora realice la contratación sin solución de continuidad y transcurrido, al menos, un plazo de tres meses desde la incorporación del trabajador o trabajadora al enclave*", conforme al art. 48.1 b) RD 818/2021).

bonificaciones a la aportación empresarial a la Seguridad Social. A ellas se refiere el art. 2.2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora y el crecimiento del empleo[49], de cuyos apartados 1), 2) y 3) se infiere que, la contratación laboral indefinida de personas con discapacidad intelectual en grado igual o superior al 33%, generará a favor de la persona o entidad empleadora el derecho a disfrutar durante toda la vigencia del contrato de una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social de 425 euros/mes (frente a los 375 euros/mes que con carácter general se prevén para las personas con discapacidad en general), que se incrementará en 100 euros/mes si la persona con discapacidad tiene en el momento de la contratación 45 o más años de edad, o en 70,83 euros/mes si se trata de una mujer.

Finalmente, tanto las subvenciones como las bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social han sido igualmente extendidas, como instrumentos de fomento de la contratación laboral indefinida, a las personas con capacidad intelectual límite, definidas por el art. 2 del RD 368/2021, de 25 de mayo, como "*aquellas personas inscritas en los Servicios Públicos de Empleo como demandantes de empleo no ocupados que acrediten oficialmente, según los baremos vigentes de valoración de la situación de discapacidad, al menos un 20% de discapacidad intelectual y que no alcancen el 33%"*.

Estos beneficios económicos, de los que el sector público queda excluido *ex* art. 3.3 RD 368/2021, consisten, de un lado, en una subvención de 2.000 euros por cada contrato de trabajo indefinido celebrado a tiempo completo con una persona con capacidad intelectual límite, y de otro lado, en subvenciones destinadas a la adaptación de los puestos de trabajo, o a la dotación de equipos de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales o para eliminar barreras u obstáculos que impidan o dificulten el trabajo, previo informe favorable de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre la existencia de esa necesidad de adaptación o de adquisición de medios especiales de protección personal.

Así lo dispone la Disposición adicional tercera del RD 1451/1983, de 11 de mayo[50], añadida por el art. 4 RD 368/2021, al indicar que será de aplicación a los contratos de trabajo indefinidos que se concierten con este colectivo, tanto el régimen de subvención previsto en el art. 7 RD 1451/1983 -con la salvedad de que, en estos casos, el importe a abonar no será de 3.907 euros sino inferior, de 2.000 euros-, como las subvenciones establecidas en el art. 12 RD 1451/1983, con cargo al servicio público de empleo estatal, para la adaptación de puestos o dotación de equipos de protección personal.

Y el último de los beneficios a citar, asimismo previsto para incentivar el empleo indefinido de este particular colectivo, consiste en una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social por cada trabajador contratado de 125 euros/mes (1.500 euros/año), que se aplicará durante cuatro años desde la fecha de celebración del contrato, tal y como estipula el apartado 4 quárter de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora y el crecimiento del empleo (recientemente añadido por la Disposición final primera del RD-Ley 11/2021, de 27 de mayo[51]). Una cantidad notablemente inferior a los 375 euros/mes de bonificación que se establecen con carácter general para la contratación indefinida de personas con discapacidad, pero que, en cualquier caso, contribuye a alcanzar en mayor o menor medida -junto al resto de incentivos expuestos- el propósito de hacer efectivo el mandato legal de implantar medidas de acción positiva dirigidas a promover el acceso al empleo de las personas con capacidad intelectual límite (Disposición adicional sexta de la Ley 26/2011, de 1 de agosto).

[49] BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 2006.

[50] Por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos. BOE núm. 133, de 4 de junio de 1983.

[51] Sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos. BOE núm. 127, de 28 de mayo de 2021.

C) Empleo con apoyo para personas con discapacidad intelectual y capacidad intelectual límite

Dentro del amplio y heterogéneo grupo de personas con diversidad funcional, las mayores dificultades de acceso al mercado ordinario de trabajo en las que se encuentran ciertos colectivos, como es el de las personas con discapacidad intelectual, exigen la adopción a su favor de medidas específicas que pueden considerarse de acción o discriminación positiva -por quedar excluidas de las mismas el resto de personas con discapacidad-, y que se traducen en tratamientos más intensos y diferenciados para estimular su empleabilidad. A este propósito de diseñar nuevas fórmulas de inserción laboral que tengan en cuenta la diversidad y pluralidad que caracterizan a la población con discapacidad, y que atiendan de manera diferencia a sus distintas demandas y necesidades, pretendió responder el RD 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo[52].

A través de esta norma reglamentaria, modificada por RD 818/2021, el empleo con apoyo se presentó como "*una de las medidas que puede favorecer de modo más importante la inserción de las personas con discapacidad severa en el mercado de trabajo ordinario*", y se definió como un "*conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, prestadas por preparadores laborales especializados, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de trabajadores con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes*" (art. 2.1 RD 870/2007). Y en este mismo sentido se pronuncia la actual LGDPD al definir en su art. 41 a los denominados "Servicios de Empleo con Apoyo" como "*el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades de inclusión laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes*", remitiendo la regulación de estos Servicios a la correspondiente normativa reglamentaria.

Por tanto, frente al empleo segregado, el empleo con apoyo pretende conseguir que las personas con discapacidad y dificultades específicas para obtener un empleo puedan acceder, mantenerse y promocionarse como trabajadoras en una empresa ordinaria, articulando para ello una serie de acciones y servicios profesionales individualizados que permitan compensar o superar sus dificultades. Surge y actúa como una estrategia de empleabilidad alternativa al empleo protegido en enclaves laborales y centros especiales de empleo, que resulta más acorde con un tratamiento de la discapacidad desde el enfoque social y de derechos diseñado por la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en cuyo art. 27 apuesta claramente por la inserción de las personas con discapacidad "*en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles*"[53].

Entre los colectivos destinatarios del programa de empleo con apoyo regulado en el RD 870/2007 se encuentran las personas con discapacidad intelectual en grado igual o superior al 33% que, o bien estén desempleadas e inscritas en los servicios públicos de empleo como demandantes de

[52] BOE núm. 168, de 14 de julio de 2007.

[53] En este sentido, afirma Rey Pérez, J.L. que el enfoque social de la discapacidad del que parte la Convención entiende que los obstáculos para la integración tienen una naturaleza social y que, por ello, cambiando la sociedad y sus normas es posible lograr un diseño universal accesible que logre la plena integración. Lo que trasladado al terreno del empleo se traduce en la conveniencia de que, la integración de las personas con discapacidad, se produzca en el mercado laboral ordinario y no en uno segregado o protegido que, a la luz de la Convención, solo tiene sentido como algo transitorio que posibilita una ulterior inserción de la persona en un empleo ordinario. *Vid.* "Empleo de personas con discapacidad en la economía social. La contribución de los Centros Especiales de Empleo en el marco de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad", Actas del *IX Coloquio Ibérico Internacional de Cooperativismo y Economía Social: Economía Social y globalización: nuevos desafíos, nuevas oportunidades*, 2017. https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/21648 (Consulta: 5 de mayo de 2022).

empleo, o bien se hallen contratadas por centros especiales de empleo (art. 3.1 RD 870/2007)[54]. Y pese a que la contratación laboral indefinida de las mismas no es condición indispensable para aplicar las medidas de apoyo que la norma prevé, si se establecen limitaciones tanto a la contratación temporal como a la contratación a tiempo parcial, exigiéndose que la duración del contrato no sea inferior a seis meses y que, en caso de pactarse una jornada laboral a tiempo parcial, ésta sea al menos del 50% de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable (art. 3.2 RD 870/2007).

De forma sintetizada, el proceso de inserción de las personas beneficiarias del programa en una empresa del mercado ordinario de trabajo orbita en torno a dos elementos fundamentales: las acciones de apoyo y la figura del preparador laboral.

A las acciones de apoyo se refiere el art. 2.2 RD 870/2007, donde se precisa que éstas se desarrollarán en el marco de los "proyectos de empleo con apoyo" que sean promovidos por la entidades habilitadas al efecto *ex* art. 4 RD 870/2007, y que dichos proyectos deberán de incorporar, como mínimo, las acciones de apoyo que en el propio artículo se enumeran (acciones de orientación, asesoramiento, acompañamiento, adaptación al puesto de trabajo y al entorno laboral, seguimiento y evaluación del proceso de inserción…).

Junto a la descripción detallada de estas acciones, se exige que los proyectos hagan constar, entre otros aspectos señalados en el art.5.1 RD 870/2007, la identificación de la entidad promotora que vaya a llevar a cabo las acciones y de la empresa que se comprometa a contratar a las personas con discapacidad que vayan a recibir apoyo, pudiendo ser ésta la propia entidad promotora u otra empresa o empresas distintas con las que la promotora haya suscrito un convenio de colaboración en los términos del art. 6 RD 870/2007. Y si bien estos proyectos podrán durar, como regla general, entre seis meses y un año, prorrogable hasta dos años más, para las personas con discapacidad intelectual se prevé la posibilidad de que ese plazo máximo de tres años se amplíe por el tiempo indispensable cuando se detecten situaciones de especial dificultad que exijan necesidades específicas de apoyo (art. 5.2 RD 870/2007).

En cuanto a los preparadores laborales[55], cuya contratación laboral corresponde a la propia entidad promotora[56], éstos serán los encargados de prestar a las personas con discapacidad los servicios y acciones detalladas en los proyectos de empleo con apoyo, con el objetivo de lograr que sean lo más autónomas posible en el desempeño de sus trabajos y en sus relaciones con el entorno laboral. El número de personas con discapacidad que podrán ser atendidas simultáneamente por un mismo preparador dependerá del tipo y grado de discapacidad, situándose la cifra máxima en 3 cuando se trate de personas con discapacidad intelectual en grado igual o superior al 65%, y en 5 personas máximo en caso de que también padezcan una discapacidad intelectual pero en grado inferior al 65 % e igual o superior al 33%. Y en cuanto al tiempo de atención que el preparador deberá prestar a cada persona trabajadora con discapacidad, éste también estará en función del tipo y grado de discapacidad. De modo que para las personas con discapacidad intelectual, la atención recibida no podrá ser inferior a un tercio de su jornada laboral en caso de que tenga reconocido un grado de discapacidad igual o

[54] Junto a ellas, el programa también incluye a las personas con trastorno de la salud mental y con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%; a las personas con una discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%; y a las personas sordas y con discapacidad auditiva con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%. Además, matiza la norma que en caso de que la persona con discapacidad contratada procediera de la plantilla de un centro especial de empleo, pasará a la situación de excedencia voluntaria en dicho centro (art. 3.3 RD 870/2007).

[55] Conforme al art. 7.1 RD 870/2007, los preparadores laborales deberán estar en posesión de una titulación mínima de formación profesional de grado medio o equivalente, y acreditar una experiencia previa de al menos un año en actividades de integración laboral de personas con discapacidad que les capacite para la realización de las funciones propias de su puesto.

[56] En cualquier caso, los costes laborales y de Seguridad Social derivados de la contratación de los preparadores laborales por las entidades promotoras son públicamente subvencionados conforme al art 8 RD 870/2007.

superior al 65 %, ni inferior a un quinto de su jornada laboral si el grado de discapacidad reconocido es igual o superior al 33% e inferior al 65 % (art.7.2 RD 870/2007).

En cualquier caso, para sufragar los costes laborales y de Seguridad Social derivados de la contratación de los preparadores laborales por las entidades promotoras, se prevén un conjunto de subvenciones públicas cuyas cuantías estarán en función del número de personas trabajadoras con discapacidad que sean destinatarias de las acciones de empleo con apoyo fijadas en el programa, así como del tipo y grado de discapacidad que éstas padezcan. En concreto, las ayudas económicas ascenderán a 6.600 euros anuales por cada persona laboralmente contratada con discapacidad intelectual en grado igual o superior al 65%, y a 4.000 euros anuales por cada persona empleada con discapacidad intelectual en grado igual o superior al 33% e inferior al 65%[57].

Por otra parte, al igual que las medidas económicas de incentivo a la contratación laboral indefinida señaladas en el epígrafe anterior, esta medida laboral inclusiva -traducida en un conjunto de acciones de apoyo- ha sido extendida a las personas con capacidad intelectual límite (definidas como aquéllas con al menos un 20% de discapacidad intelectual pero que no alcanzan el 33%), a raíz de la modificación introducida por el art. 5 del RD 368/2021, de 25 de mayo, en la Disposición adicional primera del RD 870/2007, en cuyo apartado 2 expresamente declara que "*serán también destinatarias finales del programa de empleo con apoyo las personas con capacidad intelectual límite*" que sean empleadas por empresas privadas o trabajadores autónomos, con exclusión de las entidades del sector público, o que se incorporen en sociedades laborales o cooperativas como socios trabajadores o de trabajo.

Si bien, en este supuesto, el tiempo mínimo de atención que el preparador laboral deberá dedicar a cada persona trabajadora con capacidad intelectual límite es inferior al que debe invertir en las personas con discapacidad intelectual, sin que en ningún caso pueda estar por debajo de la doceava parte de su jornada laboral, y la cuantía de la subvención a la que tendrá derecho la entidad promotora del proyecto de empleo con apoyo se rebaja a la cantidad 1.625 euros anuales, por cada persona con capacidad intelectual límite incluida como destinataria de las acciones del programa.

En todo caso, dada la prioridad que las políticas sociales deben otorgar al empleo ordinario frente al empleo protegido o segregado, es previsible que las técnicas de apoyo al empleo continúen en constante evolución para conseguir aumentar los niveles de inserción y permanencia en el mercado ordinario de trabajo de las personas con discapacidad, y en especial de aquéllas con mayores dificultades de empleabilidad, como son las personas con discapacidad intelectual.

Muestra de este continuo replanteamiento son los actuales itinerarios de inclusión laboral para personas con discapacidad intelectual que el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, en colaboración con la asociación española "Plena Inclusión"[58], ha puesto en funcionamiento de forma experimental para promover nuevas oportunidades de empleo a través de la metodología del empleo personalizado[59].

---

[57] Según el art. 8.2, párrafo 3º, del RD 870/2007: "Estas subvenciones se reducirán proporcionalmente en función de la duración del contrato de cada persona trabajadora con discapacidad, así como en función de su jornada en el supuesto de que el contrato sea a tiempo parcial. Asimismo, la cuantía de la subvención no podrá superar el salario que corresponda a la persona trabajadora según la normativa laboral que le resulte de aplicación más la correspondiente cotización empresarial a la Seguridad Social por todos los conceptos".

[58] Confederación de asociaciones sin ánimo de lucro que velan por el cumplimiento de los derechos de las personas con discapacidad intelectual y del desarrollo en España: https://www.plenainclusion.org/?gclid=Cj0KCQjwntCVBhDdARIsAMEwACk8ls9ODcNNuCqrRGyWoR6mQeCgcJwjUgUa-yZcKRq4IrovZfjdJ_waApEWEALw_wcB (Consultado: 17 de abril de 2022).

[59] Noticia publicada en *La Revista de la Seguridad Social*, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones: https://revista.seg-social.es/-/el-ministerio-de-inclusi%C3%B3n-y-plena-inclusi%C3%B3n-desarrollar%C3%A1n-itinerarios-de-integraci%C3%B3n-laboral-para-personas-con-discapacidad-intelectual (consultado 5 de junio de 2022).

Tales itinerarios se desarrollan al amparo del RD 378/2022, de 17 de mayo[60], donde se regula la concesión directa, a entidades del Tercer Sector de Acción Social, de subvenciones destinadas a la realización de proyectos piloto innovadores para el desarrollo de itinerarios de inclusión social y su evaluación, con el propósito de que sus resultados sean publicados y contribuyan a la generación de conocimiento de la política de inclusión. Y aunque los destinatarios principales de los itinerarios que se implementen habrán de ser las personas beneficiarias del ingreso mínimo vital, la norma reglamentaria también permite que los mismos sean diseñados para otros colectivos en situación o riesgo de exclusión social, entre los que expresamente incluye al conformado por las personas con discapacidad (art. 5.1 RD 378/2022).

2. Empleo protegido en las personas con discapacidad intelectual

Como el resto de personas con discapacidad definidas en el art. 4 LGDPD, también las personas con una diversidad funcional de tipo intelectual en grado igual o superior al 33% pueden ser incorporadas como trabajadoras por cuenta ajena en los Centros Especiales de Empleo, a cuya regulación sigue atendiendo el RD 2273/1985, de 4 de diciembre.

Según la definición dada a los mismos por el art. 43.1 LGDPD, el objetivo principal de estos Centros -en los que al menos el 70% de la plantilla deberá estar conformada por personas con discapacidad- es el de "*realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado*", y su finalidad la de "*asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad*", al tiempo que actuar como "*medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario*", estando igualmente obligados a "*prestar, a través de las unidades de apoyo, los servicios de ajuste personal y social que requieran las personas trabajadoras con discapacidad*".

Sin embargo, pese a haber sido concebidos como instrumentos de tránsito o puente hacia el empleo ordinario, la práctica los ha ido consolidando como la principal fuente de empleo de las personas con discapacidad al aglutinar gran parte de los contratos de trabajo que se conciertan con este colectivo. Y es que, según datos de ODISMET, del total de 114.315 contrataciones específicas a personas con discapacidad realizadas en el año 2021, 85.902 contrataciones (el 75,1% de todos los contratos específicos realizados) se formalizaron en centros especiales de empleo (un 31,2% más respecto al año anterior)[61], siendo los centros especiales de empleo de iniciativa social (creados por entidades sin ánimo de lucro al amparo del art.43.4 LGDPD) los que suelen emplear a un mayor número personas con discapacidad, y especialmente a aquéllas con mayores necesidades de apoyo por tener una discapacidad física, sensorial, intelectual o una enfermedad mental, de más del 65% [62].

De hecho, las mayores dificultades de acceso al mercado laboral ordinario a las que se suelen enfrentar las personas con una discapacidad tan compleja como la intelectual (en parte asociadas a sus dificultades de relación, aprendizaje, comunicación, aplicación de conocimientos y desarrollo de tareas), en comparación con las que afectan a otro tipo de discapacidades de carácter físico o sensorial, explican que prácticamente la mitad de las personas empleadas en estos centros sean personas con discapacidad psíquica, dentro de la que se incluye la intelectual y la enfermedad mental[63].

La relación que media entre el centro especial de empleo y la persona trabajadora con discapacidad es una relación laboral de carácter especial *ex* art. 2.1.g) del Estatuto de los Trabajadores

[60] Por el que se regula la concesión directa de subvenciones del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones en el ámbito de la inclusión social, por un importe de 102.036.066 euros, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. BOE núm. 118, de 18 de mayo de 2022.

[61] Observatorio sobre Discapacidad y Mercado de trabajo en España: https://odismet.es/print/pdf/node/118

[62] Información obtenida del Observatorio de la Asociación Empresarial para la Discapacidad *IV Análisis de Datos sobre Empleo y Discapacidad Intelectual*: https://media.timtul.com/media/crm_aedis/Analisis%20datos%20empleo%20y%20DI%202020_20210212113140.pdf

[63] Observatorio sobre Discapacidad y Mercado de trabajo en España https://odismet.es/print/pdf/node/119

(aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre), que se rige por lo dispuesto en el RD 1368/1985, de 17 de julio, mediante el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo[64].

Empleando una anacrónica terminología en alusión a las personas con discapacidad, la norma reglamentaria aborda la regulación de los distintos aspectos de esa relación con el criterio básico de "*recoger un esquema de derechos y deberes laborales lo más aproximado posible al de las relaciones laborales comunes*", y junto a él establecer "*una serie de peculiaridades derivadas de las específicas condiciones de los minusválidos, de forma que se cumpla el objetivo de integración laboral de los trabajadores minusválidos propio de estos Centros Especiales*". Y aunque el régimen jurídico aplicable a este tipo de relaciones laborales no establece distinciones regulativas relevantes en función del tipo de discapacidad presentada por la persona trabajadora, sí podemos destacar, en relación a las personas con discapacidad intelectual (que suponemos deben entenderse incluidas en lo que la norma incorrectamente denomina "*minusválido psíquico*"), dos especificidades que atañen a las modalidades del contrato de trabajo.

La primera afecta al tiempo que se ha de destinar a la formación teórica en el contrato de trabajo para la formación (actual "contrato de trabajo de formación en alternancia" del art. 11, apartados 1 y 2, del Estatuto de los Trabajadores). Mientras que para el resto de personas con discapacidad la formación teórica es parte consustancial del contrato, y el tiempo invertido en la misma podrá alcanzar hasta un límite máximo de dos tercios de la jornada laboral máxima convencional o legalmente fijada, para las personas con discapacidad intelectual se admite que el tiempo de formación teórica sea directamente suprimido cuando el grado de discapacidad no les permita realizarla [art. 7.Dos.c) RD 1368/1985]. Y la segunda particularidad, relacionada con el contrato de trabajo a domicilio regulado en el art. 13 del Estatuto de los Trabajadores, se refiere a la prohibición que rige para los centros especiales de empleo de concertar este tipo contractual con las personas con discapacidad intelectual [art. 7.Tres.a) RD 1368/1985].

No obstante, tras la reforma laboral acometida por el RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre[65], desaparece la previsión que en su día introdujera la Disposición adicional segunda del RD1529/2012, de 8 de noviembre[66], en el art. 11 del Estatuto de los Trabajadores, consistente en la posibilidad de que, las personas con discapacidad intelectual que concertaran con cualquier entidad, y no solo con centros especiales de empleo, un contrato de trabajo para la formación y el aprendizaje (actual contrato de trabajo de formación en alternancia), dedicaran hasta un 25% de su tiempo de trabajo efectivo a la realización de procedimientos de rehabilitación, habilitación o de ajuste personal y social.

En lo que respecta al ámbito subjetivo, no se prevé la inclusión de las personas con capacidad intelectual límite en esta forma de empleo protegido articulada a través de los Centros Especiales de Empleo, sin que por tanto tengan cabida en el 70% de la plantilla que como mínimo deberá estar constituida por personas con discapacidad, ni puedan, en consecuencia, ser sujetos de una relación laboral de carácter especial.

Por otra parte, el RD 818/2021 también ha incidido en el empleo protegido de las personas con discapacidad con las siguientes novedades en relación a las subvenciones públicas que en él se prevén.

De un lado, se incrementa la cuantía mínima de las subvenciones públicas del coste salarial de las personas con discapacidad que trabajen en centros especiales de empleo [art. 52.1.b) RD 818/2021], quedando fijadas para las personas con discapacidad intelectual en un importe equivalente

[64] BOE núm. 189, de 8 de agosto de 1985.

[65] De medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2021.

[66] Por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual

a: el 55% del salario mínimo interprofesional vigente si es un contrato indefinido, frente al 50% si es una discapacidad física o sensorial; el 60% de dicho salario si, además, es mujer o mayor de 45 años de edad; y el 50% del salario mínimo interprofesional en caso de que la contratación sea temporal, frente al 40% fijado para la discapacidad física o sensorial [art. 54.1 a) RD 818/2021].

De otro lado, se incentiva que el tránsito de las personas trabajadores con discapacidad desde los Centros Especiales de Empleo al mercado ordinario de trabajo se efectúe sin necesidad de recurrir a un enclave laboral [art. 47.2 a) RD 818/2021][67], reconociendo a las empresas ordinarias que decidan contratar directamente a estas personas, siempre que sea con carácter indefinido y a tiempo completo, el derecho a percibir una subvención cuya cuantía será de 7.000 euros anuales cuando la persona contratada tenga una discapacidad intelectual, o de 7.500 si, además, es mujer o mayor de 45 años, frente a los 5.000 euros de subvención que se establecen con carácter general para la contratación indefinida del resto de personas con discapacidad [art. 48.1.a) RD 818/2021].

Y por último destacar que, al margen de los centros especiales de empleo, el RD 818/2021 extiende a las personas con discapacidad intelectual el "programa de inclusión laboral de personas en riesgo o situación de exclusión social", cuyo objeto es favorecer la inclusión laboral de personas en riesgo o situación de exclusión social mediante itinerarios personalizados de inserción desarrollados por empresas de inserción, o entidades sin ánimo de lucro con experiencia en programas de integración laboral de colectivos vulnerables (arts. 58-64 RD 818/2021). En este caso, se establece una subvención de 1.000 euros por participante en el itinerario con una duración tipo de 6 meses (cifra que se reducirá o incrementará proporcionalmente si la duración del itinerario es menor o mayor, sin que pueda ser inferior a 3 meses ni superior a 12 meses). Aunque en caso de que se cree un puesto de inserción o se mantenga para un período subvencionable de 12 meses, se podrá percibir una subvención de 12.120 euros por puesto creado o mantenido para sufragar parte del salario de la persona trabajadora y la cuota empresarial a la Seguridad Social (cifra que podrá incrementarse proporcionalmente para períodos superiores a 12 meses o disminuir si el período subvencionable fuera inferior)[68].

3. Fomento del autoempleo

Como medida alternativa al empleo por cuenta ajena, el emprendimiento ha venido constituyendo una opción para la inclusión laboral de las personas con cualquier tipo o grado de discapacidad en el mercado de trabajo ordinario. De ahí que la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo[69], destacara la necesidad de promover el autoempleo entre este colectivo exigiendo, de un lado, que las políticas de fomento del trabajo autónomo que los poderes públicos adopten presten especial atención a los colectivos de personas desfavorecidas o no suficientemente representadas, entre los cuales las personas con discapacidad deberán ocupar un lugar preferente (art. 27.3); y de otro lado, y con efectos más prácticos, que los programas de ayuda financiera al emprendimiento que los poderes públicos aprueben atiendan a la necesidad de tutela de los colectivos con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo (art. 29.2), dentro de los que sin duda habrá de entender comprendido, aun cuando la norma omita mención expresa al mismo, el de las personas con diversidad funcional.

---

[67] Con carácter previo al RD 818/2021, estos incentivos eran regulados por los art. 12 y 13 del RD 290/2004, de 20 de febrero -por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad- y se limitaban a la contratación de personas con discapacidad procedentes de un enclave laboral.

[68] Las entidades colaboradoras son empresas de inserción, asociaciones y entidades sin ánimo de lucro, agencias de colocación especializadas en la atención de estos colectivos, y empresas, autónomos y entidades privadas sin ánimo de lucro que contraten a participantes en itinerarios de inserción.

[69] BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007. Para esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad las comprendidas en los apartados 1 y 2 del artículo 4 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (Disposición adicional decimoctava).

La misma relevancia parece dar al emprendimiento la actual LGDPD cuando, tras prever que "*las personas con discapacidad pueden ejercer su derecho al trabajo a través de […] Empleo autónomo*" [art. 37.2 c)], ordena a los poderes públicos a adoptar, en el ámbito de sus respectivas competencias, "*políticas de fomento del trabajo autónomo de personas con discapacidad dirigidas al establecimiento y desarrollo de iniciativas económicas y profesionales por cuenta propia, o a través de entidades de la economía social, de acuerdo con la normativa reguladora de la materia*" (art. 47).

No obstante, pese a la indudable voluntad legislativa de promover el empleo autónomo entre las personas con discapacidad, el número de autónomos pertenecientes a este colectivo en España sigue siendo relativamente bajo. Según datos del INE, en el año 2020, la cifra en miles de personas se situaba en 53,4 de 2.905,7 trabajadores por cuenta propia, habiendo experimentado una sensible mejoría con respecto al año anterior, en el que el número de autónomos con discapacidad estaba en 50,6[70].

Una de las medidas tradicionalmente utilizadas para fomentar tanto el inicio como el mantenimiento de una actividad por cuenta propia por parte de las personas con discapacidad, son las conocidas bonificaciones o reducciones en la cotización a la Seguridad Social actualmente reguladas en el art. 32 de la Ley 20/2007. Según este precepto legal, los destinatarios de estos beneficios -similares a los previstos en el art. 31 de la misma Ley para toda persona que inicie o reemprenda una actividad como trabajadora autónoma- serán las personas con cualquier tipo de discapacidad igual o superior al 33% que, o bien causen alta inicial en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, o bien no hayan estado en situación de alta en este Régimen en los 2 años inmediatamente anteriores a la fecha de efectos del alta[71] (o en los 3 años anteriores en caso de que el autónomo ya hubiera disfrutado de dichos beneficios en su anterior período de alta en el citado Régimen Especial).

El periodo máximo de disfrute de estos descuentos en la cotización por parte de las personas con discapacidad será de 5 años a contar desde la fecha de efectos del alta, siendo este periodo considerablemente superior al de los 24 meses que como máximo se prevén para el resto de autónomos con derecho a beneficios similares *ex* art. 31 Ley 20/2007. En particular, durante los 12 primeros meses (o 24 si la actividad se desarrolla en municipios de menos de 5.000 habitantes), la reducción aplicable dependerá de la base de cotización por la que decida optar el trabajador al darse de alta: si la base elegida es la mínima legal, consistirá en una cuota única mensual de 60 euros, y si es superior a la base mínima legal, tendrá derecho una reducción del 80% sobre su cuota por contingencias comunes. Mientras que, con posterioridad al periodo inicial de 12 meses (o de 24 si la actividad se desarrolla en municipios de menos de 5.000 habitantes), la bonificación a aplicar, con independencia de la base de cotización elegida, será del 50% sobre la cuota por contingencias comunes durante 48 meses, hasta completar un periodo máximo de 5 años desde la fecha de efectos del alta (o durante 36 meses, hasta completar un periodo máximo de 5 años, si la actividad se desarrolla en municipios de menos de 5.000 habitantes).

Al margen de este incentivo económico, en materia de Seguridad Social existieron otros instrumentos de fomento del autoempleo que, en su configuración inicial, se destinaron específicamente a las personas con discapacidad, como ocurrió con la posibilidad de capitalizar el importe de la prestación contributiva por desempleo para financiar el inicio de una actividad por cuenta propia, o con la posibilidad de compatibilizar el percibo periódico de esta prestación con el trabajo por cuenta propia durante sus primeros. Pero, en la actualidad, estos instrumentos han ampliado su ámbito subjetivo de aplicación hacia el resto de personas desempleadas y perceptoras de la prestación por desempleo, dejando de ser vías de autoempleo exclusivas de las personas con discapacidad, a las que también les sigue siendo de aplicación conforme a los arts. 33 y 34 de la Ley 20/2007.

[70] https://www.ine.es/prensa/epd_2020.pdf (Consulta: 15 de mayo de 2022).

[71] Lo previsto en el art. 32 de Ley 20/2007 es también aplicable a las víctimas de violencia de género y víctimas del terrorismo que se establezcan como trabajadores por cuenta propia.

De otro lado, dentro de las ayudas económicas estatales incluidas en el Programa de fomento del empleo autónomo del RD 818/2021, destinadas a facilitar la constitución y consolidación de un proyecto emprendedor por parte de las personas desempleadas en general, la discapacidad es tenida en cuenta:

En primer lugar, a efectos de determinar la cuantía de la subvención regulada en el art. 78 a) para el inicio de una actividad por cuenta propia. Conforme a lo dispuesto en esta norma, la cuantía de la subvención será de hasta 7.500 euros y se graduará en función de la pertenencia o no del beneficiario a algunos de los colectivos que, según los servicios públicos de empleo, presenten mayores dificultades de acceso al empleo, entre los que obligatoriamente se incluirá el colectivo de personas con discapacidad.

Y en segundo lugar, motiva el reconocimiento de la subvención por adaptación del puesto de trabajo regulada en el art. 78 e), destinada exclusivamente a la persona desempleada que se constituya como trabajadora o trabajador autónomo y tenga un grado de discapacidad igual o superior al 33 %. En este caso, la adaptación incluirá medidas de accesibilidad universal, cognitiva y de comunicación, dotación de medios de protección para evitar riesgos laborales, y eliminación de barreras arquitectónicas u obstáculos que impidan o dificulten su trabajo, y la cuantía máxima de la ayuda será de 1.800 euros, sin que en ningún supuesto pueda rebasar del coste real justificado por la referida adaptación, dotación o eliminación.

En cualquier caso, dejando un lado la inclusión de medidas de accesibilidad cognitiva dentro del ámbito material de las subvenciones destinada a la adaptación del puesto de trabajo, ninguno de los instrumentos estatales de fomento del autoempleo actualmente en vigor se dirige de forma particularizada a las personas con discapacidad intelectual, a las que resulta, por tanto, de aplicación las previstas para el conjunto del colectivo de personas con discapacidad sin ninguna especialidad. Y la misma alusión genérica se aprecia en las referencias al autoempleo realizadas por la nueva Estrategia, cuando incluye como reto promover y apoyar actividades de autoempleo o emprendimiento en sectores emergentes vinculados a la producción y distribución de alimentos ecológicos; reutilización, reciclaje y gestión de residuos; agroturismo; o servicios de cuidados a las personas.

III. LA RETIRADA DEL MERCADO LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y SU COBERTURA SOCIAL

Tan importante como posibilitar el acceso de las personas con discapacidad al mercado laboral es permitirles una salida digna del mismo, mediante una cobertura social adecuada a sus singularidades y a sus especiales dificultades de permanecer en activo alcanzada una edad en la que, el trabajo, deja de ser para ellos una opción materialmente viable.

Y a tal propósito de garantizar a las personas con discapacidad una vida decente tras su retirada laboral, pretenden atender ciertas medidas previstas por nuestro sistema público de Seguridad Social, algunas de ellas dirigidas a toda la población en general, y por tanto susceptibles de ser también aplicadas a las personas con discapacidad intelectual (como es el subsidio asistencia por desempleo para mayores de 52 años o la pensión no contributiva de invalidez), y otras específicamente configuradas para las personas con discapacidad, y en especial con discapacidad intelectual (como es la posibilidad de acceder a la pensión de jubilación ordinaria a una edad reducida o la de suscribir una convenio especial con la Seguridad Social), siendo a estas últimas a las que dedicamos los párrafos siguientes.

1. Adelanto de la edad ordinaria de jubilación

Con el propósito de paliar el mayor esfuerzo y penosidad que ocasiona para las personas con discapacidad la realización de una actividad profesional, nuestro sistema público de Seguridad

Social les permite acceder, previo cumplimiento de ciertos condicionantes, a la pensión de jubilación ordinara a una edad inferior a la fijada con carácter general y sin reducción alguna en la cuantía de la prestación.

Esta vía de reducción de la edad ordinaria de jubilación, en su origen circunscrita a quienes realizaran actividades de naturaleza tóxica, insalubre, penosa o peligrosa, fue extendida a las personas trabajadoras con un grado de discapacidad en grado igual o superior al 65% por la Disposición adicional primera de la Ley 35/2002, de 12 de julio, y posterior ampliada mediante el art. 3.Tres de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre[72], a quienes tuvieran un grado de discapacidad igual o superior al 45 % siempre que, en este caso, la discapacidad padecida fuera alguna de las reglamentariamente tasadas como determinantes de una reducción de la esperanza de vida.

En la actualidad, aunque ambos supuestos de adelanto de la edad ordinaria por razón de discapacidad se regulan en el art. 206 bis) LGSS, y abarcan a quienes hayan desempeñado una actividad profesional tanto en calidad de trabajadores por cuenta ajena como en calidad de trabajadores por cuenta propia[73], el desarrollo reglamentario de cada uno de ellos se lleva a cabo de forma independiente, siendo el primero regulado en el RD 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía[74], y el segundo -y más reciente en el tiempo- por el RD 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento[75].

El primer supuesto, destinado a las personas trabajadoras con cualquier tipo de discapacidad, entre ellas la intelectual, en un grado considerablemente elevado (igual o superior al 65%), permite reducir la edad ordinaria de jubilación en un período equivalente al que resulte de aplicar, al tiempo efectivamente trabajado, un coeficiente que será del 0,25 como regla general, o del 0,50 cuando, junto al grado, se acredite la necesidad del concurso de otra persona para la realización de los actos esenciales de la vida ordinaria[76], sin que en ningún caso la aplicación de estos coeficientes pueda dar lugar a que el acceso a la pensión de jubilación ordinaria se produzca a una edad inferior a la de 52 años. Una limitación que solo tiene sentido para los que se benefician de un coeficiente reductor del 0,50, ya que, con un coeficiente del 0,25, es matemáticamente imposible reducir la edad hasta los 52 años.

En el segundo supuesto, si bien el grado de discapacidad requerido es inferior (a partir del 45%), no bastará con que en el sujeto concurra cualquier tipo de discapacidad, sino que deberá tratarse de alguna de las discapacidades tasadas en el RD 1851/2009, entre las que se encuentra la discapacidad intelectual por entender la norma que es una de las discapacidades en las que concurren evidencias que determinan, de forma generalizada y apreciable, una reducción de la esperanza de vida

[72] De medidas en materia de Seguridad Social, BOE núm. 291, de 5 de diciembre de 2007.

[73] Conforme al art. 318 d) LGSS, será también de aplicación a los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial de Seguridad Social de Trabajadores Autónomos o por cuenta propia lo dispuesto en el art. 206 bis LGSS, regulador de esta modalidad de jubilación.

[74] BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2003.

[75] BOE núm. 307, de 22 de diciembre de 2009.

[76] La necesidad de ayuda de tercera persona es una cuestión que del ámbito social, no sanitario, por lo que no consideramos que deba acreditarse mediante los mecanismos de valoración del grado de discapacidad, como hace la STS de 18 de febrero de 2015 (JUR\2015\130275), siendo innecesario en caso de que haya sido declarado un grado de dependencia. Sobre esta cuestión, *vid*. Maldonado Molina, J.A. "Coeficiente reductor de la jubilación de trabajadores con discapacidad: ¿quién valora la necesidad de ayuda de tercera persona?", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. extraordinario, 2016, págs. 149-154. Al respecto, *vid*. igualmente Martínez Mateo, C.J., "La jubilación de los trabajadores con discapacidad", en *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo* (Dir. Monereo Perez, Moreno Vida, Márquez Prieto, Vila Tierno, Maldonado Molina), Laborum, Murcia, 2021, págs. 780 y ss.

de la persona que la padece[77]. Además, se exige haber trabajado durante al menos 15 años con esa discapacidad reconocida, y en lugar de aplicar coeficientes reductores, se fija directamente una edad mínima de acceso a la jubilación ordinaria que se sitúa en los 56 años[78].

Pese a todo, las condiciones exigidas para disfrutar de esta posibilidad legal de acceso a la jubilación ordinaria a una edad reducida son tan restrictivas que, durante todo el tiempo de vigencia de esta figura (desde que se regulara el primer supuesto en el año 2003), apenas ha tenido un impacto significativo entre el colectivo al que va dirigida[79].

Hasta el punto de que, el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, de 27 de octubre de 2020, en su Recomendación núm. 18 (titulada "Personas con discapacidad"), propuso corregir y flexibilizar el régimen jurídico de las medidas de anticipación de la edad de jubilación para las personas con discapacidad en aquellos aspectos que, por su rigidez, excluyen situaciones materialmente dignas de protección, como es el referido al tiempo de cotización requerido o las dificultades que se presentan respecto a la acreditación del mismo[80].

Una propuesta que, hasta el momento, solo se ha visto materializada en la Disposición adicional cuarta de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre[81], donde se ordena al Gobierno que en el plazo máximo de 9 meses, y en línea con la Recomendación 18 del Pacto de Toledo, impulse una reforma del marco regulador del acceso a la pensión de jubilación de las personas con discapacidad, en la que se preste una atención particular a los problemas de quienes, dentro del colectivo, presenten mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo, como las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental, con discapacidad intelectual, o con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33% (o las personas con discapacidad física o sensorial con un grado reconocido igual o superior al 65%).

2. Convenio especial para personas con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral

Para las personas con discapacidad que no tengan oportunidades de empleo y necesiten mantener sus carreras de seguro en orden a sus futuras jubilaciones, existe la posibilidad de suscribir un convenio especial con la Seguridad Social en unas condiciones más ventajosas que las establecidas para el convenio especial ordinario. Se trata de una modalidad de convenio que fue introducida y regulada por el RD 156/2013, de 1 de marzo[82], en cumplimiento del mandato dirigido al Gobierno por

[77] Además de la discapacidad intelectual, se incluye: b) Parálisis cerebral; c) Anomalías genéticas: 1º Síndrome de Down; 2º Síndrome de Prader Willi; 3º Síndrome X frágil; 4º Osteogénesis imperfecta; 5º Acondroplasia; 6º Fibrosis Quística; 7º Enfermedad de Wilson; d) Trastornos del espectro autista; e) Anomalías congénitas secundarias a Talidomida; f) Secuelas de polio o síndrome postpolio; g) Daño cerebral (adquirido): 1º Traumatismo craneoencefálico; 2º Secuelas de tumores del SNC, infecciones o intoxicaciones; h) Enfermedad mental: 1º Esquizofrenia; 2º Trastorno bipolar; i) Enfermedad neurológica: 1º Esclerosis Lateral Amiotrófica; 2º Esclerosis múltiple; 3º Leucodistrofias; 4º Síndrome de Tourette; 5º Lesión medular traumática.

[78] Maldonado Molina, J.A, "La jubilación a edades reducidas por la actividad o discapacidad", en Monereo Pérez y Maldonado Molina (Dirs.), *La Edad de Jubilación*. Ed. Comares, Granada, 2011, págs. 217-235.

[79] El 3 de noviembre de 2020, el Ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, aportó en el Senado unos datos demoledores respecto de su eficacia: en los últimos 10 años, solo se acogieron a la jubilación anticipada para trabajadores con discapacidad igual o superior al 45% unos 2.675 trabajadores. En 2019 fueron 198 personas y en un "año normal", como 2015, fueron 345. Noticia de eldiario.es https://www.eldiario.es/economia/el-gobierno-facilitara-la-jubilacion-anticipada-de-los-trabajadores-con-discapacidad-a-partir-del-45_1_6384525.html (Consulta: 2 de junio de 2022).

[80] Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 175, Congreso de los Diputados, 10 de noviembre de 2020.

[81] De garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones. BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021.

[82] Por el que se regula la suscripción de convenio especial por las personas con discapacidad que tengan especiales dificultades de inserción laboral. BOE núm.53, de 2 de marzo de 2013.

el apartado 3 de la Disposición adicional segunda de la Ley 27/2011, de 1 de agosto[83], encomendándole la regulación de este instituto jurídico a favor, no de todas las personas con discapacidad en general, sino tan solo de aquéllas que presentaran especiales dificultades de inserción laboral a efectos de garantizarles la cobertura de las prestaciones por jubilación y por muerte y supervivencia.

Así pues, el ámbito subjetivo de esta modalidad de convenio especial se limita a las personas con una discapacidad intelectual, parálisis cerebral, o enfermedad mental, en grado igual o superior al 33 % (elevándose el grado exigido al 65% si la discapacidad es física o sensorial), y su suscripción determinará la inclusión de la persona en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social, considerándose en situación asimilada a la de alta para la cobertura de las prestaciones de jubilación y de muerte y supervivencia, pero no para la cobertura de la incapacidad permanente como, de lo contrario, sí ocurre en el convenio especial ordinario.

Además, junto a la acreditación de estos tipos y grados de discapacidad, la norma requiere que la persona interesada en suscribir el convenio cumpla simultáneamente otros requisitos instrumentales, como el de estar desempleada e inscrita en el servicio público de empleo como demandante de empleo durante un período mínimo de 6 meses inmediatamente anteriores a la solicitud; el de no ostentar la condición de pensionista de incapacidad permanente o de jubilación, en sus modalidades contributiva o no contributiva; o el de residir legalmente en España y haberlo hecho durante 5 años, de los que 2 deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la suscripción del convenio especial, sin que sea exigible, en cambio, acreditar un periodo de cotización previo a la Seguridad Social (art. 1 RD 156/2013).

Pero el inconveniente, sin embargo, se encuentra en que el coste económico del convenio, mediante el pago periódico de las correspondientes cuotas a la Seguridad Social, corre a cargo exclusivo del suscriptor, y el importe de las cuotas mensuales a ingresar se obtiene aplicando al tope mínimo de cotización vigente en cada momento en el Régimen General de la Seguridad Social (1.166,70 euros/mes en el año 2022), el tipo de cotización previsto para las contingencias comunes (28,3%), y reduciendo la cantidad resultante (330,18 euros/mes) mediante la aplicación del coeficiente que anualmente determine el Ministerio de Empleo y Seguridad Social (0,89% para el año 2022) [84].

Esta fórmula de cálculo, trasladada al presente año, se traduce en que, la persona desempleada con discapacidad que decida suscribir este convenio especial, deberá soportar mensualmente una cotización a la Seguridad Social de 293,86 euros al mes. Una cantidad que demuestra lo gravosa que puede resultar acogerse a esta medida social, sobre todo teniendo en cuenta que se accede a ella desde una situación de inactividad productiva, y que comporta limitar el ámbito de posibles beneficiarios a quienes, dentro del colectivo, cuenten con cierta solvencia económica y les reste, además, pocos años para poder completar el período de carencia exigido para el acceso a las prestaciones que suministra el convenio.

IV. CONCLUSIONES

— Al igual que el resto de discapacidades, la discapacidad intelectual debe ser tratada en nuestro país conforme al "modelo social y de derechos" diseñado por la Convención de la ONU sobre los "Derechos de las Personas con Discapacidad" (2006). Su abordaje desde un enfoque transversal, interseccional e inclusivo, se considera hoy día pieza clave para lograr un desarrollo sostenible de la sociedad, y en esta línea pretenden discurrir los programas y políticas sociales que se vienen implantando en los últimos años.

[83] Sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. BOE núm. 184, de 2 2011

[84] Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2022 (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2022).

— Al objeto de reconocer y garantizar la titularidad y ejercicio efectivo de los derechos a las personas con discapacidad, la LGDPD utiliza un concepto omnicomprensivo de todas sus tipologías que incluye a las personas con discapacidad intelectual en un grado igual o superior al 33 %. Sin embargo, dada la generalidad de su contenido, carece de previsiones específicas que atiendan a las especiales dificultades a las que deben enfrentarse las personas con esta concreta diversidad funcional para participar en ciertos ámbitos de la vida diaria, como el laboral, en igualdad de condiciones que las demás.

— En materia de empleo, la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran todas las personas con discapacidad en general -tanto para acceder como para mantenerse en el mercado laboral- se acentúa cuando la discapacidad es de tipo intelectual y afecta, en consecuencia, a la capacidades de aprendizaje, desarrollo de tareas, y aplicación del conocimiento.

Así lo reflejan los datos oficiales y de ello se hace eco la actual Estrategia Española sobre Discapacidad (2022-2030), al considerar que las personas con "*limitaciones muy significativas en el funcionamiento intelectual que limitan notablemente la comprensión y la conducta adaptativa*", son personas con grandes necesidades de apoyo, que se caracterizan por requerir apoyos intensos y generalizados en las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria, como en el aprendizaje o en el trabajo, y por precisar que se les dote de un estatus de prioridad dentro de las políticas sociales en aras a garantizarles su plena inclusión, una permanencia y salida digna del mercado laboral, y, en definitiva, una vida decente dentro de la sociedad.

— Ese tratamiento especial que desde las políticas sociales y de empleo requieren las personas con discapacidad intelectual, debe traducirse en la adopción a su favor de medidas de acción o discriminación positiva (consistentes en intervenciones más intensas y diferenciadas de las del resto de personas con discapacidad para estimular su empleabilidad), y debe continuar priorizando la inclusión laboral del colectivo en el mercado ordinario de trabajo (público o privado) a través del empleo con apoyo y el empleo personalizado. Máxime teniendo en cuenta que, en la actualidad, el empleo protegido o segregado y, por ende, menos inclusivo, canalizado a través de los enclaves laborales y los centros especiales de empleo, sigue siendo la fuente principal de ocupación de las personas con discapacidad intelectual, representando incluso a prácticamente la mitad de la plantilla de estos centros.

— En el plano jurídico-positivo, son varias las medidas que intentan favorecer de forma particularizada el acceso de las personas con discapacidad intelectual al mercado ordinario de trabajo.

  • En el ámbito del empleo público, existe una reserva específica de plazas para las personas con discapacidad intelectual con el fin de paliar su desventaja competitiva en los procesos selectivos en relación al resto de personas afectadas de cualquier otro tipo de discapacidad, física o sensorial.

  • Dentro de las medidas destinadas a fomentar la contratación laboral indefinida de las personas con diversidad funcional, las personas con discapacidad intelectual constituyen uno de los colectivos considerados como destinatarios prioritarios de las mismas. Lo que se refleja en el importe más elevado de los incentivos económicos (subvenciones y bonificaciones) previstos para su contratación, fijados desde una perspectiva interseccional que también tiene presente la confluencia de otros factores como el género o la edad.

- Y el mismo reforzamiento de medidas se aprecia en los programas de empleo con apoyo destinados a favorecer la inserción de las personas con discapacidad severa en el mercado de trabajo ordinario. En este caso, el grado de discapacidad intelectual será determinante para intensificar las acciones de apoyo individualizado prestadas por el preparador laboral, o para determinar la cuantía de las subvenciones destinadas a sufragar los costes laborales y de Seguridad Social derivados de la contratación de esta figura.

— Pese a lo anterior, la presencia casi testimonial de este particular colectivo en el mercado ordinario de trabajo, pone de relieve la ineficacia e insuficiencia de las medidas adoptadas hasta el momento, y la necesidad de continuar avanzando y mejorando las estrategias que realmente favorezcan la inserción perseguida. Aunque cierto es que resta por comprobar si, la reciente implantación de nuevos instrumentos, alguno de ellos en fase experimental como son los itinerarios personalizados de inclusión laboral destinados a personas con discapacidad intelectual (desarrollados al amparo del RD 818/2021, de 28 de septiembre, o del más reciente RD 378/2022, de 17 de mayo), tienen un impacto positivo en el propósito de aumentar sus niveles de inserción y permanencia en el mercado laboral ordinario.

— En lo que respecta al autoempleo, ninguno de los instrumentos estatales actualmente previstos para promover esta vía de acceso al mercado laboral ordinario se dirige de forma particularizada a las personas con discapacidad intelectual, a las que en cualquier caso les será de aplicación los incentivos previstos para el conjunto de personas con cualquier tipo de diversidad funcional, sin ninguna especialidad ni trato de favor. No se aprecia, pues, ningún interés especial en fomentar el trabajo por cuenta propia entre este concreto colectivo.

— Aunque el centro de imputación normativa de todas estas medidas destinadas a promover el acceso al empleo ordinario, tradicionalmente se ha limitado a las personas con discapacidad intelectual que tengan reconocido un grado de discapacidad del 33% o más, se aprecia una tendencia a abarcar dentro de las mismas, aunque de forma suavizada, a quienes acrediten tener una capacidad intelectual límite, entendiendo que tal condición concurrirá en quienes, sin alcanzar aquel porcentaje mínimo, acreditan al menos un 20% de discapacidad intelectual.

— Y, por último, tan importante como posibilitar el acceso de las personas con discapacidad intelectual al mercado laboral, es permitirles una salida digna del mismo mediante una protección social que sea adecuada a sus singularidades y a sus especiales dificultades de permanecer en activo tras alcanzar una edad en la que, el desempeño de una actividad profesional, deja de ser para ellos una opción materialmente viable. Por ello, urge que se revise en profundidad la normativa que actualmente regula la posibilidad de adelantar la edad ordinaria de jubilación para las personas con discapacidad, al objeto de flexibilizar sus requisitos de acceso y hacerla verdaderamente operativa, o que se articulen nuevos mecanismos sociales con los que cubrir de manera suficiente su retirada del mercado laboral por razón de edad o por cualquier otra causa ajena a su voluntad de permanecer en activo.

V. BIBLIOGRAFÍA

Cavalcante Carvalho, A.M., "Discriminación interseccional: concepto y consecuencias en la incidencia de violencia sexual contra mujeres con discapacidad", en *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, Marzo, 2018.

Cuesta, J.L., De La Fuente, R., y Ortega, T.: "Discapacidad intelectual: una interpretación en el marco del modelo social de la discapacidad", en *Controversias y Concurrencias Latinoamericanas,* vol. 10, núm. 18, 2019.

Crowther, D. y Duarte Atoche, M.T.: "Responsabilidad social y discapacidad intelectual", en *Revista Internacional de Sociología*, vol. 72, núm. extra 1, 2014 (Ejemplar dedicado a: Procesos de exclusión social en un contexto de incertidumbre).

García Alonso, I.: "Concepto actual de discapacidad intelectual", *Intervención Psicosocial*, vol. 14, núm. 3, 2005.

Gil y Gil, J.L.: "Protección jurídico-laboral de las personas con discapacidad mental", *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 5, 2012.

Maldonado Molina, J.A.: "La jubilación a edades reducidas por la actividad o discapacidad", en Monereo Pérez y Maldonado Molina (Dirs.), *La Edad de Jubilación*. Ed. Comares, Granada, 2011.

— "Coeficiente reductor de la jubilación de trabajadores con discapacidad: ¿quién valora la necesidad de ayuda de tercera persona?", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. extraordinario, 2016.

— "Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 467, 2022.

Palacios, A.: "¿Un nuevo modelo de derechos humanos de la discapacidad? Algunas reflexiones -ligeras brisas- frente al necesario impulso de una nueva ola del modelo social", *Revista de la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad*, vol. 4, num. 2.

Pascual Bardají, J.: "Epidemiología de la discapacidad intelectual: Base Estatal de Datos de Personas con Valoración del Grado de Discapacidad 2017": http://www.pascalpsi.es/Docs/BDEPD2017.pdf (Consulta: 27 de marzo de 2022).

Rey Pérez, J.L.: "Empleo de personas con discapacidad en la economía social. La contribución de los Centros Especiales de Empleo en el marco de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad", Actas del *IX Coloquio Ibérico Internacional de Cooperativismo y Economía Social: Economía Social y globalización: nuevos desafíos, nuevas oportunidades*, 2017. https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/21648 (Consulta: 5 de mayo de 2022).

VV.AA., Monereo Pérez, Moreno Vida, Márquez Prieto, Vila Tierno, Maldonado Molina (Dirs.), *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.

Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

9. Promoción De La Autonomía Personal Y Prevención De La Dependencia De Las Personas Con Discapacidad En Andalucía A Través Del Empleo

Amparo María Molina Martín
Profesora Titular de Universidad
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0003-2546-4402

SUMARIO: I. ELEMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN. 1. *LO GEOGRÁFICO, LO SUBJETIVO Y LO MATERIAL: EL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA*. 2. *LO INSTRUMENTAL: EL I PLAN ANDALUZ DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y PREVENCIÓN DE LA DEPENDENCIA*. II. PREMISA: ESPACIOS A DISPOSICIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS ANDALUCES PARA ACTUAR SOBRE EL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. III. RESULTADOS. 1. *ACCIONES A FAVOR DE LA EMPLEABILIDAD*. A) ACTUALIZACIONES Y MEJORAS EN EL SISTEMA HERMES. B) TRABAJOS EN EL OBSERVATORIO ARGOS. C) SERVICIO DE ORIENTACIÓN PROFESIONAL ESPECIALIZADO. D) MEJORA DE LA ACCESIBILIDAD EN LAS OFICINAS DE EMPLEO. 2. *ACTUACIONES EN POS DE LA CONTRATACIÓN*. A) EN TORNO A LA CUOTA DE RESERVA DE EMPLEO, Y EXCEPCIONES (INCLUYENDO EL PLAN AIRE). B) ASESORAMIENTO A EMPRESAS SOBRE AYUDAS. C) PROGRAMA DE PRÁCTICAS EN EMPRESAS (EPES) Y CONVENIOS ESPECÍFICOS ADMINISTRACIÓN-ASOCIACIONES. D) SUBVENCIONES PÚBLICAS (SAE). 3. *LABORES DE SENSIBILIZACIÓN*. IV. BALANCE Y APRECIACIONES. V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. REFERENCIAS NORMATIVAS. ÍNDICE DE TABLAS.

I. ELEMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN

1. Lo geográfico, lo subjetivo y lo material: el empleo de las personas con discapacidad en Andalucía

A lo largo de más de dos años hemos desarrollado, en el equipo de investigación del Proyecto que acoge el presente estudio, toda una serie de trabajos en torno a los instrumentos para la protección integral de las personas discapacitadas en una sociedad inclusiva y del bienestar, con especial referencia a Andalucía en el marco de las estrategias nacionales y de la Unión Europea[1]. Fruto de ello se da difusión a esta obra sobre empleo y protección social de los/as discapacitados/as en nuestra Comunidad, la cual sirve de marco para esta investigación en particular que dedicamos a la promoción de la autonomía personal y prevención de la dependencia de las personas con discapacidad en Andalucía a través del empleo.

Yendo al análisis de los componentes de la investigación, primeramente hacemos referencia al de tipo geográfico, o espacial, pues se trata de un elemento particular que le confiere singular carácter. Así, como decíamos, el Proyecto al que pertenecemos centra su atención en la Comunidad Autónoma andaluza (con "especial referencia") si bien no se abstrae de lo que le aportan las estrategias tanto nacionales como de la Unión Europea -en materia, como decíamos, de protección integral de las personas discapacitadas (en una sociedad inclusiva y del bienestar)-. Será interesante agregar a nuestro estudio un análisis de cuestiones competenciales a esos distintos niveles *(vid infra)*[2].

[1] Convocatoria 2018. Iniciado el 1/I/2020. Fecha de fin: 31/XII/2022.
[2] En II. PREMISA: ESPACIOS A DISPOSICIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS ANDALUCES PARA ACTUAR SOBRE EL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

Apuntado sólo, pues, dicho elemento que venimos a denominar como de tipo espacial o geográfico, proseguimos con esta identificación de los componentes de la investigación acudiendo ahora al subjetivo, referido a las personas con discapacidad. Ellas son, efectivamente, eje vertebrador tanto del Proyecto en sí como de la presente publicación, lo que requiere la clarificación de su naturaleza, que en ámbitos como el de la dependencia, o el de la incapacidad, no es extraño que acarree confusión.

Sobre dicho particular, localizamos nuestro referente primero en el RDLeg. 1/2013[3] que define como discapacidad aquella *"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"* [art. 2.a)]. En suma, como en otras palabras, diversidad funcional, o capacidad o funcionalidad diversa (de tipo físico/motor, psíquico o sensorial) que dificulta en mayor o menor medida la vida diaria -concretamente para nuestro caso, en lo que implica la prestación de servicios en el mercado laboral ordinario-.

Ello, de entrada, no tiene por qué obstaculizar la capacidad de la persona para la prestación del consentimiento válido en el trabajo (plena) o, en caso de que sí, no obsta que realice su prestación de servicios contando con el correspondiente complemento a la capacidad limitada (art. 7 ET[4]).

Tampoco necesariamente ha de interferir, por otro lado, el hecho de que se halle en situación reconocida de dependencia en su sentido más originario, cual es el del art. 2.2 Ley de Dependencia[5] (*"el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal"*). La dependencia es un estado conectado siempre con la *"necesidad de atención"* en el que se encuentran algunas personas, y por distintas circunstancias -entre otras, eventualmente, la discapacidad-[6].

Habida cuenta todo ello, llegamos a la conclusión de recuperar el criterio clásico determinado por el RD 1971/1999[7] de *"someterse a la valoración de su discapacidad y obtener el reconocimiento de un porcentaje del 33% como mínimo"*[8].

Sobre el componente de naturaleza material, en fin, dentro del marco general del Proyecto, resulta ser el nuestro un estudio en el que compendiamos críticamente toda una serie de intervenciones (acciones, actuaciones, planes, programas, etc.) para dispensar protección a las personas con discapacidad a través del desempeño de una actividad laboral. Más exactamente, el objeto de

[3] RDLeg. 1/2013: 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 (BOE de 3 de diciembre de 2013, nº 289) (en https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2013/11/29/1/con, a 9 de abril de 2022).

[4] ET: Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 24 de octubre de 2015, nº 255) (en https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con, a 12 de abril de 2022).

[5] Ley de Dependencia: Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE de 15 de diciembre de 2006, nº 299) (en https://www.boe.es/eli/es/l/2006/12/14/39/con, a 12 de abril de 2022).

[6] VV.AA. *Informe 03/2020 "El sistema de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia"*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 2021, pág. 36 (en http://www.ces.es/documents/10180/5226728/Inf0320.pdf, a 13 de abril de 2022).

[7] RD 1971/1999: Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad (BOE de 26 de enero de 2000, nº 22) (en https://www.boe.es/eli/es/rd/1999/12/23/1971/con, a 12 de abril de 2022).

[8] En De Cossío Rodríguez, M. P. "La relación entre discapacidad e incapacidad permanente. La reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre reconocimiento de la condición de persona con discapacidad a los pensionistas de incapacidad permanente", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 58, 2021, pág. 838. *Vid* ampliamente, de hecho, al objeto de distinguir discapacidad e incapacidad permanente.

la investigación que presentamos queda centrado en la relevancia que tiene el empleo de los/as discapacitados/as para la promoción de su autonomía personal y la prevención de su dependencia.

Por último, es fundamental para con nuestro estudio que tengamos en todo momento presentes dos cuestiones radicadas en lo dispuesto en el art. 21 Ley de Dependencia. Por un lado, el mandato contenido en acerca de su finalidad de *"prevenir la aparición o el agravamiento de enfermedades o discapacidades y de sus secuelas, mediante el desarrollo coordinado, entre los servicios sociales y de salud, de actuaciones de promoción de condiciones de vida saludables, programas específicos de carácter preventivo y de rehabilitación dirigidos a las (personas mayores y) personas con discapacidad (y a quienes se ven afectados por procesos de hospitalización complejos) (...)"*. Y, por otro lado, el llamado a las Comunidades Autónomas de que elaboren *"los Planes de Prevención de las Situaciones de Dependencia"* conforme a los criterios, recomendaciones y condiciones mínimas acordados en el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia[9]. Y continuamos.

2. Lo instrumental: el I Plan Andaluz de Promoción de la Autonomía Personal y Prevención de la Dependencia

Existe un elemento particular e intrínseco de la presente investigación que marca en ella un condicionante fundamental. Se trata, efectivamente, de la obra a la que se acoge, pero no sólo de ella. Se trata, en especial, del Proyecto por el que ve la luz, pero tampoco de él en exclusividad. Realmente, son ambos -obra y Proyecto- los que conforman dicho contexto que resulta de tal modo determinante para nuestro estudio.

Recordemos que la obra que se presenta -este libro- realiza una especificación del objeto general del Proyecto (*"Instrumentos para la protección integral de las personas discapacitadas en una sociedad inclusiva y del bienestar. Especial referencia a Andalucía en el marco de las estrategias nacionales y de la Unión Europea"*) hacia, concretamente, el *"Empleo y protección social de las personas con discapacidad en Andalucía"*. Por consiguiente, abordamos a lo largo de la misma los diferentes instrumentos para dichos empleo y protección social -componentes de la mencionada "protección integral"- de las personas con discapacidad en el ámbito espacial específico de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Pues bien: habida cuenta este particular contexto, existe un referente de singular interés -eje central de nuestra disertación- que resulta merecedor de un análisis diferenciado a la par, por supuesto, que riguroso. Hablamos del Acuerdo de 17 de mayo de 2016, del Consejo de Gobierno (de la Junta de Andalucía, lógicamente), por el que se aprueba el I Plan Andaluz de Promoción de la Autonomía Personal y Prevención de la Dependencia (2016-2020)[10]. Se trata de un instrumento que, junto con otros contenidos de marcado interés, incluye una serie apreciable de medidas en materia de empleo

[9] En https://www.imserso.es/imserso_01/autonomia_personal_dependencia/saad/saad/organos_sistema/org_cooperacion/ctsssaad/index.htm, a 12 de abril de 2022. Concretamente respecto de nuestro ámbito, *vid* la Resolución de 23 de abril de 2013, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia sobre criterios, recomendaciones y condiciones mínimas para la elaboración de los planes de prevención de las situaciones de dependencia y promoción de la autonomía personal; datos básicos del sistema de información del SAAD y Catálogo de referencia de servicios sociales (BOE de 16 de mayo de 2013, nº 117) [en https://www.boe.es/eli/es/res/2013/04/23/(1), a 13 de abril de 2022].

[10] BOJA de 31 de mayo de 2016, núm. 102, págs. 36 y 37 (en https://www.juntadeandalucia.es/boja/2016/102/BOJA16-102-00002-9578-01_00092107.pdf, a 8 de abril de 2022).
El texto completo del Plan, ahora bien, no se inserta en dicha publicación, sino que queda alojado en la página web de la -por aquel entonces- Consejería de Igualdad y Políticas Sociales (ahora en https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2021-09/Plan%20Autonom%C3%ADa%20Personal_Definitivo%20Maquetaci%C3%B3n%2030_06_16.pdf, a 12 de abril de 2022) [Plan PAP y PD: VV.AA. *I Plan Andaluz de Promoción de la Autonomía Personal y Prevención de la Dependencia (2016-2020)*, Secretaría General de Servicios Sociales (Consejería de Igualdad y Políticas Sociales), Sevilla, 2016 (en https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2021-09/

centradas en las personas con discapacidad, de modo tal que, por medio de las mismas, se promueva la autonomía personal de dicho sector de la población, o, en su caso, se prevenga su dependencia[11].

A propósito de ello, en el mismo Acuerdo se señala que *"el objeto de este Plan es disminuir la prevalencia e incidencia de deficiencias y discapacidades que puedan dar lugar a situaciones de dependencia en personas que todavía no se encuentran en esta situación (prevención de la dependencia), así como la promoción de la autonomía personal y la prevención del agravamiento de la dependencia de las personas que ya están en esa situación"*, para lo cual hay señalados hasta seis objetivos generales, siendo los de mayor interés para nuestro estudio el tercero de ellos y, sobre todo, el cuarto. A saber, respectivamente:

— *"3. Reducir el impacto y agravamiento de las situaciones de discapacidad o dependencia sobre la calidad de vida de las personas y quienes ejercen su cuidado*.

— *4. Establecer mecanismos de coordinación entre los distintos sectores implicados y de participación de la ciudadanía, especialmente de las personas con discapacidad o en situación de dependencia y de las entidades que las representan"*[12].

En fin, y en suma, trabajamos para el presente estudio con los materiales que se producen a partir de dicho Acuerdo, partiendo del mencionado Plan, acompañándolo tanto de sus sucesivos Informes anuales *"de Progreso y Gestión"* (2017, 2018 y 2019) como del denominado *"Informe Final de Progreso y Gestión"* (2020)[13], entre otras "referencias"[14].

II. PREMISA: ESPACIOS A DISPOSICIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS ANDALUCES PARA ACTUAR SOBRE EL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Como ya dejábamos apuntado al hablar de los elementos tanto geográfico como subjetivo y material presentes en nuestra investigación, resulta trascendental clarificar el punto hasta el que, respecto de dichos elementos, pueden llegar las competencias de los poderes públicos andaluces. No se trata ésta de una reflexión especialmente original, ciertamente, pero sí absolutamente necesaria para conseguir una investigación con todo el rigor.

Así, partiendo de la aplicación para el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía del régimen de reparto de competencias establecido en los arts. 148 y 149 CE[15], nos referenciamos a la

Plan%20Autonom%C3%ADa%20Personal_Definitivo%20Maquetaci%C3%B3n%2030_06_16.pdf, a 13 de abril de 2022)].

[11] Además de sobre el empleo, también se prevén medidas (hasta 116) en materia de servicios sociales, salud, educación y vivienda, distribuidas en seis líneas de actuación (promoción de la autonomía; prevención de la dependencia; reducción del impacto; intersectorialidad y participación; formación y sensibilización; e investigación e innovación) y en favor tanto del *"conjunto de la población"* como de *"grupos específicos como personas mayores, personas con discapacidad, personas en situación de dependencia y personas cuidadoras"* [Plan PDP y PD (cit.), pág. 7].

[12] El resto se definen como sigue [Plan PAP y PD (cit.), pág. 122]:
"1. Promover el desarrollo de una existencia autónoma en el medio habitual de la persona, y en todos los ámbitos de la vida, en condiciones de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal.
2. Contribuir a aumentar la esperanza de vida libre de enfermedades y discapacidad, abordando los determinantes de la salud entre la ciudadanía en general, las personas con discapacidad o en situación de dependencia.
(…)
5. Promover la sensibilización de la sociedad en general y la formación de los distintos agentes implicados en la promoción de la autonomía y en la prevención de la dependencia.
6. Promover la investigación y la incorporación de los conocimientos científicos y técnicos al conjunto de las actividades contempladas en el Plan".

[13] Todo disponible en https://www.juntadeandalucia.es/servicios/publicaciones/detalle/77981.html#toc-documentos-adjuntos, a 8 de abril de 2022.

[14] *Vid infra* (REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS y REFERENCIAS NORMATIVAS).

[15] CE: Constitución Española de 1978.

redacción actual/vigente de nuestro Estatuto de Autonomía *ex* LO 2/2007[16]. Y ya situados en él, las disposiciones que consideramos merecen una especial reseña, por servir de sustento a todo el conjunto de nuestro análisis posterior, son:

— En el marco de los *"Objetivos básicos de la Comunidad Autónoma"* (art. 10.3 EAA), *"La integración social, económica y laboral de las personas con discapacidad"* (apdo. 16º).

— Como principio rector de aplicación a la consecución de dicho objetivo (art. 37.1 EAA), *"La autonomía y la integración social y profesional de las personas con discapacidad, de acuerdo con los principios de no discriminación, accesibilidad universal e igualdad de oportunidades, incluyendo la utilización de los lenguajes que les permitan la comunicación y la plena eliminación de las barreras"* (apdo. 5º).

— En tanto políticas públicas con las que lograr el mismo objetivo en el que se plasmen tales principios (art. 169 EAA), *"políticas específicas para la inserción laboral de las personas con discapacidad, y velarán por el cumplimiento de las reservas previstas en la legislación aplicable"* (políticas de empleo) (apdo. 2).

— Y como derechos específicos por los que es preciso velar en las acciones comprendidas por dichas políticas públicas, esencialmente los contenidos en los arts. 14 (*"Prohibición de discriminación"*) y 24 (*"Personas con discapacidad o dependencia"*) EAA. Respectivamente:

  • *"Se prohíbe toda discriminación en el ejercicio de los derechos, el cumplimiento de los deberes y la prestación de los servicios contemplados en este Título, particularmente la ejercida por razón de sexo, orígenes étnicos o sociales, lengua, cultura, religión, ideología, características genéticas, nacimiento, patrimonio, discapacidad, edad, orientación sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. La prohibición de discriminación no impedirá acciones positivas en beneficio de sectores, grupos o personas desfavorecidas"*.

  • *"Las personas con discapacidad y las que estén en situación de dependencia tienen derecho a acceder, en los términos que establezca la ley, a las ayudas, prestaciones y servicios de calidad con garantía pública necesarios para su desarrollo personal y social"*.

III. RESULTADOS

1. Acciones a favor de la empleabilidad

No obstante lo recién dicho, procede agregar, refiriendo un extracto ahora del art. 63.1 EAA, que corresponden a nuestra Comunidad Autónoma, *"en el marco de la legislación del Estado, las competencias ejecutivas en materia de empleo y relaciones laborales, que incluyen en todo caso: 1.º Las políticas activas de empleo, que comprenderán la formación de los demandantes de empleo y de los trabajadores en activo, así como la gestión de las subvenciones correspondientes; la intermediación laboral y el fomento del empleo"*. Y, asimismo, en referencia ahora al art. 173 EAA, remarcar su

[16] EAA: Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOE de 20 de marzo de 2007, nº 68) (en https://www.boe.es/eli/es/lo/2007/03/19/2/con, a 12 de abril de 2022).

disposición de una *"política propia de relaciones laborales, que comprenderá, en todo caso: 1.º Las políticas activas de empleo, la intermediación y el fomento del empleo y del autoempleo"*[17].

Habida cuenta estos antecedentes, y los que marcábamos como "premisa", presentamos a continuación un primer conjunto de resultados de nuestra investigación que aluden a aquellas acciones que desde Andalucía se conciben para favorecer la mejor empleabilidad de las personas con discapacidad, como antesala ideal para la consecución de una prestación de servicios exitosa. Más adelante después dedicaremos diversos apartados a medidas dispuestas tanto respecto del momento del acceso al empleo como para el desarrollo adecuado de las relaciones de trabajo ya constituidas. Pero antes:

— Actualizaciones y mejoras en el sistema HERMES (A)

— Trabajos en el Observatorio ARGOS (B)

— Servicio de orientación profesional especializado (C)

— Mejora de la accesibilidad en las oficinas de empleo (D)

A) Actualizaciones y mejoras en el sistema HERMES

El I Plan andaluz de Promoción de la Autonomía Personal y Prevención de la Dependencia, en su planteamiento de partida, contempla un -así llamado- *"Objetivo general"* nº 4 -también nombrado como *"línea (general) de actuación"*- referido a *"Intersectorialidad y participación"* que supone -como decíamos- *"Establecer mecanismos de coordinación entre los distintos sectores implicados y de participación de la ciudadanía, especialmente de las personas con discapacidad o en situación de dependencia y de las entidades que las representan"*.

En atención a ello, ya en el marco particular del *"Objetivo específico"* nº 4.1 (*"Establecer un marco normativo de coordinación para garantizar una atención integral y centrada en la persona que contribuya a la optimización y sostenibilidad de los recursos públicos"*)[18], en el citado Plan se propone un concreto conjunto de acciones en el que se incluye -seleccionando la intervención que por el momento más interesa a nuestro estudio- *"Facilitar y promover el acceso a la colaboración entre las y los profesionales de los sistemas implicados para poder compartir información y realizar consultas"*[19].

Por lo que respecta a los sujetos a los que se atribuye su consecución, el Plan originariamente (año 2016) convoca a la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales (CIPS) y a la Consejería de Salud (CS) por medio de la Secretaría General de Servicios Sociales, la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía (ASSDA) y la Secretaría General de Salud Pública y Consumo. Ahora bien, a la hora de su implementación, la competencia se especifica en la -por aquel entonces- Consejería de Empleo, Empresa y Comercio (CEEC) (año 2017), y más en particular en el Servicio Andaluz de

[17] *Vid*, ampliamente, VV.AA. (Dir. Delgado Fernández, S. y Ortega Pérez, N.) *Políticas activas de empleo: una mirada desde Andalucía*, Comares, Granada, 2013.

[18] Hacemos notar que los dispuestos como seis *"Objetivos generales/Líneas (generales) de actuación"* se diversifican en dieciséis *"Objetivos específicos"*, correspondiendo al que se refiere al ámbito que nos ocupa, además del citado nº 4.1, los siguientes dos: *"4.2: Promover el trabajo intersectorial entre los servicios sociales, sanitarios, educativos, laborales, de vivienda, promoción de las TIC y de investigación;* (y) *4.3: Promover la participación de las personas con discapacidad, personas mayores y personas en situación de dependencia así como de las asociaciones y empresas prestadoras de servicios"* [Plan PAP y PD (cit.), págs. 133-136].

[19] Plan PAP y PD (cit.), pág. 133.

Empleo (SAE). En la actualidad, Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (CEFTA) (ficha nº 4.1.2.2)[20].

Con este encaje, ya desde la primera fase de su ejecución, se da cuenta de la realización de una actuación concreta cual es la paulatina actualización y mejora en el sistema de intermediación laboral de Andalucía, básicamente por la vía de una asignación presupuestaria específica. La herramienta comprometida para ello es HERMES [a saber, *"sistema de Intermediación Laboral que da soporte a la gestión de empleo del personal del Servicio Andaluz de Empleo, en las Oficinas y Centros del SAE (...) (y que) viene a sustituir a parte de los aplicativos y sistemas que INEM tenía en las Oficinas de Empleo"*][21].

Respecto del mismo, la virtualidad que presenta HERMES a propósito de nuestro objeto es -como se recoge en los sucesivos *"Informes de Progreso y Gestión"* (cit.)- que *"nos permite registrar los datos de las personas con discapacidad, así como el registro de ofertas destinadas específicamente para estas personas, facilitando con ello la coordinación e intercambio de información entre las y los profesionales, tanto en el ámbito autonómico como en el ámbito estatal"*.

A resultas de dicha acción, hoy por hoy contamos con un registro que nos facilita las siguientes informaciones pormenorizadas:

Tabla nº 1: Registro de datos varios de personas con discapacidad en HERMES

	Año 2017	Año 2018	Año 2019	Año 2020
Nº de personas con discapacidad inscritas en el SAE	! 24.966 51.524	54.749	56.580	55.121
Nº de personas con discapacidad candidatas en ofertas de empleo	! 4.999 8.718	8.956	8.981	5.840
Nº de ofertas destinadas específicamente a personas con discapacidad	1.470	1.093	1.554	794
Nº de personas con discapacidad candidatas de ofertas específicas para personas con discapacidad	! 2.535 4.073	3.941	4.328	2.627

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obrantes en los sucesivos Informes de Progreso y Gestión del Plan PAP y PD (cit.).

No cabe en este punto verter un comentario al efecto del valor relativo de los datos arrojados por la herramienta de registro, mas poner en valor que se encuentre prevista y en ejecución la toma de los mismos, ya desde su primera anualidad [nivel de implementación nº 7 (*"Monitorización"*)[22]

[20] Informe de Progreso y Gestión 2017 (cit.), págs. 25-26 y 47; Informe 2018 (cit.), págs. 30 y 54; Informe 2019 (cit.), págs. 37-38 y 69, y 133 (pdf); e Informe Final (cit.), págs. 40-41 y 77, y 141 (pdf).

[21] Más en Villanueva Sánchez, A. *et al.* "HERMES: Una nueva forma de concebir y ofrecer servicios personalizados a empresarios y demandantes de empleo de Andalucía", *Tecnimap*, nº 301, 2006, págs. 1-9 (en https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/dam/jcr:ae435e32-fa75-464a-9043-794ed2405088/hermes_una_nueva_forma.pdf, a 12 de abril de 2022).

[22] Significando que *"La organización objetivo ha incorporado los nuevos conocimientos en sus propios sistemas de evaluación, vigilancia y monitorización"* [Informe de Progreso y Gestión 2017 (cit.), pág. 4], referencia que proviene de la aplicación de una *"Escala de 7 niveles de impacto de la implementación en el sistema, la organización y la población objetivo"* desarrollada por el Centro de Investigación en Salud

(cit.)], y sin perjuicio de lo que de inmediato seguidamente presentamos (el Observatorio ARGOS y sus trabajos). Eso sí, hemos de resaltar que las cifras de 2017 divergen entre el Informe de dicho año y los sucesivos, lo cual explica las llamadas de atención incorporadas en la Tabla (!).

B) Trabajos en el Observatorio ARGOS

Los datos estadísticos disponibles acerca de la situación del empleo de las personas con discapacidad en Andalucía ofrecen, de entrada, la virtualidad de proporcionar información sobre el particular, mayormente en términos absolutos. Con ello se tiene -por así decirlo- una fotografía o imagen inerte del estado de la cuestión.

El Plan de Promoción de la Autonomía Personal y Prevención de la Dependencia, ahora bien, contiene la previsión de crear una utilidad ampliada de tales datos, de modo y manera que por medio de los mismos se permita a los responsables de las políticas activas de empleo en nuestra Comunidad *"diseñar planes, actuaciones y programas acordes a los cambios que se producen en el escenario económico, social y laboral y sobre la base del análisis cualitativo de las estadísticas obtenidas y explotadas por el Sistema"*[23].

Respecto del objeto de nuestra investigación, concretamente el Observatorio ARGOS (unidad estadística del SAE)[24] *"edita un monográfico, de periodicidad anual, para realizar un análisis del mercado de trabajo de personas con discapacidad en Andalucía, describiendo sus características como demandantes de empleo y su participación respecto al mercado de trabajo andaluz. Para conocer la participación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo andaluz se utiliza la información derivada del registro de contratos de trabajo en los Servicios Públicos de Empleo y del proceso de Inscripción de la demanda de empleo en el SAE. Asimismo, se describe la participación de las personas con discapacidad, en los diferentes programas que desarrolla el SAE en el ámbito de las políticas activas de empleo, destinados a favorecer su empleabilidad"*[25].

En este caso, nos encontramos ante la acción nº 4.2.10.3.2, implementada por el SAE bajo la coordinación de la CEEC, primero, después CEFTA, en el marco del *"Objetivo específico"* nº 4.2 (cit.), alcanzando desde la misma anualidad de su puesta en marcha el máximo nivel de la escala de siete niveles de impacto *"de la implementación en el sistema, la organización y la población objetivo"* (fase nº 7 o de *"Monitorización"*) (cit.).

Hemos de puntualizar, sin embargo, que o bien no constan, o bien no son todo lo accesibles que debieran (asequibles en su búsqueda), los datos posteriores a 2020, ni entre los recursos del SAE en general, ni entre los de ARGOS en particular. Es por ello que la gran mayoría de las cifras que manejamos en nuestra investigación (HERMES, *supra*) llegan como máximo al año 2020 (ediciones de 2021). Quedan a salvo de ello las estadísticas sobre *"demanda de empleo y contratos registrados a personas con discapacidad en Andalucía"* que sí que cuentan con actualizaciones tanto mensuales como anuales[26].

Mental de la Australian National University (ANU)20, ConNetica (REF EdLinq en Queensland-Australia) y la Asociación PSICOST.

Al respecto de esta metodología *"AIL"* en particular, y precisamente con referencia al Plan PAP y PD, véase Alonso Trujillo, F. *et al.* "Evaluación del impacto de un plan multisectorial de promoción de la salud y el bienestar social en Andalucía", *Gaceta Sanitaria*, vol. 34, nº 6, 2020, págs. 615-623 (en https://www.gacetasanitaria.org/es-evaluacion-del-impacto-un-plan-articulo-S0213911119300354, a 12 de abril de 2022).

[23] Informe de Progreso y Gestión 2017 (cit.), pág. 29; Informe 2018 (cit.), pág. 34; Informe 2019 (cit.), pág. 43; e Informe Final (cit.), pág. 47.

[24] Accesible desde https://www.juntadeandalucia.es/organismos/sae/areas/mercado-trabajo.html, a 12 de abril de 2022.

[25] *Ut supra*.

[26] En https://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo/web/argos/descargaInforme.do?action=buscarInformes&tipoInforme=19&anyo=2022&mes=3, a 12 de abril de 2022.

C) Servicio de orientación profesional especializado

Asimismo dentro del *"Objetivo específico"* nº 4.2 (cit.), e igualmente a cargo -a la postre- de la CEFTA, concretamente vía financiación (a través de subvenciones regladas en concurrencia competitiva) y coordinación del SAE y de la Dirección General de Políticas Activas de Empleo, el Plan contempla en esta ocasión la prestación de un servicio especializado de orientación profesional para personas con discapacidad. Nótese que para ello también se cuenta con la colaboración de entidades sin ánimo de lucro cuyo objetivo es la atención a este sector de la población. Su referencia, la ficha nº 4.2.10.3.1[27].

Se trata, en detalle, de un servicio[28] que se presta *"en Unidades de Orientación Profesional ANDALUCIA ORIENTA, que están distribuidas por las 8 provincias de Andalucía y atienden exclusivamente a este colectivo de personas y en las que se desarrollan acciones, tanto individuales como grupales, preferentemente mediante Itinerarios Personalizados de Inserción"*.

— *"El Programa de Orientación Profesional tiene por objeto promover la inserción laboral de las personas demandantes de empleo, prestando orientación y asesoramiento especializado y personalizado acerca de su elección profesional, cualificación necesaria, necesidades y opciones formativas, búsqueda de empleo y autoempleo"*.

— *"El Programa de Acompañamiento a la Inserción consiste en el desarrollo de actuaciones de carácter individual dirigidas a prestar apoyo, asesoramiento, tutoría y seguimiento personalizado en el proceso de acceso al mercado laboral"*.

A más, cualquiera de ambas acciones está autorizado que se extienda hasta los seis primeros meses de la incorporación de la persona discapacitada en su puesto de trabajo.

Añadimos que durante el primer bienio de su ejecución (2017-2018) -pues ésa es la cadencia que se le confiere- llegó al nivel nº 6 de implementación (*"Provisión"*)[29], terminando en el nº 7 (*"Monitorización"*) (cit.). En progresión, los datos con los que se ilustra son los siguientes:

[27] Informe de Progreso y Gestión 2017 (cit.), págs. 26, 28-29 y 47; Informe 2018 (cit.), págs. 31, 33-34 y 54; Informe 2019 (cit.), págs. 39, 42-43 y 69, y 133 (pdf); e Informe Final (cit.), págs. 42, 46-47 y 77, y 141 (pdf).

[28] Poner en relación con el "Programa de prácticas en empresas (EPES) y Convenios específicos Administración-asociaciones" descrito en el apdo. "Actuaciones en pos de la contratación" *(infra)*.

[29] Significando ello que *"Se han puesto a disposición servicios de atención, incluidos servicios, intervenciones y/o tecnologías directamente relacionadas con los nuevos conocimientos, y son utilizados por la población objetivo en el entorno objetivo"* (Escala cit.).

Tabla nº 2: Balance cuantitativo de las actuaciones del Servicio de orientación profesional especializado, para personas con discapacidad

	Año 2017	Año 2018	Año 2019	Año 2020
Nº de unidades de orientación	31	= (31)	35	40
Nº de integrantes de los equipos técnicos: en el PO	45	= (45)	47	52
Nº de integrantes de los equipos técnicos: en el PA	59	= (59)	65	71
Nº de integrantes de los equipos técnicos: administrativos	18	= (18)	20	20
Nº de personas atendidas: en IPI	12.459	12.837	10.177*	9.292*
Nº de personas atendidas: fuera de IPI	936	162	154*	150*
Nº de personas atendidas: en el PA	3.196	4.904	4.258*	4157*
Nº de horas de atención: en IPI	82.681	105.614	56.408*	51.888*
Nº de horas de atención: fuera de IPI	1.188	298	254*	179*
Nº de horas de atención: en el PA	40.057	89.531	45.323*	45.323*
Nº de personas insertadas	3.333	5.694	3.017*	2.142*

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obrantes en los sucesivos Informes de Progreso y Gestión del Plan PAP y PD (cit.).

Hemos notar que las llamadas de atención en la Tabla responden a que para las anualidades de 2019 y de 2020 se ofrecen, en la fuente, los resultados desagregados por sexo (*)[30].

D) Mejora de la accesibilidad en las oficinas de empleo

Consta por vez primera en el Informe de Progreso y Gestión de 2019 la acción denominada *"Sistema de llamamiento en las oficinas de empleo para las citas de personas con discapacidad visual"* (ficha nº 4.2.10.3.9)[31]. Se trata, como en el caso de las anteriormente descritas, de una acción adscrita al *"Objetivo específico"* nº 4.2 (cit.), también asumida por el SAE (CEFTA), y que en dicha anualidad accede ya al Plan de Promoción de la Autonomía Personal y Prevención de la Dependencia en fase de *"Monitorización"* (nº 7) (cit.), consolidándola en 2020.

En su descripción se establece que para atender a aquellas personas *"que tengan algún tipo de discapacidad visual informada en su demanda de empleo, que no puedan leer su nombre en los TFT's cuando son llamados por los gestores (...) la aplicación de Cita Previa ha sido configurada de manera que muestra un mensaje por pantalla al gestor, informando que la persona que va a ser atendida puede tener algún tipo de discapacidad visual que le imposibilite acceder a su llamamiento a través de las pantallas de Cita Previa, por lo que en estos casos se procede a localizarla por otros medios"*.

[30] *Vid* Informes 2019 y Final (cit.).

[31] Informe 2019 (cit.), págs. 39, 44 y 70, y 133 (pdf); e Informe Final (cit.), págs. 42, 49 y 78, y 141 (pdf).

Tabla nº 3: Datos de atención a discapacitados/as visuales en oficinas de empleo

	Año 2017	Año 2018	Año 2019	Año 2020
Nº de demandantes de empleo con algún tipo de discapacidad visual que han sido atendidos mediante Cita Previa	x	x	2.459	2.018

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obrantes en los sucesivos Informes de Progreso y Gestión del Plan PAP y PD (cit.).

Relacionada en cierta medida con ella -pues no en vano comparten *"Objetivo específico"*, así como atribución competencial- en el Plan se inserta también la acción nº 4.2.12.1 de *"Mejora de la de la accesibilidad en oficinas de empleo"*.

En este supuesto, nos encontramos con la materialización de la propuesta originariamente lanzada a la Consejería de Economía y Conocimiento, desde los Informes de Progreso y Gestión 2017 y 2018, de impulsar la I+D+I en el diseño de las ayudas técnicas y de la accesibilidad en general[32], y que en 2019 entra en el I Plan andaluz en fase de *"Provisión"* (nº 6) para pasar a *"Monitorización"* (nº 7) (cit.) en 2020[33]. La acción como tal supone, literalmente, *"Mejorar la accesibilidad física y la adaptación de instalaciones y servicios para el empleo en las oficinas del SAE"*[34].

Tabla nº 4: Datos de actuaciones en materia de accesibilidad física en oficinas de empleo

	Año 2017	Año 2018	Año 2019	Año 2020
Nº de actuaciones de adecuación y mejora de la accesibilidad física en Oficinas de Empleo del SAE	x	x	14	18

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obrantes en los sucesivos Informes de Progreso y Gestión del Plan PAP y PD (cit.).

Desconocemos si lo que cuantitativamente resulta, quizás, poco significativo (pues la red de oficinas del SAE cuenta con numerosas instalaciones, cifradas por ciertas fuentes en más de siete decenas[35]) es cualitativamente relevante en el sentido de que se haya hecho lo que se precisaba y ya se estaba -digamos- en "altos índices de accesibilidad física" en dicha red. Pero, si tal fuera el caso, ¿qué sentido tendría tal medida aparte de lo prácticamente anecdótico?

2. Actuaciones en materia de contratación

Siguiendo un hilo discursivo lógico, a continuación de las acciones en favor de la empleabilidad de las personas con discapacidad en Andalucía, abordamos en estas líneas las actuaciones en materia de contratación vinculadas con el Plan de Promoción de la Autonomía Personal y Prevención de la Dependencia a través del análisis de las siguientes figuras:

— En torno a la cuota de reserva de empleo, y excepciones (incluyendo el Plan AIRE) (A)

— Asesoramiento a empresas sobre ayudas (B)

[32] Informe 2017 (cit.), pág. 57; e Informe 2018 (cit.), págs. 64 y 66.
[33] Informe 2019 (cit.), págs. 39, 44 y 70, y 133 (pdf); e Informe Final (cit.), págs. 42, 49-50 y 78, y 141 (pdf).
[34] En cumplimiento del RDLeg. 1/2013 y, en general, de la normativa de accesibilidad y eliminación de barreras.
[35] https://sevilla.abc.es/economia/sevi-servicio-andaluz-empleo-72-oficinas-y-3450-trabajadores-infrautilizada-202001190833_noticia.html, a 13 de abril de 2022.

— Programa de prácticas en empresas (EPES) y Convenios específicos Administración-asociaciones (C)

— Subvenciones públicas (SAE) (D)

A) En torno a la cuota de reserva de empleo, y excepciones (incluyendo el Plan AIRE)

El Plan, ya desde su concepción en 2016, contiene previsiones sobre la llamada *"cuota de reserva"* que lo van acompañando hasta el final de su implantación. Estamos haciendo alusión, como bien puede deducirse, a la disposición que de forma amplia se recoge en el art. 17 ET en el sentido de que *"2. Podrán establecerse por ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente, (y) 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Gobierno podrá regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo"*. Más concretamente, el art. 42 RDLeg. 1/2013 (cit.) determina que *"1. Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad (...)"*.

Lo que inicialmente, ahora bien, figura en el Plan es una suerte de recordatorio de que la valoración del grado de discapacidad en un 33% como mínimo permite acceder a medidas de acción positiva como la *"reserva de plazas en las Ofertas Públicas de Empleo"*[36] (cfr. art. 42.2 RDLeg. 1/2013). De hecho, en su planteamiento primero insiste en dicho extremo al describir, entre las distintas funciones de los *"Centros de valoración y orientación de las personas con discapacidad"*, la de dar acceso a *"medidas de acción positiva a favor de las personas con discapacidad, entre las que cabe citar (...) cupos de reserva en las Ofertas Públicas de empleo, en la Universidad"*[37]. Ello no obstante, en los años sucesivos de implantación del I Plan andaluz, el asunto de la cuota de reserva recibe un tratamiento sensiblemente más amplio en el sentido de que se maximiza su consideración para hacerla coincidir con la que figura en las disposiciones normativas citadas *(vid supra)*, más allá por tanto de su configuración concreta en el específico ámbito de las Administraciones Públicas[38].

En efecto, la acción que termina materializándose, como consta en los sucesivos Informes de Progresión y Gestión, supone comprometer al SAE (CEFTA), por medio de su Red de Agentes de Empresa, en la *"Información y sensibilización sobre la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad"* (en el sentido, para las empresas de 50 ó más trabajadores/as, de *"la obligación de disponer en su plantilla al menos un 2% con discapacidad, así como la normativa reguladora y la información relacionada con las circunstancias que posibilitan la exención del cumplimento de esta obligación"*). Hacemos notar, en rigor, que se trata de una actuación de la que no se tiene constancia

[36] Plan PAP y PD (cit.), pág. 10.

[37] *Ut supra*, pág. 95.

[38] Sirva en este punto la cita del art. 59.1 EBEP [Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE de 31 de octubre de 2015, nº 261) (en https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/5/con, a 10 de abril de 2022)]:
"En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, considerando como tales las definidas en el apartado 2 del artículo 4 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública.
La reserva del mínimo del siete por ciento se realizará de manera que, al menos, el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad".

hasta el Informe de 2019, cuando se incorpora como ficha nº 4.2.10.3.6, si bien ya en fase nº 7 (*"Monitorización"*) (cit.), sostenida hasta 2020[39].

Llama la atención, a propósito del particular, que se encuentra prevista una acción más que, al menos a primera vista, parece encontrarse ya contemplada en la anterior, cual es la relativa a la *"Declaración de excepcionalidad y aplicación de medidas alternativas"*, precisamente alusiva a esa posibilidad para las empresas, *ex* art. 42.1 RDLeg. 1/2013[40].

Ello no obstante, se trata de una actuación que se encuentra configurada de distinta manera que la anterior, toda vez que para la figura de la cuota de reserva lo que se dispone es una conducta -digamos- "intermedia" de información y sensibilización, mientras que para ésta de la excepcionalidad lo que se articula es toda una infraestructura humana y material para la tramitación "completa" de dichas Declaraciones[41]. De hecho, su concreta instrumentación en el Plan se produce en dos *"fichas"* (nº 4.2.10.3.5 y 4.2.10.3.10) que, respectivamente, aluden a *"Declaración de Excepcionalidad y aplicación de medidas alternativas"* y a *"Asesoramiento para la Autorización de Excepcionalidad (Declaración de Excepcionalidad)"*[42].

Tabla nº 5: Acciones, en cifras, sobre la cuota de reserva de empleo para personas con discapacidad, y sus excepciones

	Año 2017	Año 2018	Año 2019	Año 2020
Nº de empresas que han recibido el servicio (Información y sensibilización sobre la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad)	x	x	128	312
Nº de empresas asesoradas sobre la Declaración de Excepcionalidad	x	x	64	20
Nº de empresas a las que se concede Certificado de Excepcionalidad	x	x	30	59

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obrantes en los sucesivos Informes de Progreso y Gestión del Plan PAP y PD (cit.)

Con todo lo dicho, existe aún una tercera referencia que resulta preciso incorporar al presente apartado. Estamos aludiendo a la Iniciativa *"para la activación, impulso y recuperación del empleo"* contenida en el Capítulo I del D-ley 16/2020[43].

Si se tratase de señalar, atendiendo a su significación, las principales actuaciones auspiciadas para la creación de empleo en nuestra Comunidad, sin duda la denominada *"AIRE"* ocuparía un lugar destacado. Ella se traduce en la creación de una *"línea de subvenciones que tiene por objeto promover*

[39] Informe de Progreso y Gestión 2019 (cit.), págs. 39, 43 y 70, y 133 (pdf); e Informe Final (cit.), págs. 42, 48 y 78, y 141 (pdf).

[40] Recuérdese (párrafo segundo): *"De manera excepcional, las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83. 2 y 3, del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente"*.

[41] Más en https://www.juntadeandalucia.es/servicios/procedimientos/detalle/1191.html, a 12 de abril de 2022.

[42] Informe de Progreso y Gestión 2019 (cit.), págs. 39, 43-44 y 70, y 133 (pdf); e Informe Final (cit.), págs. 42, 48-49 y 78, y 141 (pdf).

[43] D-ley 16/2020: Decreto-ley 16/2020, de 16 de junio, por el que, con carácter extraordinario y urgente, se establecen medidas en materia de empleo, así como para la gestión y administración de las sedes administrativas ante la situación generada por el coronavirus (COVID-19) (BOJA de 16 de junio de 2020, núm. 38) (en https://www.juntadeandalucia.es/boja/2020/538/BOJA20-538-00063-6325-01_00173695.pdf, a 11 de abril de 2020).

la creación de empleo en el territorio de los municipios andaluces, fomentando la inserción laboral de personas desempleadas por parte de los ayuntamientos, a través de la realización de proyectos que permitan mejorar su empleabilidad con la adquisición de experiencia laboral vinculada a una ocupación" (art. 1.1)[44].

Al respecto del tema central que ocupa nuestra investigación, el interés preciso de dicha Iniciativa AIRE reside en que contempla expresamente su aplicación al empleo de las personas con discapacidad en el ámbito concreto de la cuota de reserva.

En general, supone la citada Iniciativa (o Plan) convocar a los ayuntamientos andaluces para que realicen contrataciones por obra o servicio determinado vinculadas a proyectos que desarrollen, a lo largo de doce meses como máximo, dirigidos a paliar los efectos de la crisis sanitaria por COVID-19 en su municipio, facilitando la recuperación de la actividad tras las medidas restrictivas de la movilidad y de la actividad económica, y así entonces poder beneficiarse de las subvenciones previstas en el mismo[45]. Pues bien, una de las obligaciones específicas que está prevista que obedezcan es la de que realicen *"una reserva de cuota del 6% del total de las contrataciones de la iniciativa para personas con discapacidad"*. Se arbitra como excepción a la susodicha obligación que *"no se llegue a un mínimo de 10 contrataciones, sin perjuicio del cumplimiento de la reserva de cuota a la que quede obligada como administración pública por la normativa vigente que resulte de aplicación" (supra)* [art. 10.1.i) D-ley 16/2020].

B) Asesoramiento a empresas sobre ayudas

Apreciativamente, uno de los hallazgos que resulta de mayor trascendencia al respecto de nuestra investigación es el de esta actuación denominada *"Asesoramiento sobre ayudas destinadas a las empresas ordinarias para fomentar la incorporación de personas con discapacidad al mercado laboral"*[46]. Reside dicho interés tan singular, sobre todo, en el notablemente intenso alcance que tiene la misma, tanto en lo cuantitativo como en lo cualitativo, por cuanto se refiere a cuestiones de consideración clave para uno de los fines últimos del Plan de Promoción de la Autonomía Personal y Prevención de la Dependencia -*ergo*, conseguir que por medio del acceso al empleo se conquiste la autonomía personal y social y se prevenga el deterioro psicofísico de las personas por el efecto negativo de la exclusión social-[47].

Dicho alcance, en concreto y detalle, cubre todas las siguientes ayudas:

— *"Incentivos dirigidos a financiar la adaptación de puestos de trabajo o dotación de equipos de protección personal con la finalidad de evitar accidentes laborales o a sufragar la eliminación de barreras u obstáculos que dificulte el trabajo de las personas con discapacidad contratadas en empresas ordinarias*.

[44] Todo en https://www.juntadeandalucia.es/servicios/procedimientos/detalle/21779.html, a 12 de abril de 2022.

[45] Art. 7.8 D-ley 16/2020: *"(...) un incentivo que se determinará atendiendo a la duración del contrato y al grupo de cotización a la Seguridad Social, de acuerdo con las cantidades reflejadas en el siguiente cuadro:*

Grupo cotización	*6 meses*	*Cuantía mensual adicional a partir del sexto mes*
Grupo 1	*11.700 euros*	*1.950 euros*
Grupo 2	*10.500 euros*	*1.750 euros*
Grupo 3	*9.900 euros*	*1.650 euros*
Grupo 4 al 10	*8.880 euros*	*1.480 euros*

[46] Informe de Progreso y Gestión 2019 (cit.), págs. 39, 44 y 70, y 131 (pdf); e Informe Final (cit.), págs. 42, 49 y 78, y 141 (pdf).

[47] Cfr. Informe Final de Progreso y Gestión (cit.), pág. 77.

— *Incentivos dirigidos a la creación de empleo indefinido en la comunidad autónoma andaluza de personas con discapacidad en empresas ordinarias.*

— *Ayudas al empleo con apoyo de las personas con discapacidad en la Comunidad Autónoma de Andalucía como medida para su integración laboral en el sistema ordinario de trabajo"*.

Además, como destacadísimamente se aprecia en la Tabla siguiente (nº 6), su repercusión social resulta trascendental dado que en solamente una anualidad se incrementa en más de un 1.600% su principal población de destino o beneficiaria directa.

Tabla nº 6: Balance numérico de las actuaciones de asesoramiento a empresas sobre ayudas para incorporar al mercado laboral a personas con discapacidad

	Año 2017	Año 2018	Año 2019	Año 2020
Nº de empresas asesoradas en ayudas para la integración de personas con discapacidad en el mercado ordinario	x	x	53	887

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obrantes en los sucesivos Informes de Progreso y Gestión del Plan PAP y PD (cit.)

Es preciso puntualizar, por contra, que no es hasta el año 2019 que se pone en marcha la presente (ficha 4.2.10.3.11), por lo que nos permitimos animar a su potenciación en el organismo que la lidera [SEA (CEFTA)], máxime habida cuenta las cifras de repercusión referidas en la Tabla *(supra)*. No nos consta, al menos expresamente en nuestras referencias documentales, que ello haya ido acompañado de un refuerzo de recursos humanos y materiales…

C) Programa de prácticas en empresas (EPES) y Convenios específicos Administración-asociaciones

En este apartado, relativamente heterogéneo, difundimos las acciones que, vinculadas con el Plan andaluz 2016-2020, se auspician para facilitar a las personas con discapacidad incorporarse al mercado de trabajo por medio de la realización de Prácticas.

Respecto de la primera, nos encontramos en esta ocasión, también como recientemente respecto de la Iniciativa AIRE, ante una actuación que trasciende los espacios del empleo para los/as discapacitados/as, puesto que consiste en todo un Programa de promoción de la inserción laboral de las personas desempleadas del SAE (concretamente, *"Programa de Experiencias Profesionales para el Empleo"*, o EPES)[48]. Con todo y ello, la población discapacitada representa expresamente uno de los colectivos específicos dentro de dicho Programa, por lo que procede sin duda su comentario dentro de nuestro estudio[49].

A fin de su correcta identificación, dejamos constancia de que nos hallamos ante la ficha nº 4.2.10.3.7, en nivel final de implantación nº 7 (*"Monitorización"*) (cit.) aunque no fuera puesta en

[48] Informado ampliamente en https://www.juntadeandalucia.es/servicios/procedimientos/detalle/14647.html, a 12 de abril de 2022.

[49] La creación del Programa EPES tiene su origen en el Decreto 85/2003, de 1 de abril, por el que se establecen los Programas para la Inserción Laboral de la Junta de Andalucía (BOJA de 28 de abril de 2003, nº 79) (en https://www.juntadeandalucia.es/boja/2003/79/d6.pdf, a 10 de abril de 2022), en cuyo art. 3 puede leerse que *"1. Las personas destinatarias de los programas para la inserción laboral serán las personas demandantes de empleo, sin perjuicio de las prioridades que puedan establecerse en el marco de la Estrategia Europea por el Empleo, respecto de determinados colectivos. 2. De entre ellos se atenderá preferentemente a los siguientes colectivos: (...) e) Personas con discapacidad"*. Más concretamente, el art. 9, que se consagra en particular a dicho Programa, determina que las personas con discapacidad demandantes de un primer empleo podrán ser beneficiarias del mismo cuando dichas EPES *"supongan la realización de prácticas profesionales"* [apdo. 5.a)].

marcha hasta los últimos días del año 2018, pero para la que se prevé continuidad (desde el mes de mayo de 2021 y durante 24 meses).

La activación del Programa EPES para las personas con discapacidad desempleadas pasa por ofrecerles, en el transcurso de un Proceso de Orientación Personalizado, prácticas en empresas a resultas de que, desde el SAE/Red Andalucía Orienta, el/la profesional responsable de su Itinerario Personalizado de Inserción aprecie la virtualidad del mismo para mejorar la empleabilidad de esa persona en particular y, con ello, procurar su inserción profesional. Dichas prácticas se acompañan, además, de la oferta de tutorías personalizadas y/o talleres grupales para reforzar las habilidades y competencias laborales[50].

Tabla nº 7: Cifras de resultados de la ejecución del Programa EPES en personas con discapacidad

	Año 2017	Año 2018	Año 2019	Año 2020
Nº de prácticas en empresas que han realizado personas con discapacidad	x	x	589*	762*

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obrantes en los sucesivos Informes de Progreso y Gestión del Plan PAP y PD (cit.)

En cuanto al segundo grupo de contenidos del presente apartado, se trata de sendas acciones de aproximación al mercado de trabajo que resultan materializadas en Convenios de Colaboración entre la Administración (Consejería de Cultura y Patrimonio Histórico, esta vez) y la sociedad civil (en particular, y respectivamente, las asociaciones Granadown y Asperger Granada). En los dos casos, de lo que se trata es de que -ya sean personas con Síndrome de Down, ya sea población con Asperger- existan opciones para su participación en prácticas de formación en las dependencias del Patronato de la Alhambra y el Generalife, así como colaboración en actividades complementarias en materia de gestión del Patrimonio Cultural (jornadas, congresos, visitas especiales, etc.). La competencia respecto de esto último se residencia en la mencionada Consejería, mientras que las atribuciones para la selección del "personal" corresponden internamente a las asociaciones citadas.

A los efectos de su identificación: fichas CULPH nº 4.2.13.5 y nº 4.2.13.1, ambas en fase de *"Monitorización"* (nº 7) (cit.) y, al menos al respecto del Convenio con la Asociación Asperger Granada, en ejecución desde 2016[51]. Sin cifras sobre la cantidad de población beneficiaria, lamentablemente.

D) Subvenciones públicas (SAE)

Y para culminar nuestra investigación, como también podría haberse anticipado, por otro lado, nos detenemos en el análisis de una de las medidas con mayor predicamento entre las políticas activas de empleo cuales son las de tipo monetario o de estímulo económico-financiero para la creación de puestos de trabajo, y que en el marco del Plan de Promoción de la Autonomía Personal y Prevención de la Dependencia se titula *"Concesión de subvenciones públicas por parte del Servicio Andaluz de Empleo dirigidas a personas con discapacidad en régimen de concurrencia competitiva y no competitiva"*[52].

Aunque se hayan sucedido actuaciones de este tipo en muchas ocasiones en anualidades anteriores, en este caso nos centramos en aquellas que derivan de la "Provisión" (nivel nº 6 escala

[50] Poner en relación con el "Servicio de orientación profesional especializado" descrito en el apdo. "Acciones a favor de la empleabilidad" *(supra)*.

[51] Podemos localizar la documentación de referencia en el Informe de Progreso y Gestión 2017 (cit.), págs. 26, 31 y 46; Informe 2018 (cit.), págs. 31, 36 y 53-54; Informe 2019 (cit.), págs. 39, 46-47 y 68-69; e Informe Final (cit.), págs. 42, 51-52 y 76-77, y 149 (pdf).

[52] Informe de Progreso y Gestión 2017 (cit.), págs. 26, 29 y 47; Informe 2018 (cit.), págs. 31, 34 y 54; Informe 2019 (cit.), págs. 39, 43 y 69, y 133 (pdf); e Informe Final (cit.), págs. 42, 47 y 77-78, y 141 (pdf).

AIL) (cit.) hecha, no ya en el Plan (año 2016), sino en 2017, en la ficha 4.2.10.3.3, y ejecutadas -en fin- por la CEFTA desde ese mismo año (CEEC) y hasta 2020, con los resultados que se expresan en la Tabla nº 8.

Los incentivos del SAE a la contratación, vistos en detalle, además de concederse bajo ambas modalidades de concurrencia -competitiva y no competitiva- también se reconocen tanto si son para empleo protegido como si para empleo ordinario, de modo y manera que disponemos del siguiente catálogo completo[53]:

— *"Los incentivos en régimen de concurrencia competitiva son:*

  • *Subvenciones dirigidas al desarrollo de acciones relativas a las unidades de apoyo a la actividad profesional, en el marco de los servicios de ajuste personal y social de las personas con discapacidad en Centros Especiales de Empleo.*

  • *Subvenciones para el empleo con apoyo de personas con discapacidad como medida de integración laboral de las personas con discapacidad en el sistema ordinario de trabajo".*

— *"Los incentivos en régimen de concurrencia no competitiva son:*

  • *Ayudas a la creación de empleo indefinido de personas con discapacidad en Centros Especiales de Empleo.*

  • *Ayudas al mantenimiento de puestos de trabajo ocupados por personas con discapacidad en Centros Especiales de Empleo.*

  • *Ayudas a la adaptación de puestos de trabajo y la eliminación de barreras arquitectónicas en Centros Especiales de Empleo.*

  • *Ayudas a la creación de empleo indefinido de personas con discapacidad en empresas ordinarias.*

  • *Ayudas a la eliminación de barreras arquitectónicas y adaptación de puestos de trabajo ocupados por personas con discapacidad que con carácter indefinido sean contratadas por empresas ordinarias".*

Tabla nº 8: Número(s) de contratos de trabajo de personas con discapacidad incentivados

	Año 2017	Año 2018	Año 2019	Año 2020
Nº de contratos indefinidos en Centros Especiales de Empleo	481	628	867	601
Nº de contratos "mantenidos" en Centros Especiales de Empleo	14.322	15.360	15.218	28.345
Nº de contratos indefinidos en empresas ordinarias	95	70	42	47

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obrantes en los sucesivos Informes de Progreso y Gestión del Plan PAP y PD (cit.)

3. Labores de sensibilización

Consideramos de valor, y es por ello que lo incorporamos a nuestro estudio -en cierta manera a modo de epílogo-, que el Plan de Promoción de la Autonomía Personal y Prevención de la Dependencia

[53] El detalle del procedimiento de cada una (normativa, solicitud, seguimiento, etc.) es accesible desde https://www.juntadeandalucia.es/organismos/sae/servicios/procedimientos.html, a 12 de abril de 2022.

prevea un conjunto de intervenciones dirigidas a suscitar la sensibilización para con el colectivo de trabajadores/as discapacitados/as. Si bien se trata de tres acciones distintas (en su configuración, entidad responsable o fase de implantación, entre otros elementos), creemos adecuado referirlas bajo este mismo epígrafe en atención, principalmente, a ese elemento material que comparten. Estamos aludiendo, en concreto, a:

— *"Formación de personal de Administración Autonómica sobre acogida laboral de personas con discapacidad de reciente incorporación"*.

— *"Curso de acogida en el puesto a personas con discapacidad intelectual"*.

— *"Campaña para informar y sensibilizar sobre la integración laboral de personas atendidas en el programa de empleo (FAISEM)"*.

La acción *"Formación de personal de Administración Autonómica sobre acogida laboral de personas con discapacidad de reciente incorporación"*, por un lado, comprende tanto la elaboración de un *"Plan de acogida"* como la propuesta de un *"protocolo y manual de acogida para empleados/as de la Junta de Andalucía"*, además de otros (protocolos) para las prácticas académicas externas de los/as estudiantes universitarios/as y las prácticas "prelaborales" de jóvenes. Todo ello, hoy por hoy, se ubica en la Escuela de Acogida del Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP) identificado con la ficha nº 3.2.6.1 de -curiosamente- la DGPDI (CIPSC)[54] y en nivel nº 6 de implantación (*"Provisión"*) (cit.)[55].

Por otro lado, la actuación *"Curso de acogida en el puesto a personas con discapacidad intelectual"* ya sí implica efectivamente la formación presencial sobre dicho particular, bajo la supervisión de la misma Escuela de Acogida del IAAP[56]. En este caso, ahora sí, la entidad que la asume es la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (CPAPI) por medio de la ficha nº 3.2.6.2, implementada desde 2017 en nivel *"Monitorización"* (nº 7)[57].

Y, en fin, la *"Campaña para informar y sensibilizar sobre la integración laboral de personas atendidas en el programa de empleo"* queda centrada en el colectivo diana de la Fundación Andaluza para la Integración Social de las Personas con Enfermedad Mental (FAISEM), acompañada de la iniciativa *"FAISEM por más empleo"* sobre formación, prácticas e integración laboral. A destacar también la difusión del documental *"Me gano la vida"*, sobre la recuperación, a través del trabajo, de personas que son atendidas en dicho programa de empleo[58]. Consta que todas, o prácticamente, las acciones tuvieron lugar en/hasta el año 2017, acogidas a la ficha nº 3.2.4.5, quedando relegadas de manera drástica por efecto de la situación socio-sanitaria derivada de la pandemia del coronavirus COVID-19[59].

[54] DGPDI (CIPSC): Dirección General de Personas con Discapacidad e Inclusión (Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación).

[55] No ha sido hasta la última anualidad que ha alcanzado dicha fase en la escala AIL (cit.), pues en las previas se encontraba en todo momento en "Asimilación" (nº 3), lo que sólo significa(ba) que *"Existe evidencia de que la organización objetivo y las personas responsables de tomar decisiones específicas dentro de la organización han incorporado la información en su propia base de conocimientos y estrategia organizacional existentes"*.

[56] Como se detalle en el Informe Final (cit.), pág. 33, se abordan los siguientes temas, entre otros asuntos: *"1. Habilidades y competencias profesionales; 2. Actitudes para una correcta organización; 3. Gestión del tiempo y de la comunicación en la Administración; 4. Manual y Protocolos de actuación de carácter general"*.

[57] Para ambas intervenciones, pues no en vano comparten *"Objetivo específico"* (el nº 3.2), *vid* -sin ánimo de exhaustividad- Informe de Progreso y Gestión 2017 (cit.), págs. 18-19, 21, 41 y 45; Informe 2018 (cit.), págs. 22-23, 25, 47 y 52; Informe 2019 (cit.), págs. 27-28, 31-32, 62 y 67; e Informe Final (cit.), págs. 28-29, 33, 69 y 75.

[58] Disponible en https://www.youtube.com/watch?v=PuUd2BCIo1g, a 12 de abril de 2022.

[59] Tampoco exhaustivamente, Informe de Progreso y Gestión 2018 (cit.), págs. 24 y 51; e Informe 2019 (cit.), pág. 30.

IV. BALANCE Y APRECIACIONES

En la exploración de instrumentos para la protección de las personas con discapacidad en Andalucía que demanda nuestro Proyecto, en el presente estudio hemos dado con el hallazgo del empleo como vía para promover la autonomía personal y prevenir la dependencia. De tal modo, hemos identificado sendos objetivos (protección, promoción, prevención) así con dicho sector de la población como con tal espacio geográfico (y de competencias).

En el capítulo de los recursos de información para la investigación, hemos contado con un referente principalísimo en el I Plan andaluz -precisamente- de Promoción de la Autonomía Personal y Prevención de la Dependencia. Y no solamente lo hemos abordado en su versión programática o de planteamiento propositivo, sino por medio del conocimiento de su progresiva y creciente implantación a lo largo de casi un lustro [y, así, de dos legislaturas -la X (Partido Socialista Obrero Español) y la XI (Partido Popular)- bien dispares].

Del análisis de todo el conjunto de contenidos de dichas fuentes hemos extraído, sistematizado y comentado un apreciable catálogo de acciones, tanto en su cantidad cuanto en su variedad.

Como se aprecia, hay cabida, por un lado, para actuaciones aplicables a los estadios previos al acceso al empleo (a favor de la empleabilidad de los/as discapacitados en Andalucía) que involucran asimismo al sistema que da soporte a la gestión de empleo del personal del SAE (HERMES), al Observatorio ARGOS (para disponer de análisis del mercado de trabajo de personas con discapacidad en Andalucía) y, en general, a múltiples recursos humanos y materiales para el empleo en nuestra Comunidad (servicio de orientación profesional especializado o accesibilidad de la red de oficinas).

Por otro lado, también se deja constancia de acciones de política (activa) de empleo más bien en pos de la contratación, igualmente de distinta incidencia. Hablamos así tanto de modulaciones sobre el régimen jurídico de la cuota de reserva de empleo (y de sus excepciones) como del impulso a programas varios de prácticas en empresas (EPES, Convenios Administración-asociaciones) y, en general, concepción de subvenciones, y la correspondiente puesta en conocimiento de los empleadores de todo ello.

En fin y por último, completa la terna de intervenciones públicas en la promoción del empleo de las personas con discapacidad en Andalucía como vía para su autonomía "e in-dependencia" la ejecución de labores/trabajos de sensibilización, sobre todo en el seno del entorno de trabajo (compañeros, mandos) al que accede dicho colectivo.

Con todo ello consideramos que, si bien no por completo, sí lo suficientemente se cumplimenta el derecho estatutario (art. 24 EAA) a que las personas con discapacidad accedan *"a las ayudas, prestaciones y servicios de calidad con garantía pública necesarios para su desarrollo personal y social"*. Es cuestión de proseguir en dicha línea, quizás para otro periodo hasta el año 2024, y ya se irá viendo. Ahora bien, reclamamos como preciso que se tenga en cuenta en las actuaciones y, por tanto, también se ofrezca en la documentación, la repercusión de las mismas en términos relativos, respecto del total del colectivo, o la materia, y también de la población en general, puesto que no resulta posible valorarlas en toda su extensión y, en consecuencia, aportar a su prosecución sin saber cuán significativas son en su implementación.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alonso Trujillo, F. *et al.* "Evaluación del impacto de un plan multisectorial de promoción de la salud y el bienestar social en Andalucía", *Gaceta Sanitaria*, vol. 34, nº 6, 2020, págs. 615-623 (en https://www.gacetasanitaria.org/es-evaluacion-del-impacto-un-plan-articulo-S0213911119300354, a 12 de abril de 2022).

De Cossío Rodríguez, M. P. "La relación entre discapacidad e incapacidad permanente. La reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre reconocimiento de la condición de persona con discapacidad a los pensionistas de incapacidad permanente", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 58, 2021, págs. 808-838.

Villanueva Sánchez, A. *et al.* "HERMES: Una nueva forma de concebir y ofrecer servicios personalizados a empresarios y demandantes de empleo de Andalucía", *Tecnimap*, nº 301, 2006, págs. 1-9 (en https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/dam/jcr:ae435e32-fa75-464a-9043-794ed2405088/hermes_una_nueva_forma.pdf, a 12 de abril de 2022).

VV.AA. *I Plan Andaluz de Promoción de la Autonomía Personal y Prevención de la Dependencia (2016-2020)*, Secretaría General de Servicios Sociales (Consejería de Igualdad y Políticas Sociales), Sevilla, 2016 (en https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2021-09/Plan%20Autonom%C3%ADa%20Personal_Definitivo%20Maquetaci%C3%B3n%2030_06_16.pdf, a 13 de abril de 2022).

VV.AA. *Informe 03/2020 "El sistema de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia"*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 2021, pág. 36 (en http://www.ces.es/documents/10180/5226728/Inf0320.pdf, a 13 de abril de 2022).

VV.AA. (Dir. Delgado Fernández, S. y Ortega Pérez, N.) *Políticas activas de empleo: una mirada desde Andalucía*, Comares, Granada, 2013.

VV.AA. (Dir. Gálvez Daza, P. y Alonso Trujillo, F.) *Informe de Progreso y de Gestión, año 2017 [del I Plan Andaluz de Promoción de la Autonomía Personal y Prevención de la Dependencia (2016-2020)]*, Secretaría General de Servicios Sociales (Consejería de Igualdad y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía), Sevilla, 2018 (en https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2021-09/PAP_PD_INFORME_2017.pdf, a 13 de abril de 2022).

VV.AA. (Dir. Gálvez Daza, P. y Alonso Trujillo, F.) *Informe de Progreso y de Gestión, I bienal 2017-2018 [del I Plan Andaluz de Promoción de la Autonomía Personal y Prevención de la Dependencia (2016-2020)]*, Secretaría General de Servicios Sociales (Consejería de Igualdad y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía), Sevilla, 2019 (en https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2021-09/190130%20PAP%26PD%20INFORME%202018%200%20PROG%20Y%20GESTION.pdf, a 12 de abril de 2022).

VV.AA. (Dir. Salvatierra Mesa, D. y Alonso Trujillo, F.) *III Informe de Progreso y Gestión, I bienal 2017-2018 // II bienal 2019 [del I Plan Andaluz de Promoción de la Autonomía Personal y Prevención de la Dependencia (2016-2020)]*, Secretaría General de Servicios Sociales, Voluntariado y Conciliación (Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación de la Junta de Andalucía), Sevilla, 2020 (en https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2021-09/200724%20PAP%26PD%20INFORME%20DE%20PROGRESO%20Y%20GESTI%C3%93N%202019%20V19R.pdf, a 12 de abril de 2022).

VV.AA. (Dir. Salvatierra Mesa, D. y Alonso Trujillo, F.) *Informe Final de Progreso y Gestión [del I Plan Andaluz de Promoción de la Autonomía Personal y Prevención de la Dependencia (2016-2020)]*, Secretaría General de Servicios Sociales, Voluntariado y Conciliación (Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación de la Junta de Andalucía), Sevilla, 2021 (en https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2021-09/210707_INFORME_FINAL_PLAN_PAP%26PD_FINAL_V6.pdf, a 12 de abril de 2022).

REFERENCIAS NORMATIVAS

EAA: Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOE de 20 de marzo de 2007, nº 68) (en https://www.boe.es/eli/es/lo/2007/03/19/2/con, a 12 de abril de 2022).

Ley de Dependencia: Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE de 15 de diciembre de 2006, nº 299) (en https://www.boe.es/eli/es/l/2006/12/14/39/con, a 12 de abril de 2022).

RDLeg. 1/2013: 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 (BOE de 3 de diciembre de 2013, nº 289) (en https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2013/11/29/1/con, a 9 de abril de 2022).

ET: Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 24 de octubre de 2015, nº 255) (en https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con, a 12 de abril de 2022).

EBEP: Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE de 31 de octubre de 2015, nº 261) (en https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/5/con, a 10 de abril de 2022).

D-ley 16/2020: Decreto-ley 16/2020, de 16 de junio, por el que, con carácter extraordinario y urgente, se establecen medidas en materia de empleo, así como para la gestión y administración de las sedes administrativas ante la situación generada por el coronavirus (COVID-19) (BOJA de 16 de junio de 2020, núm. 38) (en https://www.juntadeandalucia.es/boja/2020/538/BOJA20-538-00063-6325-01_00173695.pdf, a 11 de abril de 2020).

RD 1971/1999: Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad (BOE de 26 de enero de 2000, nº 22) (en https://www.boe.es/eli/es/rd/1999/12/23/1971/con, a 12 de abril de 2022).

Resolución de 23 de abril de 2013, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia sobre criterios, recomendaciones y condiciones mínimas para la elaboración de los planes de prevención de las situaciones de dependencia y promoción de la autonomía personal; datos básicos del sistema de información del SAAD y Catálogo de referencia de servicios sociales (BOE de 16 de mayo de 2013, nº 117) [en https://www.boe.es/eli/es/res/2013/04/23/(1), a 13 de abril de 2022].

Decreto 85/2003, de 1 de abril, por el que se establecen los Programas para la Inserción Laboral de la Junta de Andalucía (BOJA de 28 de abril de 2003, nº 79) (en https://www.juntadeandalucia.es/boja/2003/79/d6.pdf, a 10 de abril de 2022).

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla nº 1: Registro de datos varios de personas con discapacidad en HERMES.

Tabla nº 2: Balance cuantitativo de las actuaciones del Servicio de orientación profesional especializado, para personas con discapacidad.

Tabla nº 3: Datos de atención a discapacitados/as visuales en oficinas de empleo.

Tabla nº 4: Datos de actuaciones en materia de accesibilidad física en oficinas de empleo.

Tabla nº 5: Acciones, en cifras, sobre la cuota de reserva de empleo para personas con discapacidad, y sus excepciones.

Tabla nº 6: Balance numérico de las actuaciones de asesoramiento a empresas sobre ayudas para incorporar al mercado laboral a personas con discapacidad.

Tabla nº 7: Cifras de resultados de la ejecución del Programa EPES en personas con discapacidad.

Tabla nº 8: Número(s) de contratos de trabajo de personas con discapacidad incentivados.

Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

10. La Salud Y Seguridad Laboral De Las Personas Con Discapacidad

Rosa Moya Amador
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DEL TEMA. II. LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES COMO LEY LABORAL "ESPECIAL". 1. *GRUPOS DE TRABAJADORES DE RIESGO EN LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES*. 2. *TRABAJADORES ESPECIALMENTE SENSIBLES EN LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES*. A) EL ARTÍCULO 25 DE LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. B) CONCEPTO ABIERTO DE TRABAJADORES ESPECIALMENTE SENSIBLES. C) CLASES DE TRABAJADORES ESPECIALMENTE SENSIBLES. 3. *LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD ESPECIALMENTE SENSIBLES A LOS RIESGOS DERIVADOS DEL TRABAJO*. A) DISCAPACIDAD Y TRABAJADOR DISCAPACITADO EN LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. B) LA PROTECCIÓN "ESPECÍFICA" PREVENTIVA DE LOS RIESGOS LABORALES A LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD. III. LOS CONVENIOS COLECTIVOS Y LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD. IV. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DEL TEMA

En apartados anteriores de esta obra se ha visto como la completa participación de las personas con discapacidad en la sociedad implica el derecho a que cuando estos quieran trabajar puedan hacerlo eligiendo su trabajo y su profesión sin ningún tipo de discriminación[1]. Conforme a la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (CDPD), "los estados partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad"[2]-.

Tener la oportunidad de trabajar dónde y cómo ellos quieran significa como se analiza en otros capítulos de este libro, que las personas con discapacidad pueden crear y trabajar en su propio

[1] Conforme a la Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030, (punto 9. "Fomento del acceso a empleos de calidad y sostenibles"), "la realidad es que siendo la participación en el mercado laboral la mejor forma de garantizar la autonomía económica y la inclusión social, La tasa de empleo de las personas con discapacidad es aún muy inferior a la de las personas sin discapacidad: las personas con discapacidad registran una tasa de empleo inferior, se ven afectadas de forma desproporcionada por el desempleo y abandonan antes el mercado laboral. Un gran número de personas con discapacidad grave no trabajan en el mercado laboral abierto, sino en centros que ofrecen el denominado «empleo protegido». Estos regímenes son diversos y no todos garantizan condiciones laborales adecuadas ni derechos laborales para las personas con discapacidad, ni tampoco vías para acceder al mercado laboral abierto". Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2021:101:FIN#PP4Contents

[2] Artículo 27.1 (Trabajo y empleo), de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York. El documento fue firmado por España el 3 de diciembre de 2007. Precepto que establece que Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás…adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: *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. Disponible en http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2018/01/Texto-Convencion-BOE-abril-2008.pdf

negocio, acceder a la función pública, y acceder a las empresas privadas y públicas a través de una relación laboral por cuenta ajena a través de empleo ordinario y de empleo protegido[3] que aunque se constituye como una relación laboral de carácter especial, -art. 2.1.g) TRET y *Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral* de carácter *especial* de los *minusválidos* que trabajen en los centros especiales de empleo, estos centros están sometidos a la misma normativa en prevención de riesgos laborales que el resto de las empresas siendo la mayoría de los trabajadores en estas empresas trabajadores con discapacidad reconocida considerados especialmente sensibles que requieren una atención específica para garantizar su salud y seguridad conforme al artículo 25 de la Ley de prevención de riesgos laborales [4], pues con el art. 9 del Real Decreto 1368/1985 "*los trabajadores minusválidos tendrán los derechos y deberes básicos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*". Por último recordar que cuando la discapacidad genere una imposibilidad originaria para trabajar hay actividad asistencial en centros ocupacionales que son establecimientos que tienen como finalidad asegurar los servicios de terapia ocupacional y de ajuste personal y social de las personas con discapacidad y no actividad laboral.

La *Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad* (CDPD)[5], hito normativo en la materia, dota al Derecho internacional de instrumentos para evitar la explotación y el abuso de las personas con discapacidad y para proteger sus derechos. Los estados partes están comprometidos a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad, en especial a través de la legislación para acabar con el riesgo de que las personas sean discriminadas por razón de la discapacidad, pues toda discriminación significa tratar de forma injusta a las personas y constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano. Produciéndose en ocasiones lo que se ha llamado supuestos de *"doble discriminación*", personas con discapacidad que son tratadas injustamente por más de un motivo, -"victimas de múltiples o agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición"[6]-.

---

[3] *la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social,* en los arts. 40 a 42 hace referencia al empleo ordinario y loe arts. 43 a 46 al empleo protegido que se regula por el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio y por su reglamento aprobado por el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo, que son empresas, públicas o privadas, cuya plantilla está compuesta, al menos, por un 70% de personas con discapacidad. Estos centros ofrecen a sus trabajadores un empleo remunerado y productivo: están concebidos para ayudar a las personas con discapacidad a superar barreras y su objetivo último es servir de trampolín para la integración de las personas con discapacidad en la empresa ordinaria; y enclaves laborales regulados por el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad modalidad que consiste en el traslado temporal de trabajadores con discapacidad procedentes de centro especial de empleo a las instalaciones de una empresa del mercado «ordinario», a la que suele llamarse empresa colaboradora.

[4] Véase Paredes Gascón, M., Fernández-Cid Enríquez, M., Ruiz Figueroa, M.J., "Prevención de riesgos laborales entre las personas con discapacidad intelectual en los centros especiales de empleo", Cuadernos de Trabajo Social, Vol. 25-1 (2012), p. 249 y ss.

[5] En el siglo presente cualquier estudio en relación a esta materia hay que hacerlo teniendo en cuenta este tratado internacional que protege los derechos de las personas con discapacidad aprobado el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York. España ratificó la Convención y su Protocolo facultativo el 21 de abril de 2008, y entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. A partir de este momento, y conforme a lo establecido en el apartado primero del artículo 96 de la Constitución Española de 1978, forma parte del ordenamiento interno, -siendo además, un por aplicación del 10.2 de la Constitución Española criterio de interpretación en materia de derechos fundamentales-, por lo que ha sido necesaria y sigue siendo la adaptación y modificación de diversas normas para hacer efectivos los derechos que la Convención recoge constituyendo obligación de los poderes públicos garantizar el ejercicio pleno de los derechos por parte de las personas con discapacidad.

[6] En palabras del Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, recordando que también se hace referencia a los supuestos de doble o múltiple discriminación, -"niñas, niños, mujeres con discapacidad, mujeres con discapacidad víctimas de violencia de género, personas con pluridiscapacidad u otras personas con discapacidad integrantes de minorías-.

En la sociedad nadie somos iguales, todos somos diferentes en algo a los demás miembros que la integran y en el ámbito de la relaciones laborales, en el ámbito privado de la relación de trabajo, los empresarios tienen que ser conscientes de que las personas con discapacidad pueden ser excelentes trabajadores con el apoyo adecuado, teniendo en cuenta que la mejora en el empleo de las personas con discapacidad es una mejora para todos pues beneficia también a los empresarios y a la sociedad[7], "r*econociendo* el valor de las contribuciones que realizan y pueden realizar las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de sus comunidades, y que la promoción del pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad y de su plena participación tendrán como resultado un mayor sentido de pertenencia de estas personas y avances significativos en el desarrollo económico, social y humano de la sociedad y en la erradicación de la pobreza"[8].

En apartados anteriores se ha hecho referencia al empleo y la ocupación de las personas con discapacidad y a su protección social, ahora nos vamos a centrar en la prevención de los riesgos en el trabajo de estos trabajadores desde la seguridad y la salud laboral como derechos de "todos" los trabajadores. Analizaremos el tratamiento que hace la Ley de prevención de riesgos laborales de la discapacidad y la forma en la que incide en la mejora de la calidad en el empleo de dicho colectivo, debiendo aplicarse para facilitar la contratación de personas con discapacidad y en ningún caso para excluirlas por las especiales circunstancias profesionales o personales que puedan presentar.

Las personas con discapacidad están protegidas tanto por la legislación en materia de lucha contra la discriminación como por la legislación laboral, y en este caso las normas sobre la seguridad y salud en el trabajo no deberían utilizarse como pretexto para no emplear o dejar de emplear personas con discapacidad, al contrario, se deben aplicar para facilitar la contratación de estas personas y en ningún caso para excluirlas. Las normas de prevención de riesgos laborales deben servir para hacer del centro de trabajo un lugar de trabajo accesible y seguro para los trabajadores con discapacidad y para aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, como son los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa, clientes y visitantes.

II. LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES COMO LEY LABORAL "ESPECIAL"

La *Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales*[9] (LPRL), es la norma legal que desarrolla el derecho a la "Seguridad e Higiene en el trabajo" en nuestro Derecho nacional y responde a la necesidad de configurar una regulación unitaria de la protección de la salud de los trabajadores en nuestro país. En su Exposición de motivos se presenta como la norma que da cumplimiento al mandato constitucional contenido en el artículo 40.2 de nuestra ley de leyes, a la comunidad jurídica establecida por la Unión Europea en esta materia, y a los compromisos contraídos con la Organización Internacional del Trabajo a partir de la ratificación del Convenio 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo.

La doctrina científica ha puesto de manifiesto que el derecho de los trabajadores a la seguridad y salud laboral, -que es el derecho que se erige en el fundamento último de la regulación jurídica de la materia-, es un derecho de contenido complejo cuyo anclaje constitucional es múltiple, pues

[7] La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible tiende a lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, así como la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor. https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/ y en el mismo sentido el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015. http://www.ceapat.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/paccion_disc_ce20062015.pdf

[8] Utilizando literalmente las palabras del apartado m) del Preámbulo de la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.*

[9] https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-24292&p=20141229&tn=1#a25

su completa dimensión sólo es aprehensible desde la lectura integrada de los artículos 15 («Todos tienen derecho a la integridad física y moral»), 40.2 («Los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo»), 43.1 («Se reconoce el derecho a la protección de la salud») y, en cierto modo, del artículo 45 CE («Derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado»)[10]. Cada vez de forma más evidente se presentan como innegables los efectos medioambientales sobre la salud, la relación existente entre el ambiente de trabajo o entorno laboral y la protección del medio ambiente general con la prevención de los riegos laborales y la protección de la salud e integridad de los trabajadores que tienen que analizarse en relación con el medio ambiente[11] debiendo recordar *el Convenio de la OIT 148 sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones)*, (1977) ratificado por España en 1980[12], y que se aplica a todas las ramas de actividad económica, establece en el artículo 11.1: "El estado de salud de los trabajadores expuestos o que puedan estar expuestos a los riesgos profesionales debidos a la contaminación del aire, el ruido y las vibraciones en el lugar de trabajo deberá ser objeto de vigilancia, a intervalos apropiados, según las modalidades y en las circunstancias que fije la autoridad competente. Esta vigilancia deberá comprender un examen médico previo al empleo y exámenes periódicos, según determine la autoridad competente". En el mismo sentido el artículo 3. e) del Convenio 155 OIT, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, establece que la salud en relación con el trabajo, abarca no solamente la ausencia de afecciones o de enfermedad, sino también los elementos físicos y mentales que afectan a la salud y están directamente relacionados con la seguridad e higiene en el trabajo.

El riesgo que el trabajador sufre en el trabajo no siempre procede exclusivamente del medio laboral, también de la incardinación de esa actividad humana en un entorno ambiental externo cuyas características trascienden a la protección de la salud del trabajador[13]. Debate que en el momento presente tiene especial actualidad después de las circunstancias que se han derivado de la pandemia internacional de la COVID 19, que inciden en la propuesta de un desplazamiento desde un concepto estricto de salud laboral al más omnicomprensivo de medio ambiente de trabajo, en donde la protección de la salud debe trascender el espacio físico de la empresa. Es una "transición" conceptual que implica también un cambio de enfoque político, porque se trata de unir la obligación empresarial de mantener el ambiente laboral saludable y la de no generar con su práctica empresarial un deterioro del medio ambiente, incluyendo ambos aspecto en la lógica preventiva que comparten la regulación de la salud laboral y la protección del medio ambiente[14].

---

[10] Vida Soria, J., (Dir.), Viñas Armada J. M. (Coord.), *Manual para la formación en Prevención de Riesgos Laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2013, p. 351.

[11] De interés en esta cuestión ver la NTP 576: *Integración de sistemas de gestión: prevención de riesgos laborales, calidad y medio ambiente: "*La primera referencia legal para la integración de sistemas se encuentra en la aplicación de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales que en su artículo 16 dice al referirse a las actuaciones preventivas "...deberán integrarse en el conjunto de las actividades de la empresa y en todos los niveles jerárquicos de la misma" y más en concreto, el Reglamento de los Servicios de Prevención en su artículo 1.1, también establece que la actividad preventiva "deberá integrarse en el conjunto de actividades y decisiones, tanto en los procesos técnicos, en la organización del trabajo y en las condiciones que este se preste, como en la línea jerárquica de la empresa, incluidos todos los niveles de la misma. La integración de la prevención en todos los niveles jerárquicos de la empresa implica la atribución a todos ellos y la asunción por éstos de la obligación de incluir la prevención de riesgos en cualquier actividad que realicen u ordenen y en todas las decisiones que adopten".

[12] Instrumento de Ratificación de 24 de noviembre de 1980, del Convenio número 148 de la OIT, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos profesionales debidos a la contaminación del aire, el ruido y las vibraciones en el lugar de trabajo, https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-30105

[13] Véase entre otros Rivas Vallejo, P., "El objetivo: integrar la tutela al medio ambiente en el marco de la relaciones laborales" en *La prevención de riesgos medioambientales del ámbito de las relaciones de trabajo*, Granada, Comares, 2011, p. 247; García Valverde, M. D., "Aspectos jurídicos de la prevención de los riesgos medioambientales", en *Aspectos medioambientales de las relaciones laborales. Participación, salud laboral y empleo,* Rivas Vallejo, P. (Dir.), Murcia, ediciones LABORUM, 2013, p. 60 y ss.

[14] Baylos Grau, A., 28 de abril de 2022, "Salud laboral y medio ambiente: transiciones y continuidades. Sobre la modificación de la Constitución Italiana y límites a la iniciativa económica privada", Blog *Según Antonio Baylos*...

El objetivo básico de los sistemas de seguridad e higiene en el trabajo es la tutela integral de la salud del trabajador[15] y la Ley de prevención de riesgos laborales es la norma central del marco normativo de la Prevención de riesgos en nuestro Derecho interno ("norma marco"), -"pilar fundamental", "cuerpo básico de garantías", "soporte básico en la materia", "norma de cabecera", la norma que desarrolla el derecho a la salud y seguridad en el trabajo. Hay otras normas en las que también tiene manifestaciones el derecho a "la protección en la seguridad e higiene en el trabajo", así: en el Estatuto de los Trabajadores el artículo 19.1 «El trabajador en la prestación de sus servicios tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene», el artículo 4.2.d) «En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene»; en el artículo 4.3.e) del Estatuto del Trabajo Autónomo, «en el ejercicio de su actividad profesional, los trabajadores autónomos tienen derecho a su integridad física y a una protección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo»; en el artículo 14. I) de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, «los empleados públicos tienen los siguientes derechos de carácter individual en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio… a recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo».

La Ley de prevención de riesgos laborales rebasa el carácter estrictamente laboral. Cuando delimita la extensión del sistema de prevención, describe su objeto y determina los sujetos a quienes se aplica, lo hace en paralelo con los respectivos ámbitos, laboral y de la Seguridad Social pero el ámbito del sistema de prevención no coincide plenamente con ninguno de estos; ni con el del estatuto de los trabajadores, ni con el establecido por el Sistema de la Seguridad Social. El ámbito de aplicación de la Ley incluye tanto a los trabajadores vinculados por una relación laboral en sentido estricto, como al personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas, así como a los socios trabajadores o de trabajo de los distintos tipos de cooperativas, sin más exclusiones que las correspondientes, en el ámbito de la función pública, a determinadas actividades de policía, seguridad, resguardo aduanero, peritaje forense y protección civil cuyas particularidades impidan la aplicación de la Ley, la cual inspirará, no obstante, la normativa específica que se dicte para salvaguardar la seguridad y la salud de los trabajadores en dichas actividades; en sentido similar, la Ley prevé su adaptación a las características propias de los centros y establecimientos militares y de los establecimientos penitenciarios.

En el texto legal preventivo, a partir del reconocimiento del derecho de los trabajadores en el ámbito laboral a la protección de su salud e integridad, los legisladores establecen garantías y responsabilidades para establecer un adecuado nivel de protección de la salud de los trabajadores frente a los riesgos derivados de las condiciones de trabajo a través de la prevención, -"conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo, (art. 4.1 LPRL). También se establecen las actuaciones de las Administraciones públicas necearías en la consecución del objetivo primordial de la norma, "promover la seguridad y la salud de los trabajadores" (at. 2 LPRL) atendiendo al principio general de evitar los riesgos, o evaluarlos y combatirlos cuando no se puedan evitar (art. 15 LPRL).

Especialmente conectada con los Sistemas de prevención de riesgos laborales, desde el inicio de la intervención del Estado en las condiciones del trabajo asalariado en las primeras normas protectoras, está la parte del Sistema de Seguridad Social que se dedica a la protección de las situaciones que se derivan de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, diferenciando por la doctrina científica entre políticas preventivas y política reparadoras. Las políticas preventivas vienen constituida por todo el conjunto de medidas encaminadas a prevenir los siniestros laborales y el entramado normativo e institucional de la política preventiva tiene por finalidad específica la evitación o minimización

Información, discusión y propuestas sobre las relaciones de trabajo y la ciudadanía social. Disponible en https://baylos.blogspot.com/2022/04/salud-laboral-y-medio-ambiente.html

[15] González Ortega, S. "La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución". *Revista de Política Social, núm.* 121, 1979, p. 218.

acción de los riegos susceptibles de causas siniestralidad laboral; las políticas de seguridad social en esta materia específica, pueden definirse como el conjunto de acciones de generada por el siniestro laboral, otorgando las prestaciones económicas, sanitarias y de rehabilitación necesarias. Aunque la finalidad preventiva constituye la misión básica del sistema preventivo, finalidad reparadora la del sistema de seguridad social, lo cierto es que la función preventiva debe actuar también como criterio de legitimación social del régimen específico de la tutela del accidente de trabajo dentro de la política de seguridad social[16].

1. Grupos de trabajadores de riesgo en la ley de prevención de riesgos laborales

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, en clara transposición de la Directiva Marco establece una protección "general" de todos los trabajadores, y quebrando ese carácter general incorpora contenidos concretos[17] con una protección "especial", "particular" o "especifica" a colectivos, categorías o grupos de trabajadores que son más sensibles o vulnerables o que por sus características personales, riesgos específicos o modalidad de contratación requieren una atención más determinada. En la misma exposición de motivos, en el punto 5 hace referencia a "las medidas particulares a adoptar en relación con categorías específicas de trabajadores, tales como los jóvenes, las trabajadoras embarazadas o que han dado a luz recientemente y los trabajadores sujetos a relaciones laborales de carácter temporal".

Debemos recordar que la LPRL además de transponer al Derecho español la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo o Directiva marco sobre salud y seguridad en el trabajo, incorpora también las Directivas 92/85/CEE, 94/33/CEE y 91/383/CEE, relativas a la protección de la maternidad y de los jóvenes y al tratamiento de las relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal al que será nuestro cuerpo básico en esta materia.

Es en el capítulo III de la LPRL, denominado "*Derechos y obligaciones*"[18], donde se integran a estos colectivos de trabajadores en cuatro artículos referidos a determinados grupos de riesgos que requieren una atención y un tratamiento preventivo singular, adaptados a su generalizada, genérica y objetiva mayor sensibilidad a los riesgos profesionales. "Los trabajadores pertenecientes a estos grupo legales, en tanto que pueden verse afectados de manera específica por los riesgos profesionales, apartándose de lo que podría denominarse el *patrón normal de riesgo* - nivel normal o medio, clases de riesgo y/o tipo de afectación sobre la salud y seguridad en el trabajo-, son objeto de tratamiento singular[19]. Estos artículos de la Ley preventiva son los siguientes:

[16] Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A., "La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de Accidente de Trabajo. (Dimensión preventiva y reparadora)" en *Tratado de salud laboral. Aspectos Jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales,* Monereo Pérez, J. L. y Rivas Vallejo, M. P. (Dirs.), Pamplona, Aranzadi, 2012, T. I., p.79. Igualmente la doctrina jurisprudencial hace referencia a los "distintos propósitos de protección que persiguen las normas de la protección de la discapacidad y la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de la incapacidad permanente" (sentencias del política social que el Estado asume y que tienen por finalidad atender la situación de necesidad Tribunal Supremo, Sala cuarta, de 29 de enero de 2008 (RJ 2008, 2893 y 2008, 2063) y STS de 5 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 7658).

[17] Sempere Navarro, A. V., Cardenal Carro, M. y Alzaga Ruiz, I., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Pamplona, Aranzadi, 2010, p. 52.

[18] Conforme a la Exposición de motivos, el capítulo III de la Ley, que regula el conjunto de derechos y obligaciones derivados o correlativos del derecho básico de los trabajadores a su protección, así como, de manera más específica, las actuaciones a desarrollar en situaciones de emergencia o en caso de riesgo grave e inminente, las garantías y derechos relacionados con la vigilancia de la salud de los trabajadores, con especial atención a la protección de la confidencialidad y el respeto a la intimidad en el tratamiento de estas actuaciones, y las medidas particulares a adoptar en relación con categorías específicas de trabajadores, tales como los jóvenes, las trabajadoras embarazadas o que han dado a luz recientemente y los trabajadores sujetos a relaciones laborales de carácter temporal.

[19] Entre otros Agustí Juliá, J.: "Los colectivos más protegidos: grupos especiales de riesgo. la protección en las relaciones de trabajo temporales o de duración determinada y en las empresas de trabajo temporal", Cuadernos de

-Artículo 25. *Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos*. Precepto que tiene una clara vocación globalizadora pretendiendo dar cabida a todos los colectivos o grupos específicos de trabajadores de riesgo, no contemplados en los arts. 26, 27 y 28 siguientes, obligando al empresario a garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Se observa que "no hace referencia a otros colectivos de trabajadores que deben ser especialmente protegidos en razón a las condiciones que realizan su trabajo, como los trabajadores que realizan su jornada diaria de trabajo en período *nocturno,* o aquellos que trabajan a *turnos,* para los que el art. 36.4 del Estatuto de los Trabajadores, transponiendo el art. 9.1.b) de la Directiva 93/104/CEE, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo, diseña un nivel de protección específico en materia de salud y seguridad adaptado a la naturaleza de su trabajo, incluyendo unos servicios de prevención y protección apropiados y equivalentes a los de los restantes trabajadores de la empresa"[20].

— Artículo 26. *Protección de la maternidad*[21]. Riesgo durante el embarazo, parto y lactancia si las condiciones del trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo.

— Artículo 27. *Protección de los menores*[22]. Es la falta de experiencia y que su desarrollo hacia la madurez sea todavía incompleto, lo que puede generar riesgos específicos para la seguridad y la salud de los trabajadores menores[23].

— *Artículo 28. Relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal*[24]. Precepto cuyo ámbito de aplicación viene determinado a los trabajadores temporales y en misión[25]. A diferencia de los anteriores preceptos ahora es

Derecho Judicial, Estudio de la prevención de riesgos laborales, 1, 1999 pág. 156; Matorras Díaz-Caneja, A. y López Álvarez, M. J., *Trabajadores especialmente sensibles. Concepto y obligaciones empresariales en materia de prevención*, Madrid, CEOE, 2016, p. 12.

[20] Agustí Juliá, J.: Los colectivos más protegidos: grupos especiales de riesgo. la protección en las relaciones de trabajos temporales o de duración determinada y en las empresas de trabajo temporal, Cuadernos de Derecho Judicial, Estudio de la prevención de riesgos laborales, 1, 1999 p. 156; Rodríguez Ramos, M. ª J. y Pérez Borrego, G.: En Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. La Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995. Editorial Aranzadi. Pamplona. 1996, pág. 406.

[21] Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE). Modificada por: Directiva 2014/27/UE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 por la que se modifican las Directivas 92/58/CEE, 92/85/CEE, 94/33/CE, 98/24/CE del Consejo y la Directiva 2004/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, a fin de adaptarlas al Reglamento (CE) nº 1272/2008 sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas.

[22] Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo. Modificada por: Directiva 2014/27/UE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 por la que se modifican las Directivas 92/58/CEE, 92/85/CEE, 94/33/CE, 98/24/CE del Consejo y la Directiva 2004/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, a fin de adaptarlas al Reglamento (CE) n o 1272/2008 sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas.

[23] Alfonso Mellado, C. L., Salcedo Beltrán, C. y Rosat Aced, I. (Coords.), *Prevención de riesgos laborales. Instrumentos de aplicación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, P. 715.

[24] Directiva del Consejo 91/383/CEE de 25 de junio de 1991 por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1991L0383:20070628:ES:PDF

[25] 1) *toda relación laboral regulada por un contrato de trabajo de duración determinada, celebrado directamente entre el empresario y el trabajador, en el que se determine el final del contrato mediante condiciones objetivas, tales como una fecha precisa, que se concluya una tarea determinada, que suceda un hecho determinado; 2) toda*

la temporalidad el factor de vulnerabilidad que genera un riesgo incrementado, no las características subjetivas o personales de los trabajadores. El primer apartado del art. 28 establece el principio de equiparación en materia de seguridad y salud de los trabajadores con relaciones de trabajo temporales o de duración determinada, así como los contratados por empresas de trabajo temporal, al resto de los trabajadores indefinidos de la empresa en la que preste sus servicios, de forma que la existencia de una relación de trabajo temporal (directa o indirecta) no justificará en ningún caso una diferencia de trato por lo que respecta a las condiciones de trabajo, en lo relativo a cualquiera de los aspectos de la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores[26].

2. Trabajadores especialmente sensibles en la Ley de prevención de riesgos laborales

A) El artículo 25 de la Ley de prevención de riesgos laborales

El artículo 25 de la norma preventiva, que hemos visto se denomina "*Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos",* supone la trasposición a nuestro derecho del artículo 15 de la Directiva Marco[27], que recoge la obligación de proteger a los grupos de trabajadores expuestos a riesgos especialmente sensibles.

Con algún matiz como unánimemente señala la doctrina científica, pues "hay una pequeña diferencia entre la Directiva marco y la Ley de prevención de riesgos laborales: la primera habla de grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles (atiende a los riesgos objetivos); la segunda, en cambio habla de trabajadores especialmente sensibles (en sentido subjetivo) por diversos motivos. La especialidad no estaría en el puesto de trabajo, sino en el trabajador"[28]. A diferencia de la Directiva son las condiciones personales del trabajador lo que dotan de relevancia al puesto de trabajo pues éste, si fuera desempeñado por otro trabajador no sensible no presentaría singularidad específica alguna ni siquiera especiales medidas de protección.

---

relación laboral entre una empresa de trabajo temporal, que es el empresario, y el trabajador, cuando este último sea adscrito a fin de trabajar para y bajo el control de una empresa y/o un establecimiento usuarios.

[26] Directiva 91/383/CEE, la finalidad que persigue el legislador con artículo 28 de la LPRL es intensificar el nivel de protección de los trabajadores temporales, -de duración determinada y de los trabajadores contratados por una ETT-, por el mayor número de accidentes de trabajo registrados, *"considerando que, según las investigaciones llevadas a cabo, se concluye que en general los trabajadores con relación laboral de duración determinada o en empresas de trabajo temporal están más expuestos que los demás trabajadores, en determinados sectores, a riesgos de accidentes de trabajo o de enfermedades profesionales"* para lo que incide en las obligaciones de información y formación a estos trabajadores y la coordinación imprescindible entre las empresas implicadas cuando se trata de trabajadores en misión.
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1991L0383:20070628:ES:PDF

[27] DIRECTIVA DEL CONSEJO de 12 de junio de 1989 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (89/391/CEE), - Directiva marco sobre salud y seguridad en el trabajo-, en la SECCION IV denominada DISPOSICIONES VARIAS el artículo 15 establece que "Los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica". Artículo del acervo europeo en el que se ha destacado la terminología un tanto confusa entre peligro y riesgo y que se refiere a «grupos», no a individuos (trabajadores).
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1989L0391:20081211:ES:PDF.

[28] En López Gandía, J. y Blasco Lahoz, J. F.: Curso de prevención de riesgos laborales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 222; en el mismo sentido entre otros: Agustí Juliá, J.: "Los colectivos más protegidos: grupos especiales de riesgo. la protección en las relaciones de trabajo temporales o de duración determinada y en las empresas de trabajo temporal", Cuadernos de Derecho Judicial, Estudio de la prevención de riesgos laborales, 1, 1999 pág. 156; Garcia Ninet, J. I., Vicente Palacio, A., "Artículo 25. Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos" en *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida M. N. (Coords.), Granada, Comares, 2004, p. 251; Meléndez Morillo-Velarde, L., "Comentario art. 25. Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos" en Sempere Navarro, A. V. (Dir.), Alzaga Ruiz, I. y Cardenal Carro, M. (Coords.), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Pamplona, Aranzadi, 2010, p. 405.

El presupuesto de hecho del artículo 25.1 de la Ley de prevención de riesgos laborales está configurado por la concurrencia de los aspectos subjetivo de la persona trabajadora causantes de su especial sensibilidad a determinados riesgos, unida al conocimiento empresarial de los mismos, anudando como consecuencia jurídica, la obligación básica del empresario de garantizar "de manera específica" la protección de su salud laboral que requiere de una actuación concreta por parte del empresario. En consecuencia, la prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles, pretende ir más allá de la fijación del estándar preventivo de forma que en la evaluación de riesgos y en la planificación se tengan presentes las características personales de aquellos que se definan como especialmente sensibles. Tratándose de una obligación cuyo fundamento se encuentra en la igualdad de trato y oportunidades de los trabajadores en relación con la seguridad e higiene en el trabajo, pues de no considera sus características personales, estado biológico o discapacidad el empresario les estaría colocando en un estándar de seguridad inferior al resto de los trabajadores y, en consecuencia, se les estarían desincentivando para acceder o mantenerse en el mercado laboral"[29].

En la Ley de prevención de riesgos laborales frente a la obligación preventiva genérica e indiferenciada del empresario con todos los trabajadores de la empresa, el artículo 25.1 otorga la protección selectiva y específica en favor de determinados colectivos de trabajadores concretando uno de los principios de la acción preventiva, "*adaptar el trabajo a la persona*" establecido en la Directiva marco (art. 6.2.d) y transpuesto al art. 15.1.d) de la LPRL con el mismo tenor literal[30], que obliga al empresario que organiza el trabajo en la empresa a priorizar la persona del trabajador y sus necesidades en el proceso productivo.

El artículo 25 de la Ley de prevención de riesgos laborales consta de dos apartados, estableciéndose en el párrafo primero del primero, con un carácter abierto al que nos referimos más adelante, quienes son trabajadores especialmente sensibles (TES): *"aquellas personas trabajadoras que por sus características personales o estado biológico conocido, incluidas aquellas que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo",* recogiendo la obligación empresarial de garantizar de manera específica la protección de estos trabajadores.

En el párrafo segundo del apartado primero del artículo, pensando en cuando no sea posible conjugar la protección de la salud del trabajador con la conservación de su empleo, establece la "no empleabilidad" de estos trabajadores: "*no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo"*. Cuestión directamente relacionada con la obligación por parte del empresario de adoptar los "ajustes razonables" a los que nos referiremos más adelante.

En el segundo apartado del artículo 25 de la Ley de prevención de riesgos laborales el bien jurídico protegido es la capacidad reproductora de hombres y mujeres siendo objeto de atención los factores que pueden incidir en la procreación[31] de estos trabajadores, resultando novedoso porque tradicionalmente se ha entendido la protección de esta función exclusivamente respecto de la mujer

[29] Lousada Arochena, J. F. y Ron Latas R. P., *La protección de la salud laboral de las personas trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2018, pp. 30 y 31.

[30] Art. 6. 2.d) de la Directiva marco y art. 15. 1.d) LPRL: "Aquellas personas trabajadoras que por sus características personales o estado biológico conocido, incluidas aquellas que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. La obligación de adaptar el trabajo a la persona que el art. 36. 5 ET en la redacción de 1995 recogió trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo.

[31] Sala Franco, T., *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 116.

trabajadora[32], y también porque protege no sólo la fertilidad o la capacidad de procrear, sino también el "desarrollo de la descendencia", esto es, la garantía de que las condiciones de trabajo no tendrán efectos negativos tanto para el nasciturus como del feto. Aunque la protección contra la alteración de la función reproductora que contiene este segundo apartado del art. 25 no incluye la tutela de la fecundación, pues ésta encuentra su sede natural en la tutela de la maternidad, del feto y del hijo lactante que diseña el art. 26 LPRL[33].

De este apartado segundo del precepto llama la atención que tiene una perspectiva distinta a la del primero que "tiende a tutelar a trabajadores especiales pero frente a cualquier tipo de riesgo mientras que en el segundo, protege a todos los trabajadores ahora si frente a riesgos particulares"[34]. Pues no atiende a factores subjetivos del trabajador para definir el riesgo, sino que utiliza la técnica más clásica de la normativa preventiva de atender a los factores objetivos del trabajo[35] y se protege especialmente la protección de la capacidad reproductora o de procreación de hombres y mujeres frente a determinados agentes de riesgo (físicos, químicos o biológicos con efectos mutagénicos -alteraciones provocadas en el ADN, esto es, en el código genético de la persona- o tóxicos para la reproducción -sustancias y preparados que, por inhalación, ingestión o penetración cutánea, pueden producir efectos negativos no hereditarios en la descendencia o afectar de forma negativa a la función o a la capacidad reproductora-) que pueden reducir la fertilidad o el desarrollo de la descendencia de unos y otras. También se ha hecho referencia a la necesidad de tomar en consideración no sólo los citados agentes que puedan tener efecto mutagénicos, sino también las edades de los trabajadores en la medida en que de esta depende su fertilidad o capacidad de procreación [36].

La ubicación de esta obligación en el párrafo segundo del art. 25 de la Ley de prevención de riesgos laborales resulta asistemática, tratándose de una especie de tutela previa a la que diseña el art. 26 LPRL para la mujer trabajadora, que al no distinguir por razón de género, debe precisarse que resulta de aplicación tanto a hombres como a mujeres, sean o no especialmente sensibles al riesgo laboral, por lo que su encaje en el art. 25 LPRL es, desde luego, poco acertado desde el punto de vista del contraste entre el enunciado inicial y el contenido real del precepto[37].

---

[32] Agustí Juliá, J.: "Los colectivos más protegidos: grupos especiales de riesgo: la protección en las relaciones de trabajo temporales o de duración determinada y en las empresas de trabajo temporal", Cuadernos de Derecho Judicial, *Estudio de la prevención de riesgos laborales*, 1999, p. 159. Por su parte en Meléndez Morillo-Velarde, L., "Comentario art. 25. Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos" en Sempere Navarro, A. V. (Dir.), Alzaga Ruiz, I. y Cardenal Carro, M. (Coords.), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Pamplona, Aranzadi, 2010, p. 421. llama la atención que "no se trata de una medida novedosa en nuestro ordenamiento jurídico. Antes de la Ley de prevención de riesgos laborales ya existían normas con esta finalidad como la Orden Ministerial del 15 de diciembre de 1965 sobre enfermedades profesionales, que prohibía el trabajo femenino en trabajos con riesgo de enfermedad causadas por el sulfuro de carbono, y el RD 53/1992, por el que se aprobaba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes, en el que se determinaba que las mujeres en condiciones de procrear no podían realizar trabajos con radiaciones ionizantes la dosis en el abdomen superen los 13 mSv en un trimestre".

[33] Miquel Àngel Purcalla Bonilla, M. A., "El empleador y su deber de prevención (II): Obligaciones específicas (colectivos especialmente sensibles)", en *Manual de la Prevención de Riesgos Laborales*, García González, G. y Garrigues Giménez, A. (Dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p.152.

[34] Garcia Ninet, J. I., Vicente Palacio, A., opus cit., p. 257, y señala como la *Ordenanza General* de *Seguridad e Higiene* en el *Trabajo (1971), norma preconstitucional, se refería "a los varones menores de 18 años, a las mujeres menores de 21 año, a las mujeres casadas en edad de procrear; y a las solteras, tres meses antes de contraer matrimonio, realizar trabajos expuestos a la radiaciones en dosis superiores a 1,5 Rems al año", fundiendo criterios objetivos (la edad de procrear) e ideológicos (el matrimonio), este último propio de una concepción muy caduca de la procreación.*

[35] Entre otros Matorras Díaz-Caneja, A. y López Álvarez, M. J., *Trabajadores especialmente sensibles. Concepto y obligaciones empresariales en materia de prevención*, Madrid, CEOE, 2016, p. 12; Lousada Arochena, J. F. y Ron Latas R. P., La protección de la salud laboral de las personas trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos, Albacete, Editorial Bomarzo, 2018, p. 11.

[36] Miquel Àngel Purcalla Bonilla, M. A., *opus cit*. p. 151.

[37] Ídem

B) Concepto abierto de trabajadores especialmente sensibles

El art. 25 de la Ley de prevención de riesgos laborales es un precepto abierto y genérico, que incluye las medidas de tutela a adoptar en todos aquellos casos de especial sensibilidad frente a los riesgos laborales que no tengan cabida en otros preceptos distintos de la misma, cuando no estén establecidos de modo singular para supuestos concretos. Por lo que hay dos planos de tutela reforzada de la especial sensibilidad al riesgo laboral, como directa derivación en nuestro ordenamiento de la normativas comunitarias sobre el particular; así la *específica* -"genérica" u "ordinaria" del art. 25.1 de la Ley de prevención de riesgos laborales, (art. 15 de la Directiva 89/391- y la *específica* "determinada" de los arts. 26, 27 y 28 de la misma ley.

De ahí que haya autores de la doctrina científica que piensan que los arts. 26 y 27 de la Ley de prevención de riesgos laborales son especificaciones y concreciones del art. 25 de la misma por lo que, por un lado actúa de guía interpretativa de estos, y por otro, estos artículos también pueden servir para orientar el propio art. 25, en base a una interpretación contextual y sistemática, ya que forman parte del mismo cuerpo normativo. Contrariamente otros opinan que el art. 25 de la Ley de prevención de riesgos laborales es una norma subsidiaria del art. 26 y 27 del texto legal[38].

Y es que para algunos autores de la doctrina científica, el artículo 25 de la Ley de prevención de riesgos laborales constituye el género y los siguientes las especies; para otros, "no solo el de género sino un cajón de sastre en el que caben otros supuestos que si bien comparten con los siguientes su especial vulnerabilidad, no se agotan en los mismos[39]. Se ha señalado como "norma escoba", pues el art. 25.1 se configura como el "precepto general y básico, como norma escoba de aquellos colectivos no protegidos más específica en la ley"[40]. En opinión de algunos autores este carácter abierto del precepto comporta elementos de incertidumbre e inseguridad jurídica que "complica la gestión de riesgos laborales en las empresas, y genera el riesgo añadido de que esta figura legal se acabe utilizando desviadamente como cajón de desastre, entendiendo que presta cobertura colectivos enteros aquejados de una genérica mayor vulnerabilidad, fragilidad o debilidad, pero que no tiene por qué estar necesariamente vinculada a los riesgos del trabajo"[41].

Una cuestión importante en la interpretación del artículo 25 es identificar quienes sean estos "trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales", cuestión en la que no vamos a profundizar pues excede este trabajo cuyo objeto de estudio viene delimitado a uno de los supuestos de trabajadores especialmente sensibles, los trabajadores con discapacidad que sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo.

Limitándonos a recoger el concepto de trabajador especialmente sensible al que llega la profesora Moreno Solana en su estudio sobre la materia: trabajador especialmente sensible puede ser cualquier trabajador cuyas características personales (en sentido amplio) dan lugar a un condicionante físico, psíquico o sensorial, que le hace particularmente más vulnerable a los riesgos del trabajo, riesgos profesionales que aparecen como consecuencia de esos condicionantes personales, o que siendo los riesgos que afectan a cualquier trabajador, en el caso de éstos se agravan como consecuencia de las particularidades que les caracterizan, y para los que el legislador ha previsto una tutela reforzada elevando el estándar de prevención establecido por la Ley de prevención de riesgos laborales. Además, será indistinto que pertenezca a un colectivo de trabajadores que tienen como característica común un

[38] Sobre este debate doctrinal véase Moreno Solana, A., *La Prevención de Riesgos Laborales de los Trabajadores Especialmente Sensibles,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 28 y 29.

[39] Garcia Ninet, J. I., Vicente Palacio, A., *opus cit*., p. 251.

[40] Agustí Juliá, J.: "Los colectivos más protegidos: grupos especiales de riesgo: la protección en las relaciones de trabajo temporales o de duración determinada y en las empresas de trabajo temporal", Cuadernos de Derecho Judicial, *Estudio de la prevención de riesgos laborales*, 1999, p. y Lousada Arochena, J. F. y Ron Latas R. P., *La protección de la salud…opus cit.* p. 12.

[41] Matorras Díaz-Caneja, A. y López Álvarez, M. J., *Trabajadores especialmente sensibles. Concepto y obligaciones empresariales en materia de prevención*, Madrid, CEOE, 2016, p. 12.

determinado condicionante físico, psíquico o sensorial, o que se trate de cualquier trabajador que, sin pertenecer a un colectivo, también muestre una particularidad a los riesgos del trabajo[42]. Se tiene en cuenta ante todo que esta especial sensibilidad no se predica respecto de colectivos de trabajadores, sino de trabajadores individuales, y no se predica genéricamente, sino relacionada con los riesgos presentes en el puesto de trabajo. Tampoco se identifica con enfermedad, ni con reconocimiento administrativo. La especial sensibilidad se corresponde a un concepto de vulnerabilidad objetiva del trabajador.

En prevención de riesgos laborales, la sensibilidad es una condición personal que se exterioriza en una mayor o menor receptividad a los riesgos del trabajo que la persona realiza. Si la sensibilidad permite detectar las variaciones físicas o químicas que provienen del interior o el exterior del individuo, la sensibilidad a los riesgos es la reacción física o psíquica del trabajador, a las condiciones del trabajo en las que se encuentra inmerso. En este sentido todos los trabajadores al enfrentarse a los riesgos que derivan del trabajo son susceptibles de sufrir un daño. Por lo tanto, se puede afirmar sin lugar a dudas, que todos los trabajadores pueden ser sensibles a los riesgos laborales, si bien en diferente grado[43].

Según la NTP 959 (2012) "desde el punto de vista técnico se debería considerar especialmente sensible a cualquier trabajador que, con independencia de su pertenencia a un colectivo determinado (por sexo, estado de salud, edad, tipo de contrato, etc.) presenta unas características personales de tipo físico, mental o sensorial que le hacen especialmente vulnerable a los factores de riesgo laboral o cuyos riesgos propios pueden verse agravados por el desempeño de su trabajo[44].

C) Clases de trabajadores especialmente sensibles

La ley agrupa presupuestos heterogéneos que tienen en común que en todos ellos se trata de protegerlos específicamente por ser especialmente sensibles los trabajadores a los riesgos de la empresa en función del concreto puesto de trabajo que desempeñen, son:

a) Trabajadores especialmente sensibles por sus características personales.

b) Trabajadores especialmente sensibles por su estado biológico conocido.

c) Trabajadores especialmente sensibles por tener "reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial"[45].

[42] Moreno Solana, A., 2010, *opus cit*., p. 57. Se refiera a todos los trabajadores integrados en la plantilla cualquiera que sea la fórmula de contratación y el tipo de contrato, indefinido y temporal, con jornada completa y a tiempo parcial, y sin exclusión apriorística basada en el nivel profesional. También los trabajadores autónomos que eventualmente presten servicios en las dependencias empresariales; en los casos de subcontratación de obras o servicios. Concepto también recogido en Fernández Orrico, F. J., "Reconocimiento de la discapacidad, baremación y conexión con otras figuras cercanas: problemas y propuestas de solución" en *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*, Fernández Orrico, F. J. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 163.

[43] Ídem, p. 32.

[44] El *Instituto* Nacional de *Seguridad y* Salud en el *Trabajo INSST* (antiguo Instituto de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT) publica periódicamente desde el año 1982 una serie de Notas Técnicas de Prevención (NTP) que recogen información muy interesante respecto a la temática preventiva. Son guías de buenas prácticas cuyas indicaciones no son obligatorias salvo que estén recogidas en una disposición normativa vigente, por tanto no son legislación propiamente dicha. Respecto al tema de los discapacitados, en la última serie aparecieron dos notas respecto al diseño de puestos de las personas con discapacidad: • La NTP 1003: Diseño de puestos ocupados por personas con discapacidad: principios básicos, y • La NTP 1004: Diseño de puestos ocupados por personas con discapacidad: adaptación y accesibilidad.

[45] Conforme a la enmienda aprobadas por el Senado al art 25 del Proyecto de Ley de prevención de riesgos laborales: "Tiene, en cambio, un mayor alcance, la enmienda que afecta al primer apartado del artículo 25, que supone darle al mismo una nueva redacción completa. En dicha redacción se trata de incluir en el ámbito de protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos a aquellos que tengan reconocida la situación de

Es necesario recordar que la salud y la protección de "*categorías especiales de trabajadores*" ha estado presente en España desde las primeras intervenciones del Estado en la "cuestión social", desde los inicios de la legislación social finales del siglo XIX, y durante el siglo XX por lo que antes de la Ley de prevención de riesgos laborales tenemos antecedentes en distintas normas preventivas, en normas de carácter laboral y de seguridad social, entre otras, por orden cronológico, señalar las siguientes[46]:

— El Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en la Sección 2.ª Disposiciones sobre seguridad e higiene en el trabajo en el Régimen General el art. 189 recogía "Categorías especiales de trabajadores": *Sin perjuicio de las normas específicas sobre trabajos prohibidos a mujeres y menores, las personas que sufran defectos o dolencias físicas, tales como epilepsia, calambres, vértigos, sordera, vista defectuosa o cualquier otra debilidad o enfermedad de efectos análogos, no serán empleadas en máquinas o trabajos en los cuales, a causa de dichos defectos o dolencias puedan, ellas o sus compañeros de trabajo, ponerse en especial peligro*[47].

— En la Orden de 9 de marzo de 1971 por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo[48] (OSHT), no se hacía alusión expresa a los trabajadores con su discapacidad, como tampoco a los trabajadores especialmente sensibles, pero sí había referencias expresas con un carácter muy amplio a esta situación es en los artículos: el artículo 7.6, *"son obligaciones generales del empresario: observar con todo rigor y exactitud las normas vigentes relativas a trabajos prohibidos a mujeres y menores e impedir la ocupación de trabajadores en máquinas a actividades peligrosas cuando los mismos sufran dolencias o defectos físicos, tales como epilepsia, calambres, vértigos, sordera, anomalías de visión u otros análogos, o se encuentren en estados o situaciones que no respondan a las exigencias psicofísicas de sus respectivos puestos de trabajo*"; y el artículo 10.4.4 del texto legal, "*el personal directivo, técnico y los mandos intermedios en la Empresa tendrán, dentro de sus respectivas competencias, las siguientes obligaciones y derechos: Impedir que mujeres y menores se ocupen de trabajos prohibidos a los mismos, así como el de aquellos trabajadores en los que se advierta estados o situaciones de los que pudieran derivarse graves peligros para su vida o salud o la de sus compañeros de trabajo*".

— El Decreto de 26 de julio de 1957, por el que se fijan los trabajos prohibidos a mujeres y menores.

discapacidad física, psíquica o sensorial. Boletín oficial de las Cortes Generales, de 21 de octubre de 1995 ttps://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/BOCG/A/A_099-13.PDF

[46] En relación a los antecedentes normativos véase: Fernández Marcos, L. Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 63; Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A., "La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de Accidente de Trabajo. (Dimensión preventiva y reparadora)" en *Tratado de salud laboral. Aspectos Jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales,* Monereo Pérez, J. L. y Rivas Vallejo, M. P. (Dirs.), Pamplona, Aranzadi, 2012, T. I., p.90; Diaz Aznarte, M. T., "La protección de trabajadores especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo" en Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete C. (Dirs.), Olarte Encabo, S. y Fernández Avilés, J. A. (Coords.), *Tratado de prevención de riesgos laborales. Teoría y práctica,* Madrid, Tecnos, 2015, p. 253.

[47] https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1974-1165

[48] https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1971-380

3. Los trabajadores con discapacidad especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo

Los "*trabajadores con discapacidad física, psíquica o sensorial reconocida*" que sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo engloban uno de los supuestos que integran el art 25.1 de la Ley de prevención de riesgos laborales como "*trabajadores especialmente sensibles*" sobre el que se construye el régimen legal de tutela reforzada en la Ley de prevención de riesgos laborales. Pero la discapacidad, reconocida o no, también tiene proyección en el ámbito de empleo, en el ámbito y en la Seguridad Social sin que el concepto de trabajador con discapacidad tenga que coincidir en todos estos otros ámbitos normativos.

Pero aunque en materia de prevención las personas con discapacidad son consideradas trabajadores especialmente sensibles es controvertida la propia conceptuación de la figura del "trabajador con discapacidad" respecto de la figura del "trabajador especialmente sensible" recogida en el artículo 25 de la Ley de prevención de riesgos laborales. Es importante señalar que ser especialmente sensible no equivale a ser discapacitado, y que se puede ser trabajador con una discapacidad reconocida y no ser especialmente sensible a los riesgos que provoca el trabajo específico que se desarrolla. Son supuestos regulados en el mismo precepto, pero no son idénticas situaciones personales.

No debe identificarse el ser reconocido como trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, que no permite al trabajador desempeñar determinados puestos de trabajo al suponer un riesgo para su propia salud o para otras personas, con el ser portador de una discapacidad en el sentido con el que mayoritariamente se viene interpretando la Ley de prevención de riesgos laborales con otras normas sobre discapacidad y salud laboral a nivel internacional y nacional llegando a los conceptos de discapacidad y trabajar dos discapacitado que vemos a continuación.

Al ser objeto de otro capítulo de esta obra no entramos en el estudio del conjunto de las norma del ordenamiento jurídico-positivo que tiene como objeto la discapacidad, caracterizadas de por su dispersión y por su transversalidad, tratándose en realidad como han puesto de manifiesto autores que la doctrina científica, de un "subsector del ordenamiento jurídico", que cuenta con normas prácticamente en todas las ramas del Derecho y principios propios de cada una de esas ramas[49], solo nos vamos a referir a algunas y de forma limitada en relación a la seguridad y salud laboral de las personas con discapacidad.

A) Discapacidad y trabajador discapacitado en la Ley de prevención de riesgos laborales

El art. 25 de la Ley de prevención de riesgos laborales hace referencia a los trabajadores con discapacidad en los dos párrafos que lo integran: en el primero se refiere a los trabajadores que tengan "reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial"; y en el segundo en sentido inverso, a la "discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida".

La alusión en la Ley a "trabajador que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial" en la Ley de prevención de riesgos laborales se introdujo por la aprobación de la enmienda presentada por el grupo parlamentario socialista al artículo 25 y aprobada por el Senado que afecta al primer apartado del artículo 25, y que supone darle al mismo una nueva redacción completa con una mejor técnica introduciendo el termino discapacidad y tratando de incluir en el ámbito de protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos a aquellos que tengan

[49] Olarte Encabo, S., "Protección jurídica de la discapacidad y sus fuentes reguladoras", en Monereo Pérez, J. L.; Moreno Vida, M. N.; Márquez Prieto, A., Maldonado Molina, J. A. (Dirs.), López Insua, M. B. (Coord.), *La Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, p. 107.

reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial[50]. Teniendo en cuenta la fecha de publicación de la ley y de las directivas que traspone al derecho interno la terminología empleada se corresponde con el concepto y clases de discapacidad de la OMS y la Clasificación Internacional de Funcionamiento, Discapacidad y Salud (CIF)[51] hoy ya sustituidos a nivel internacional por la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Atendiendo al tenor literal del artículo 25.1 de la Ley de prevención de riesgos laborales se suscitó el debate doctrinal acerca de que había de entenderse por trabajadores con discapacidad a efectos de esta ley, con la finalidad de establecer la delimitación subjetiva de este colectivo en aras a la certeza jurídica de quiénes son los beneficiarios de la tutela reforzada que establece, sin que en ningún caso ningún trabajador discapacitado quede desprotegido como veremos.

El precepto lo único que establece claramente y en dos ocasiones es que la discapacidad debe estar "debidamente reconocida" para obligar al empresario a la adopción de las concretas medidas de prevención de la protección específica de los trabajadores especialmente sensibles, pero no hace alusión a lo que debe entenderse por discapacidad física, psíquica o sensorial, ni a que entender por discapacidad reconocida, ni a quién tiene que reconocerla.

Lo que ha llevado a plantearse en primer lugar, si trabajadores con discapacidad a efectos del artículo 25.1 de la Ley de prevención de riesgos laborales son solo aquellos que tengan debidamente acreditada la misma o no. Y en segundo lugar, en caso de que los trabajadores tengan que acreditar la "discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida" la preguntas son qué se entiende por "debidamente"; y si serán trabajadores especialmente sensibles aquellos con una discapacidad debidamente reconocida que alcance el 33% de minusvalía, o serán trabajadores especialmente sensibles aquellos que tengan reconocida una situación de discapacidad física, psíquica y sensorial, sin establecer ninguna limitación al grado de discapacidad u otros extremos con los que se pudiera relacionar o atendiendo un concepto amplio de discapacidad serán trabajadores discapacitados "aquellos que tengas discapacidad física, psíquica y sensorial disminuida en grado suficiente como para que los riesgos derivados de su puesto de trabajo le afecten en mayor medida que al resto de sus compañeros, siendo además esta discapacidad reconocida"[52].

En el momento presente, aunque la Ley de prevención de riesgos laborales no se refiere de forma expresa a la discapacidad, ni tampoco se fija el término" trabajadores con discapacidad" o "trabajadores discapacitados" como hemos señalado, hay interpretarla trasladando a esta los cambios introducidos en las normas sobre discapacidad como consecuencia de la *Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad* (CDPD) que se basa en los principios de no discriminación, participación e inclusión social, igualdad de oportunidades y accesibilidad y conceptúa con carácter amplio el concepto de discapacidad y de personas con discapacidad en el mismo artículo uno: quienes "tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con

[50] De los trabajos parlamentarios de la Ley de Prevención de riesgos laborales, no parece deducirse que el legislador quisiera modificar el concepto tradicional de minusválido, sino que probablemente optó por la denominación nueva simplemente por el uso creciente. En este sentido el término discapacidad fue incluido a través de la enmienda núm. 98 presentada por el Grupo Parlamentario socialista como una mejor técnica del art. 25.1:.Boletín Oficial del congreso de los Diputados, Serie E, núm. 83, de 12 de septiembre de 1995, p. 65. Boletín oficial de las Cortes Generales, de 21 de octubre de 1995 https://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/BOCG/A/A_099-13.PDF Conforme a la enmienda aprobadas por el Senado al art 25 del Proyecto de Ley de prevención de riesgos laborales: "Tiene, en cambio, un mayor alcance, la enmienda que afecta al primer apartado del artículo 25, que supone darle al mismo una nueva redacción completa. En dicha redacción se trata de incluir en el ámbito de protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos a aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial. Boletín oficial de las Cortes Generales, de 21 de octubre de 1995 https://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/BOCG/A/A_099-13.PDF

[51] https://www3.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=3562:2010-clasificacion-internacional-funcionamiento-discapacidad-salud-cif&Itemid=2561&lang=es

[52] Moreno Solana, A., 2010, *opus cit*., p. 318.

diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

De acuerdo con la *Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad* el *Real Decreto Legislativo 1/2013, de29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social* (TRLGDPD)[53], en el artículo 2.a) define la discapacidad como la *"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";* y en el art. 4 establece el concepto de "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*. Y en el apartado 2 del precepto establece que "*además de lo establecido en el 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*[54].

La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional conforme al RD 1971/1999, de 23 de diciembre de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía[55].

---

[53] El Real Decreto Legislativo 1/2013 el que de acuerdo con la *Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad,* supera el modelo médico definitivamente asumiendo la perspectiva social y de derechos, y capacidades, que configura la discapacidad como un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales están originadas o agravadas por el entorno social, derogando *la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (*LIONDAU) y a la ley a la que sucede, la primera ley aprobada en España dirigida a regular la atención y los apoyos a las personas con discapacidad y sus familias que fue la *Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad,* fue y supuso un avance relevante para la época, recientemente objeto de reforma por *la Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación* publicada en el BOE del primer día de abril y con entrada al día siguiente.
https://www.laboral-social.com/ley-6-2022-regulacion-accesibilidad-cognitiva-personas-discapacidad-inclusion-social.html

[54] En el mismo sentido el art. 2.2 de la *Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía* 2. Se consideran personas con discapacidad las definidas en los apartados 1 y 2 del artículo 4 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. Disponible en https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-11910.

[55] El RD 1971/1999, de 23 de diciembre, modificado, entre otros, por RD 1169/2003, de 12 de septiembre para la afección por VIH, y completado por Orden de 2-11-2000 que establece los baremos para la determinación del grado de minusvalía del sujeto. La Ley 51/2003 desarrollada por el RD 1414/2006 también ha incidido en este terreno, al delimitar la condición de discapacitado. Desde la entrada en vigor del RD 290/2004, de 20 febrero se exige que en los certificados y resoluciones de reconocimiento del grado de minusvalía se haga constar el tipo del que se trata (psíquica, física o sensorial), como mención complementaria. Finalmente, con el RD 1856/2009, de 4 de diciembre se incorpora una disposición adicional segunda sobre actualizaciones terminológicas y conceptuales en consonancia con lo establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Dependencia de forma que, en aquellos casos en los que se hablaba de "minusvalía" ahora se debe hablar de "discapacidad" y en aquellos otros en los que se hablaba de "discapacidad" ahora debe hablarse de "limitaciones en la actividad" entendiéndose esto último, como dificultades que un individuo puede tener para realizar actividades, expresadas en porcentaje, abarcando desde una desviación

La doctrina científica y doctrinal mayoritaria ha elaborado un concepto de trabajador discapacitado en materia de prevención de riesgos laborales, que permite saber con cierta seguridad jurídica, quienes son los beneficiarios de la protección que dispensa el art. 25.1 de la Ley de prevención de riesgos laborales, es "trabajador discapacitado especialmente sensible aquel que tenga una discapacidad física, psíquica o sensorial, que sea sobrevenida, congénita o profesional, temporal o permanente, pero que esté debidamente reconocida, entendiendo por tal, que sea calificada en alguno de los grados de minusvalía, quedando obstaculizada la participación en la vida profesional durante un lago periodo de tiempo"[56].

Más actualizada, recogiendo el carácter de "larga duración" el Tribunal de Justicia ha considerado que el concepto de «discapacidad», debe entenderse referido a una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden 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.

Teniendo en cuenta estas dos definiciones son notas delimitadoras del concepto de discapacidad y trabajador discapacitado que habrá que tener en cuenta en la interpretación del artículo 25 de la Ley de prevención de riesgos laborales, las siguientes:

-la discapacidad incluye no solamente las deficiencias "físicas psíquicas y sensoriales" pues aunque en la Ley de prevención de riesgos laborales no se hace referencia a las personas con discapacidad intelectual y con discapacidad mental hay que entender que están dentro de las clases de discapacidad al estar expresamente incluidas, suprimiendo la referencia a la discapacidad psíquica, en el concepto que se recoge en el artículo uno del Real Decreto Legislativo 1/2013, de29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos *de las personas con discapacidad y su inclusión social*, de esta forma son personas con discapacidad aquellas que «presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales».

Entendemos que es distinto y por tanto no incluidos en el concepto de discapacidad a no ser que deriven en una discapacidad reconocida, otras "causas sociales" de trabajadores alcohólicos, ex presidiarios, inadaptados sociales, en edad avanzada afectados por el desfase formativo etc., a los que el empresario debe otorgar la especial protección del artículo 25 pero se encuadrarían en la noción legal de trabajadores especialmente sensibles por sus "características personales".

- Se plantea el interrogante al no establecer nada el artículo 25 de la Ley de prevención de riesgos laborales, si la condición de discapacitado debe estar reconocida por el organismo oficial correspondiente, esto es, si debe tratarse de una incapacidad permanente reconocida en el ámbito de la Seguridad Social por la Entidad Gestora competente, tanto en el nivel contributivo como no contributivo[57], o si se trata de un reconocimiento por algún organismo de cualquier instancia médica (Médico del Servicio Público de Salud; la unidad de vigilancia de la salud del Servicio de Prevención de la empresa,…) que pudiera reconocer la existencia de discapacidad necesitada de protección desde la LPRL. Siendo esta segunda opción la que en aras a una interpretación extensa y atendiendo a la finalidad última de proteger a los trabajadores discapacitados, entendemos que no es requisito imprescindible la declaración de discapacidad por un organismo oficial sino que sería suficiente con que tal reconocimiento de la discapacidad se hiciera por personal médico o sanitario, sin que tenga que partir obligatoriamente el reconocimiento del médico del régimen de la Seguridad Social aplicable que corresponda a la empresa pues cuando así se ha querido, la Ley lo ha manifestado expresamente[58].

leve hasta una grave, comparándola con la manera en que la realizaría una persona sin esa condición. Disponible en https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-1546&p=20121011&tn=6

[56] Véase Moreno Solana, A., 2010, *opus cit*., p. 324; en el mismo sentido Martínez-Pujalte, A. L., "El concepto de discapacidad…opus cit, 2021, p. 165;

[57] Meléndez Morillo-Velarde, L., "Comentario art. 25, 2010, *opus cit*., p. 410.

[58] Iglesias Cabero, M., Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Madrid, Civitas, 1997, p. 141; Moreno Solana, A., 2010, *opus cit*., p. 322;

- La Ley tampoco no hace referencia alguna al grado de la discapacidad para la adopción de las medidas de prevención y protección reforzada por lo que ante este silencio se interpreta que pueden aplicarse a cualquier grado de discapacidad, entendiendo que el concepto de discapacidad que se recogen la norma preventiva tiene un carácter mucho más amplio que equipararlo al de un trabajador que tenga reconocida una discapacidad superior al de 33 %, pues lo relevante es que se encuentre en una situación de menor capacidad reconocida como para que los riesgos derivados de su puesto de trabajo le afecten en mayor medida que al resto de sus compañeros[59]. La opción de la jurisprudencia y de la doctrina mayoritaria se inclina por la elección de un concepto amplio de discapacitado mediante el que se da cobertura, no sólo a un mayor número de sujetos, sino también a un mayor tipo de discapacidades o disminuciones en la capacidad para trabajar, que en conexión con el puesto de trabajo y las funciones, podrían poner en peligro la seguridad y la salud del trabajador[60].

-La discapacidad a efectos de la protección del artículo 25 de la Ley de prevención de riesgos laborales puede ser tanto originaria como sobrevenida o posterior al hecho de la contratación laboral, del mismo modo que pueden ser los riesgos, pues la empresa puede cambiar su sistemas de trabajo, su instrumentos, su sustancias, su condiciones en general, y ello comportar que anteriormente eran plenamente válidas para el trabajo, en nuevo cambio les puedan suponer un mayor gravosidad o riesgo para su salud[61]. Por lo que se incluyen a quienes ya tenían una discapacidad en el momento de su contratación e ingreso en la empresa, como quienes hayan sufrido algún accidente o hayan contraído alguna enfermedad que les haya producido la discapacidad reconocida, y con independencia también de que sea debida a contingencias comunes o profesionales[62].

- Elemento característico de la discapacidad es la "permanencia" o "larga duración" que va a determinar la diferencia entre enfermedad y discapacidad que no son términos susceptibles de ser comparados, pues pertenecen a planos diferentes: la enfermedad es un concepto médico, mientras que la discapacidad responde a un concepto jurídico. La cuestión en conflicto va más allá de la enfermedad o accidente, ya que ambas situaciones se insertan en el concepto jurídico de incapacidad temporal. En efecto, la enfermedad, por la que se suspende el contrato de trabajo y da origen a prestaciones de Seguridad Social se sustancia a través de la figura de la incapacidad temporal, con un régimen jurídico propio, el de Seguridad Social. Mientras que la discapacidad opera en un régimen distinto

[59] Luque Parra, M., "Marco jurídico, obligaciones principales y responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral" en *Salud laboral. Conceptos y técnicas para la prevención de riesgos laborales*, VV. AA., Barcelona, 2007, p. 62 y 63.

[60] En sentido contrario Fernández Orrico, F. J., "Reconocimiento de la discapacidad, baremación y conexión con otras figuras cercanas: problemas y propuestas de solución" en *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*, Fernández Orrico, F. J. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 166: La conexión concreta que presenta la discapacidad, precisamente por ser uno de los colectivos incluidos como especialmente sensibles a determinados riesgos, cabe interpretar, según el art. 25 LPRL, que si un trabajador que presenta una situación de discapacidad no le fuera reconocida la protección por no alcanzar ese grado del 33% de discapacidad, le quedaría esa red de seguridad de considerarse como especialmente sensible a determinados riesgos, gracias a que la protección no solo va dirigida a determinados colectivos como las personas con discapacidad, menores, situación de maternidad etc., sino que lo que se protege es a las personas que presentan esa especial sensibilidad ante determinados riesgos profesionales, con independencia de pertenecer o no a un determinado grupo de riesgo, como sería el de los trabajadores con discapacidad. Bien es verdad que este último grupo es el que más posibilidades tiene de sufrir las consecuencias de determinados riesgos profesionales.

[61] Garcia Ninet, J. I., Vicente Palacio, A., "Artículo 25. Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos" en *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida M. N. (Coords.), Granada, Comares, 2004, p. 253; Luque Parra, M., "Marco jurídico, obligaciones principales y responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral" en *Salud laboral. Conceptos y técnicas para la prevención de riesgos laborales*, VV. AA., Barcelona, 2007, p. 62 y 63.

[62] Meléndez Morillo-Velarde, L., "Comentario art. 25, 2010, *opus cit*., p. 410 y Moreno Solana, A., 2010, *opus cit*., p. 117.

y obedece a un concepto muy diferente, pese a que la enfermedad sea tratada como discapacidad cuando concurren las notas del artículo 1 de la Convención Internacional 2006[63]

-Requisito imprescindible es que el empresario tenga conocimiento de la discapacidad en relación a la obligación a adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias como trabajador especialmente sensible, en caso desconocimiento decae la obligación empresarial[64]. El conocimiento se produce si el trabajador tiene reconocida la discapacidad y la acredita; o en los supuestos en los que el trabajador sufriendo una discapacidad, física psíquica o sensorial, no le haya sido "debidamente reconocida" pero sí sea conocida por el empresario porque el propio trabajador informe de su estado normalmente, bien en el momento de ser contratado o en un momento posterior; también, a través de los reconocimientos médicos periódicos, el personal sanitario podrá detectar, estudiar y valorar estas situaciones de riesgo y proponer las medidas adecuadas [art. 37.3.g) RSP]; en todo caso, la observación de síntomas extraños por el personal de mando o encargados de la seguridad y salud laboral en la empresa constituirá otra vía de identificación de estos trabajadores. Siendo, desde luego, la evaluación de los riesgos el momento adecuado para tenerlos en cuenta[65].

Es importante matizar que al supuesto de conocimiento del empresario o se preveía asimilar la situación de no haber desplegado la diligencia debida para poder conocer, de modo que el empresario no podrá alegar desconocimiento para exonerar se de toda responsabilidad sí pudo y debió haber conocido, lo que sucede por ejemplo cuando el estado de que se trate es notorio. Es decir, a la empresa no le basta con alegar desconocimiento (ignorancia psicológica), sino que debe acreditar que si no conoció fue porque no pudo y debió haber conocido (ignorancia ética)[66].

B) La protección "específica" preventiva de los riesgos laborales a los trabajadores con discapacidad

En apartados anteriores nos hemos referido al artículo 25.1 de la Ley de prevención de riesgos laborales como un supuesto de tutela preventiva reforzada de la especial sensibilidad al riesgo laboral, estableciendo la obligación al empresario de garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo.

Pero a diferencia de la protección detallada que se recoge para algunos supuestos de trabajadores especialmente sensibles en los artículos los artículos 26 (maternidad y lactancia) y 27 (menores) de la norma preventiva estableciendo concretas medidas de actuación por parte del empresario, en el artículo 25 no se contemplan ninguna, estableciendo el legislador de forma genérica "*a tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias"*.

De esta forma son dos tipos de medidas las que el empresario debe adoptar con todos los trabajadores que como característica común tiene la de hallarse en situaciones que les convierten en especialmente sensibles a los riesgos del trabajo:

---

[63] Fernández Orrico, F. J., opus cit., 2021, p. 151 "La cuestión primordial es que no se acierta a descubrir, cómo es posible que la incapacidad temporal cuando deriva de enfermedad o accidente puede equipararse a una discapacidad, pues uno de los dos elementos característicos de la discapacidad es la "permanencia" o "larga duración", y es obvio que la situación de incapacidad temporal por definición tiene naturaleza fugaz y transitoria, pese a que el TJUE entiende que podría derivar en discapacidad si la enfermedad fuera de "larga duración". Sin que, por otro lado, se haya definido lo que significa larga duración: seis meses, un año, dos, tres…"

[64] Iglesias Cabero, M., Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Madrid, Civitas, 2008, p. 165.

[65] Sala Franco, T., *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 116

[66] Lousada Arochena, J. F. y Ron Latas R. P., *La protección de la salud laboral de las personas trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2018, p. 26.

-Tener en cuenta las circunstancias (todas la del art. 25.1 LPRL) en las evaluaciones de los riesgos, adoptando las medidas preventivas y de protección específicas, que en caso que nos ocupa habrá que tener en cuenta la discapacidad física psíquica o sensorial reconocida.

- la prohibición de asignarlos a puestos de trabajo incompatibles con sus características personales o estado biológico o de discapacidad, de manera que puedan ponerse en peligro ellos mismos, otros trabajadores de la empresa, o personas que en un momento dado puedan tener relación con la misma[67]. Obligación que no solamente ampara estos trabajadores sino que además, de forma indirecta vela por la seguridad del resto del personal relacionado con la empresa, y abarca no sólo los puesto de trabajo que supongan un riego efectivo el real ya constatado, sino que con el término "puedan" se extiende también aquellos puesto de trabajo que potencialmente puedan generar un riesgo para este colectivo para el resto de trabajadores y personal de la empresa[68].

Ante esta situación de indeterminación del precepto que ha planteado y sigue haciéndolo diversas cuestiones de gran interés en la aplicación práctica de la Ley de prevención de riesgos laborales, se propone por la doctrina científica la necesidad de incorporación en el precepto normativo medidas similares a las que se establecen en el caso de la maternidad[69], pues junto a la falta de desarrollo reglamentario y ante la poca intervención de los agentes sociales en esta materia través de los convenios colectivos como analizamos a continuación, han sido los tribunales laborales los que han dado respuesta acudiendo para ello a las normas internacionales que establecen una cobertura legal más concreta.

En este sentido, sin entrar al fondo la limitación propia en la extensión de este escrito, hay que hacer referencia a la aplicación de los ajustes razonables en el ámbito laboral, y en materia de la salud laboral de los trabajadores con la reciente sentencia del TJUE de 10 de febrero de 2022 (asunto C-485/20) conforme al art 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación estableciendo que 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 en la que se define la denegación de un ajuste razonable como discriminación.

Recordemos que el artículo 27.1 j) de la *Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad* establece la obligación de los Estados de "velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo", estableciendo en el artículo 2 por "ajustes razonables" se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales que también se recogen en *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (art. 2) y en Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía (art. 4 m).*

III. LOS CONVENIOS COLECTIVOS Y LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD

Los convenios colectivos tienen un papel importante en el establecimiento de las condiciones de protección de la seguridad y salud de los trabajadores, mejorando y desarrollando los mínimos de

[67] González Ortega, S. "La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución". *Revista de Política Social, núm.* 121, 1979; Sala Franco, T., *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 117.

[68] Iglesias Cabero, M., Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Madrid, Civitas, 2008, p. 166.

[69] El art. 26 LPRL establece como es sabido de forma escalonada, la crece de forma escalonada la adaptación de las condiciones o/y del tiempo de trabajo; de no ser posible, el cambio de puesto de trabajo o de función; y si esto tampoco fuera posible, habría que recurrir a otras instituciones que permitieran una suspensión del contrato de trabajo.

Derecho necesario e indisponible establecidos en la LPRL y en las normas reglamentarias tal y como establece el art. 2.2 LPRL.

Existe una relación de subordinación desde un punto de vista jerárquico del convenio frente a la Ley, por lo que el convenio colectivo debe limitarse a cumplir una función de mejora del contenido de las normas estatales, sin olvidar que la regulación de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo es una labor fundamentalmente normativa, por lo que si se aprecia algún vacío de regulación en la materia, se debe exigir al legislador su cobertura y no permitir que el convenio colectivo se convierta por sistema en el sustituto de la regulación legal o reglamentaria[70] .

Esta función del convenio colectivo de especificar, completar y desarrollar lo dispuesto por la Ley[71], tiene su reflejo en la doctrina jurisprudencial que establece desde hace años la subordinación de los convenios colectivos a lo dispuesto en el artículo 25.1 de la LPRL pudiendo hacer tres afirmaciones: "una, el convenio colectivo no puede contradecir en ningún caso las previsiones legales; dos, las previsiones legales se aplicarán a falta de convenio colectivo; tres, el convenio colectivo puede establecer mejoras de las de las previsiones legales en cuyo caso se estará a las exigencias fijadas en la norma convencional"[72].

Son pocos convenios colectivos que hacen referencia a la protección de los trabajadores que por su situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, y cuando lo hacen es junto al resto de los trabajadores especialmente sensibles del art. 25.1 de la LPRL que tienen una protección legal más determinada y no como supuesto diferenciado, y generalmente no lo hacen para establecer una mejora del precepto legal en aspectos concretos de la protección, sino que se limitan a incluir compromisos genéricos como no asignarles tareas que impliquen especiales riesgos; compromiso de una mayor vigilancia en general; funciones de control a los representantes de la prevención en la empresa; garantizarles una protección específica que no se concreta…etc.

Cuestiones por las que es reiterada en la doctrina científica la afirmación de que el tratamiento que da la negociación colectiva a esta materia no refleja, ni cuantitativa ni cualitativamente, su importancia objetiva, tanto en lo relativo a los bienes jurídicamente protegidos cuanto al interés manifestado en este ámbito por los agentes sociales y muy especialmente por los sindicatos[73].

Concluyendo siguiendo los estudios en la materia que la negociación colectiva no aporta novedades sustanciales al marco jurídico protector de los trabajadores con discapacidad establecido en el art. 25.1 de la LPRL, soliendo reproducir con las mismas o parecidas palabras el precepto legal, destacando en algunos convenios colectivo como reglas novedosas: la exigencia en el convenio colectivo de forma expresa de que para garantizar la seguridad y salud del trabajador con discapacidad, no basta con que tenga reconocida y acreditada una discapacidad (física, psíquica o sensorial) sino que también se exige que sea comunicada la empresa de manera fehaciente; otros reconocer expresamente las medidas preventivas también para trabajadores con discapacidad sobrevenida a su ingreso en la

[70] Cruz Villalón, J., "El Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2003 desde la perspectiva jurídica", RL, núm. 21, 2003, pág. 33 apud Meléndez Morillo-Velarde, L., Pérez Campos, A. I.; San Martín Mazzucconi, C., *La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva. Un estudio comparado de los años 2000 y 2010,* MESS, INTSHT y Universidad Rey Juan Carlos, 2011, p. 19. Disponible en https://www.insst.es/documents/94886/96076/negociacion+colectiva/e88a9faf-c22f-4d6c-bf0e-32741c1a4956

[71] González Ortega, S., Carrero Domínguez, C., "La negociación colectiva sobre salud laboral a partir de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", Cuadernos de Derecho Laboral, núm. 14, 1999, pág. 56.

[72] Garcia Ninet, J. I., Vicente Palacio, A., *opus cit*., p. 252 y 253 y Lousada Arochena, J. F. y Ron Latas R. P., La protección de la salud laboral de las personas trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos, Albacete, Editorial Bomarzo, 2018, p. 15.

[73] Durán López, F., Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España, Presidencia del Gobierno, Madrid, 2001, pág. 221; Meléndez Morillo-Velarde, L., Pérez Campos, A. I.; San Martín Mazzucconi, C., *La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva. Un estudio comparado de los años 2000 y 2010,* MESS, INTSHT y Universidad Rey Juan Carlos, 2011, p. 32.

empresa; algunos precisan que el puesto de trabajo debe ser exento de riesgos laborales específicos para el trabajador discapacitado, y sí no lo hubiera se recurrirá la movilidad funcional para ocupar un puesto de trabajo compatible con su discapacidad[74]; otras veces se detalla el procedimiento que debe seguirse en orden al cambio de puesto de trabajo a otro compatible con su estado, como medida preventiva; se destaca en esos procedimientos que asume un papel fundamental el informe del Área de la Especialidad de Medicina del Trabajo del Servicio de Prevención o el Comité de Seguridad y Salud Laboral; e incluso convenios donde se incluye el reglamento para efectuar el cambio de puesto de trabajo; En una línea similar, en alguno de los convenios analizados, se prevé para los casos de disminución psicofísica para el trabajo si por Servicio Médico de Empresa se aconseja un cambio de puesto de trabajo, se reconoce prioridad al trabajador para ocupar una vacante, acorde a sus conocimientos y características. A esta previsión se añade que los trabajadores afectados por los cambios tienen derecho a mantener los conceptos salariales fijos correspondientes a la categoría que venían desempeñando, igualmente su categoría laboral se ajustará a la equivalente en el supuesto de cambio de grupo profesional[75].

IV. BIBLIOGRAFÍA

Agustí Juliá, J.: "Los colectivos más protegidos: grupos especiales de riesgo: la protección en las relaciones de trabajo temporales o de duración determinada y en las empresas de trabajo temporal", Cuadernos de Derecho Judicial, *Estudio de la prevención de riesgos laborales*, 1999.

Alfonso Mellado, C. L., Salcedo Beltrán, C. Y Rosat Aced, I. (Coords.), *Prevención de riesgos laborales. Instrumentos de aplicación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, ISBN 978-84-9033-126-2.

Almendros González, M. A., "Cláusulas de empleo para personas con discapacidad en la negociación colectiva" en la negociación colectiva tras las reformas legales: Especial referencia a Andalucía, Sáez Lara, C. (Coord.), CARL, 2018, ISBN 978-84-09-04962-2.

Almendros González, M. A., "Particularidades en la prestación de servicios de los trabajadores con discapacidad" en *La Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Monereo Pérez, J. L.; Moreno Vida, M. N.; Márquez Prieto, A., Maldonado Molina, J. A. (Dirs.), López Insua, M. B., RUÍZ santamaría, j.l. (Coord.), Murcia, Laborum, 2020, ISBN 978-84-17789-50-3.

Alonso-Olea García, B., "Concepto de discapacidad y su distinción de otros afines, la deficiencia y la discapacidad" en VV.AA.: *Trabajo y protección social del discapacitado*, Romero Rodena, M. J. (coord.), Albacete, Bomarzo, 2003, pp. 11-26, *ISBN*: 9788486977375.

Benavides, G. F., García A. M., Ruiz Frutos, C., "La salud y sus determinantes" en *Salud laboral. Conceptos y técnicas para la prevención de riesgos laborales*, VV. AA., Barcelona, 2007, Elsevier Masson, ISBN 978-84-458-2146-6.

[74] Más detenidamente sobre el análisis de distintos convenios colectivos en la materia Véase Almendros González, M. A., "Particularidades en la prestación de servicios de los trabajadores con discapacidad" en *La Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Monereo Pérez, J. L.; Moreno Vida, M. N.; Márquez Prieto, A., Maldonado Molina, J. A. (Dirs.), López Insua, M. B. (Coord.), Murcia, Laborum, 2020, p. 620 y Almendros González, M. A., "Cláusulas de empleo para personas con discapacidad en la negociación colectiva" en la negociación colectiva tras las reformas legales: Especial referencia a Andalucía, Sáez Lara, C. (Coord.), CARL, p. 464.

[75] Meléndez Morillo-Velarde, L., Pérez Campos, A. I.; San Martín Mazzucconi, C., *La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva. Un estudio comparado de los años 2000 y 2010,* MESS, INTSHT y Universidad Rey Juan Carlos, 2011, p. 152.

Cabello Fernández, M. D., "La discapacidad en un ordenamiento multinivel de los derechos", Revista Universitaria Europea núm. 32, 2020, ISSN: 1139 -5796

Cavas Martínez, F., "Instrumentos para la promoción del empleo ordinario de las personas con discapacidad intelectual" en *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*, Fernández Orrico, F. J. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 213-293, ISBN 9788413786704.

De Fuentes García-Romero De Tejada, C., "Sobre el concepto jurídico de persona con discapacidad y la noción de apoyos necesarios", Revista Española de Discapacidad, nº 4 (2): 81-99. Disponible en https://www.cedd.net/redis/index.php/redis/article/view/210/pdf_51

Diaz Aznarte, M. T., "La protección de trabajadores especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo", en Monereo Pérez, J. L. Y Molina Navarrete C. (Dirs.), Olarte Encabo, S. Y Fernández Avilés, J. A. (Coords.), *Tratado de prevención de riesgos laborales. Teoría y práctica,* Madrid, Tecnos, 2015, ISBN 978-84-369-6559-5.

Fernandez Bernat, J. A., "Conceptuación y modelos de atención a la discapacidad: evolución histórica", en Monereo Pérez, J. L.; Moreno Vida, M. N.; Márquez Prieto, A., Maldonado Molina, J. A. (Dirs.), López Insua, M. B. (Coord.), *La Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, ISBN 978-84-17789-50-3.

Fernández Marcos, L., "Objeto, ámbito de aplicación y definiciones", en Sempere Navarro, A. V. (Dir.), Alzaga Ruiz, I. Y. Cardenal Carro, M (Coords.), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Pamplona, Aranzadi, 2010, ISBN 978-84-9903-481-2.

Fernández Orrico, F. J., "Reconocimiento de la discapacidad, baremación y conexión con otras figuras cercanas: problemas y propuestas de solución" en *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*, Fernández Orrico, F. J. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 99-211, ISBN 9788413786704.

Garcia Ninet, J. I., Vicente Palacio, A., "Artículo 25. Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos" en *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida M. N. (Coords.), Granada, Comares, 2004, ISBN 978-84-8444-850-1.

García Garnica, M. C., "Consideraciones generales. La eficacia transversal del modelo social del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia" en *Estudios sobre dependencia y discapacidad,* García Garnica, M. C. (dir.), Navarra, Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, ISBN. 978-84-9903-875-9.

Garrigues Giménez, A., *Manual de la Prevención de Riesgos Labora*les, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

Garrigues Giménez, A., "La atención legislativa a la prevención de los cría con laborales: el Derecho internacional, el Derecho comunitario y el Derecho interno" en *Tratado de salud laboral. Aspectos Jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales,* Monereo Pérez, J. L. Y Rivas Vallejo, M. P. (Dirs.), Pamplona, Aranzadi, 2012, T. I., ISBN 978-84-9903-048-7.

González Ortega, S. "La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución". *Revista de Política Social, núm.* 121, 1979.

Iglesias Cabero, M., Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Madrid, Civitas, 2008, ISBN 978-84-470-3109-2.

Ilise Levy Feitshans, "La salud en el trabajo como derecho humano". En *Recursos institucionales, estructurales y jurídicos*, Parte III Gestión y política, 23,24, Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo, (Dir. Jeanne Mager Stellman, PhD), 2001, ISBN 84-8417-047-0. Disponible en https://www.insst.es › Sumario+del+Volumen+I.pdf

Iturri Gárate, J. C., "Tratamiento a las situaciones de desigualdad generadas por discapacidades y enfermedades en el entorno laboral" en *Tratado de salud laboral. Aspectos Jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales,* Monereo Pérez, J. L. Y Rivas Vallejo, M. P. (Dirs.), Pamplona, Aranzadi, 2012, T. I., ISBN 978-84-9903-048-7.

López Gandía, J. Y Blasco Lahoz, J. F., *Curso de Prevención de Riesgos Laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

López Insua, B.M.: «La inclusión de las personas con discapacidad desde un enfoque de derechos, principios de justifica y obligaciones generales», en J.L. Monereo Pérez., M.N. Moreno Vida, A. Márquez Prieto, F. Vila Tierno Y J.A. Maldonado Molina (dirs.): *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2021.

Lousada Arochena, J. F. Y Ron Latas R. P., *La protección de la salud laboral de las personas trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2018, ISBN: 9788417310233.

Luque Parra, M., "Marco jurídico, obligaciones principales y responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral" en *Salud laboral. Conceptos y técnicas para la prevención de riesgos laborales*, VV. AA., Barcelona, 2007, Elsevier Masson, ISBN 978-84-458-2146-6.

Martínez Pujalte, A. L., "La recepción de la Convención en el Derecho español como tratado internacional de derechos humanos", en Alcaín Martínez, E. (Dir), Álvarez Ramírez, G (Coord.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, ISBN: 978-84-9086-321-3.

Martínez Pujalte, A. L. Fernández Orrico, F., J., "El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas", Anales de Derecho y Discapacidad, núm. 1, 2016, pp. 9-28. Disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5993882.

Martínez-Pujalte, A. L., "El concepto de discapacidad. Implicaciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para la legislación laboral española" en *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*, Fernández Orrico, F. J. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 41-97, ISBN 9788413786704.

Matorras Díaz-Caneja, A. Y López Álvarez, M. J., *Trabajadores especialmente sensibles. Concepto y obligaciones empresariales en materia de prevención*, Madrid, CEOE, 2016, ISBN 978-84-617-6145-6. Disponible en https://prl.ceoe.es/wp-content/uploads/2018/11/Trabajadores-Especialmente-Sensibles-Concepto-y-obligaciones-empresariales-en-materia-preventiva.pdf

Meléndez Morillo-Velarde, L., "Comentario art. 25. Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos" en Sempere Navarro, A. V. (Dir.), Alzaga Ruiz, I. Y Cardenal Carro, M. (Coords.), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Pamplona, Aranzadi, 2010, ISBN 978-84-9903-481-2.

Meléndez Morillo-Velarde, L., Pérez Campos, A. I.; San Martín Mazzucconi, C., *La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva. Un estudio comparado de los años 2000 y 2010,* MESS, INTSHT y Universidad Rey Juan Carlos, 2011. Disponible en https://www.insst.es/documents/94886/96076/negociacion+colectiva/e88a9faf-c22f-4d6c-bf0e-32741c1a4956

Monereo Pérez, J. L., "La salud como derecho humano fundamental", Relaciones Laborales, núm. 9, 2014.

Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida M. N., *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Granada, Comares, 2004, ISBN 978-84-8444-850-1.

Monereo Pérez, J. L., Ortega Lozano, P. G., "El cambio de paradigma en el enfoque de los derechos fundamentales en la Convención Internacional sobre derechos de las personas discapacidad de 2006", en Monereo Pérez, J. L.; Moreno Vida, M. N.; Márquez Prieto, A., Maldonado Molina, J. A. (Dirs.), López Insua, M. B. (Coord.), *La Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, ISBN 978-84-17789-50-3.

Monereo Pérez, J. L. Y Fernández Avilés, J. A., "La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de Accidente de Trabajo. (Dimensión preventiva y reparadora)" en *Tratado de salud laboral. Aspectos Jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales,* Monereo Pérez, J. L. Y Rivas Vallejo, M. P. (Dirs.), Pamplona, Aranzadi, 2012, T. I., ISBN 978-84-9903-048-7.

Monereo Pérez, J. L. Y Rivas Vallejo, M. P. (Dirs.), *Tratado de la salud laboral. Tomo II: Aspectos técnicos-sanitarios y lugares, sectores y colectivos singulares,* Pamplona, Aranzadi, 2012, ISBN: 9788499030739.

Mora González, V., Y Cabra De Luna, M. A., "Hacia una nueva regulación del trabajo de las personas con discapacidad", Anales de Derecho y Discapacidad, núm. 1, 2016, Disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5993882

Moreno Solana, A., *La Prevención de Riesgos Laborales de los Trabajadores Especialmente Sensibles,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, I.S.B.N.: 978-84-98769470

Núñez Gonzáles, C. Y Estardid Colom, F., *Marco Normativo y Gestión de la Prevención de Riesgos Laborales,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

Olarte Encabo, S., "Protección jurídica de la discapacidad y sus fuentes reguladoras", en José Luis Monereo Pérez; María Nieves Moreno Vida; Antonio Márquez Prieto, Francisco Vila Tierno; Juan Antonio Maldonado Molina (Dirs.), Belén Del Mar López Insua (Coord.), *La Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, ISBN 978-84-17789-50-3.

Paredes Gascón, M., Fernández-Cid Enríquez, M., Ruiz Figueroa, M.J., "Prevención de riesgos laborales entre las personas con discapacidad intelectual en los centros especiales de empleo", Cuadernos de Trabajo Social, Vol. 25-1 (2012) 249-260, ISSN: 0214-0314 http://dx.doi.org/10.5209/rev_CUTS.2012.v25.n1.38448.

Purcalla Bonilla, M. A., "El empleador y su deber de prevención (II): Obligaciones específicas (colectivos especialmente sensibles)", en *Manual de la Prevención de Riesgos Laborales*, García González, G. Y Garrigues Giménez, A. (Dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, ISBN: 978-84-9086-906-2.

Rey Pérez, J. L., "Una revisión de los conceptos de accesibilidad, apoyos y ajustes razonables para su aplicación en el ámbito laboral", Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos, núm. 39, 2018

Rivas Vallejo, P., "El objetivo: integrar la tutela al medio ambiente en el marco de la relaciones laborales" en *La prevención de riesgos medioambientales del ámbito de las relaciones de trabajo*, Granada, Comares, 2011.

Sempere Navarro, A. V., Cardenal Carro, M. Y Alzaga Ruiz, I., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Pamplona, Aranzadi, 2010, ISBN 978-84-9903-481-2.

Serrano Argüello, N., "La integración laboral de las personas con discapacidad estudiada desde la prohibición de discriminación. El ajuste razonable como medida antidiscriminatoria" en *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*, Fernández Orrico, F. J. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 295-379, ISBN 9788413786704.

Sala Franco, T., *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, ISBN13 9788411303149.

Sanjosé Gil, A., "El primer Tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 13, 2007.

Turturro Pérez De Los Cobos, S., "El modelo social de discapacidad: un cambio de paradigma y la reforma del artículo 49 CE", Lex Social, Revista De Derechos Sociales, 2022, 12(1). Disponible en https://doi.org/10.46661/lexsocial.6355

Vida Soria, J., (Dir.), Viñas Armada J. M. (coord.), *Manual para la formación en Prevención de Riesgos Laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2013, ISBN 978-84-9898-726-3.

Willi Momm Y Otto Geiecker, "Discapacidad: conceptos y definiciones" en *Discapacidad y trabajo*, (Dirs. Del capt. Willi Momm Y Robert Ransom, Parte III Gestión y política, 17.2, Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo, (Dir. Jeanne Mager Stellman, PhD), 2001, ISBN 84-8417-047-0. Disponible en https://www.insst.es › Sumario+del+Volumen+I.pdf

Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

11. Teletrabajo Y Discapacidad

Sheila López Vico
Contratada predoctoral FPU
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-2608-3436

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EFECTOS DEL COVID-19 EN EL ÁMBITO LABORAL. UN CAMBIO RADICAL DE PARADIGMA. III. ANÁLISIS DEL MARCO ECONÓMICO Y SOCIAL IMPERANTE Y LA INCIDENCIA DEL COVID-19 EN EL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DIVERSIDAD FUNCIONAL. 1. *CONCEPTO LEGAL*. 2. *BREVE REFERENCIA A LA REGULACIÓN LEGAL DEL TRABAJO EN ESPAÑA*. IV. EL TELETRABAJO COMO MEDIDA DE CONCILIACIÓN LABORAL,VENTAJA O POTENCIAL RIESGO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.1. *VENTAJAS Y OPORTUNIDADES*. 2. *PRINCIPALES RIESGOS PRESENTES EN EL TELETRABAJO*. V. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN EXISTENTE EN ESPAÑA EN MATERIA DE TELETRABAJO EN EL COLECTIVO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 1. *REFERENCIAS AL COLECTIVO DE TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD EN LA NORMATIVA DE EMERGENCIA ESPAÑOLA*. A) ANÁLISIS DEL REAL DECRETO-LEY 28/2020 DE TRABAJO A DISTANCIA. B) LA ACTUAL REGULACIÓN DEL TELETRABAJO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA LEY 10/2021 DE TRABAJO A DISTANCIA. C) BREVE REFERENCIA A LA REGULACIÓN EN EL ÁMBITO PÚBLICO. 2. *EL TRATAMIENTO DEL TELETRABAJO Y LA DISCAPACIDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA*. VI. CONCLUSIONES CRÍTICAS. VII. BIBLIOGRAFÍA.

> *"La igualdad tal vez sea un derecho, pero no hay poder humano que alcance jamás a convertirla en hecho"*
>
> Honoré de Balzac

I. INTRODUCCIÓN

El estudio del empleo y de las actuales políticas activas de empleo destinadas a lograr la efectiva incorporación de las personas con discapacidad en el ámbito laboral -tanto en el ámbito nacional como de manera específica en la Comunidad Autónoma de Andalucía- no puede concebirse en el momento histórico en el cual se desarrolla esta obra colectiva sin realizar al menos una breve referencia al fenómeno del trabajo a distancia, ante el protagonismo que en el último año ha adquirido el mismo en toda España, y en particular la modalidad del mismo basada en un uso intensivo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, esto es, del teletrabajo.

El amplio número de trabajadores que actualmente se encuentran sujetos a esta forma de prestación de la labor productiva -al haberse generalizado su uso tanto en el sector público como privado- unido a la vocación de permanencia que el mismo presenta en nuestro país[1], hace que no resulte baladí analizar con mayor detenimiento y de manera crítica la incidencia que esta modalidad de trabajo puede tener en determinados grupos de trabajadores especialmente vulnerables, al haberse comprobado y reflejado ya en diversos estudios e incluso en la propia exposición de motivos de la ley

[1] Tal y como se recoge en Sagardoy de Simón, I.: "Algunos puntos críticos en relación con el teletrabajo" en VV.AA.: *Puntos críticos en relación al teletrabajo (tras el RD 28/2020, de 22 de septiembre),* Sagardoy de Simón, I. y Núñez-Cortés Contreras, P. (Dirs.), Madrid, Dykinson, 2021, p. 17, "no es seguro que todo el teletrabajo surgido recientemente, que responde en amplia medida a estrategias obligadas de resiliencia empresarial ante una crisis sin precedentes, vaya a consolidarse en el futuro, pero no es aventurado prever que una parte importante del mismo quede implantada de manera más duradera."

reguladora del trabajo a distancia, los particulares retos y peligros que pueden surgir en la adopción del teletrabajo en estos colectivos[2] .

Con este fin, se analizará en este capítulo la incidencia que presenta el teletrabajo en la integración y mantenimiento del empleo en las personas con discapacidad, al ser este uno de los grupos en los que se ha detectado una mayor incidencia negativa del Covid-19 en materia de empleo[3]. La escasa información existente en el momento actual, en parte como consecuencia de la insuficiencia normativa que ha presentado esta figura en nuestro ordenamiento jurídico hasta el año 2020, hace que resulte necesario que en el análisis de la normativa nos enmarquemos en el plano nacional. Una vez identificada la regulación existente en España en materia de teletrabajo y discapacidad, entraremos a analizar el tratamiento dado a esta materia en el plano de la negociación colectiva, circunscribiéndonos específicamente en el análisis de aquellos convenios y acuerdos aprobados en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

No obstante, y antes de entrar en el estudio propiamente jurídico de esta materia, y con el fin de lograr plasmar un análisis crítico y lo más exhaustivo posible de la misma, debemos partir del análisis del marco económico y social imperante en el momento en el cual se aprobó el uso generalizado del teletrabajo en nuestro país. En este sentido, y para reflejar fielmente la realidad que nos rodea, se recogerán diversos informes publicados por importantes organismos de este país que muestran la especial incidencia que ha tenido la pandemia en los trabajadores con discapacidad.

Tras ello, se recogerán brevemente las ventajas y peligros que presenta el teletrabajo, centrándonos especialmente en aquellos que afectan de manera directa a las personas con discapacidad. A continuación, se estudiarán con detenimiento las medidas específicas y previsiones contenidas en la nueva ley del trabajo a distancia y en los convenios colectivos que actualmente regulan en Andalucía la figura del teletrabajo. Finalmente, concluiremos este capítulo recogiendo una serie de conclusiones críticas y posibles propuestas de lege ferenda que permitan garantizar que la adopción de la modalidad de teletrabajo en este colectivo de trabajadores no derive en una discriminación ni en una disminución de las garantías reconocidas a los mismos.

Finalmente, cabe destacar como en este punto se utilizarán los términos "discapacidad" y "persona con discapacidad" a lo largo de todo el estudio, basándose dicha elección terminológica en la propia redacción presente actualmente en el marco jurídico español, y en particular la Ley 10/2021 reguladora del trabajo a distancia, la cual, en la mayor parte de la misma utiliza dichos términos para regular el teletrabajo en este colectivo de trabajadores.

II. EFECTOS DEL COVID-19 EN EL ÁMBITO LABORAL. UN CAMBIO RADICAL DE PARADIGMA

Como ya se ha indicado, uno de los colectivos en los que se ha detectado una mayor incidencia -en términos negativos- del Covid-19 en materia de empleo es en el de las personas con discapacidad. Ello se debe a diversas razones, las cuales serán brevemente recogidas a continuación.

En primer lugar, no resulta novedosa la cuestión de la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad en materia de empleo -tanto en nuestro país como en la Unión Europea[4]-. A lo largo de los años, y en especial desde el año 2006 con la aprobación de la Convención Internacional

[2] Especialmente se ha destacado el caso del teletrabajo desde un punto de vista de género, de las personas con discapacidad, menores de edad, personas en formación, etc. Al respecto Vid. Monereo Pérez, J.L. y López Vico, S.: *El Teletrabajo tras la pandemia del COVID-19*, Murcia, Laborum, 2022.

[3] Cfr. Informe Discapacidad y Relaciones Laborales, Fundación Adecco, 2ª Edición, 2021, disponible en: https://fundacionadecco.org/informe-discapacidad-y-relaciones-sociales/

[4] El propio Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, en diversos puntos de su articulado recoge a este colectivo como uno de los que presentan mayores dificultades de inserción laboral.

sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, han sido diversos los pronunciamientos legales destinados a paliar esta desigualdad y garantizar la efectiva igualdad de este grupo de trabajadores en toda su carrera profesional, tanto en el momento de acceso al empleo como en lo referente al mantenimiento y finalización de la relación laboral[5]. No obstante, al margen de esta referencia específica a esta Convención por la especial trascendencia que la misma presenta desde un punto de vista jurídico, no entraremos a analizar en mayor detalle la normativa reguladora en materia de empleo para el colectivo de personas con discapacidad, al ser este un tema ya tratado de manera exhaustiva en otros puntos de esta obra.

En todo caso y pese a la existencia -como se ha comprobado- de diversos pronunciamientos legales y doctrinales, tanto en el ámbito nacional como internacional, la discriminación de este colectivo de trabajadores sigue constituyendo una cuestión no resuelta en materia de empleo en nuestro país[6], y que, además, se ve acrecentada en épocas de crisis como la que actualmente estamos viviendo como consecuencia de la pandemia del Covid-19[7].

En este sentido, cabe destacar como en España en el año 2019 un total de 1.876.900 personas en edad laboral presentaban algún tipo de discapacidad -es decir, un 6,2 % del total de la población comprendida en las edades de 16 y 64 años-, pese a lo cual, más de la mitad de ellos eran inactivos -en torno a un 66%-. En consecuencia, la participación de este colectivo de ciudadanos en el ámbito laboral supone un 34,6 %, mientras que este porcentaje aumenta a un 77,7 %, en el caso de personas en edad laboral sin discapacidad reconocida[8]. En Andalucía, se estima que del total de personas que en el año 2021 se encontraban ocupadas -en total 18.703.329 personas- cerca de un 17,6% de las mismas teletrabajaron[9]. Si nos situamos ahora en datos de la pandemia, vemos como la misma ha afectado especialmente a este colectivo de trabajadores, existiendo informes que muestran cómo a finales del año 2020 este colectivo sufrió un desplome interanual en su contratación del 26%[10].

La especial incidencia que ha mostrado tener el Covid-19 en este colectivo de trabajadores[11] se encuentra también asociada a la propia naturaleza del trabajo que estos desempeñan. En este sentido, son diversos los estudios que muestran cómo este colectivo de trabajadores se encuentra en mayor medida vinculado al sector "servicios, atención al cliente, restauración, comercio…[12]", actividades que, como se verá en el siguiente apartado, quedaron totalmente paralizadas tras la irrupción de la pandemia con el fin de evitar el aumento de los contagios.

---

[5] Recientemente en este sentido puede verse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 10 de febrero de 2022, asunto C-485/20.

[6] Cfr. Así se recoge en Ruiz Santamaría, J.L.: "Personas con discapacidad en el mercado de trabajo actual: especial referencia a España y Andalucía" en VV.AA.: *Las políticas de empleo en el ámbito local. Especial atención a colectivos desfavorecidos: jóvenes, mayores y discapacitados*, Álvarez Cortés, J.A. (Dir.), Asociación Malagueña de Estudios e Investigaciones Sociales, 2017, p. 299, al disponer que "la realidad de este colectivo en el mercado de trabajo actual español y andaluz, no ha evolucionado en consonancia con las estrategias de acciones positivas que se han llevado a cabo, como han sido: el establecimiento de cuotas de reserva de empleo, los incentivos fiscales a la contratación o las ayudas a la adaptación del puesto de trabajo."

[7] Vid. Gómez Salado, M.A.: "El fomento del empleo por cuenta propia" en VV.AA.: *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo,* Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F. y Maldonado Molina, J.A., Murcia, Laborum, 2020, p. 478.

[8] Informe Estatal del Mercado de Trabajo de Personas con Discapacidad del año 2021, p. 15, disponible en: https://sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-mercado-trabajo/informe-mercadotrabajo-estatal-discapacitados.html

[9] Vid. INE: Incidencia del teletrabajo por Comunidades y Ciudades Autónomas, disponible en: https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?tpx=50072

[10] Informe Discapacidad y Relaciones Laborales, cit., p. 7.

[11] Una tabla comparativa que muestra la especial incidencia que ha tenido la pandemia del Covid-19 en este colectivo de trabajadores puede encontrarse en el Informe Estatal del Mercado de Trabajo de las Personas con Discapacidad del año 2021, cit., p. 12.

[12] Cfr. Informe Odismet Efectos y consecuencias de la crisis del COVID-19 entre las personas con discapacidad, 2020, p. 33, publicado en: https://www.odismet.es/informes-publicaciones

La aún acusada discriminación que sufría este grupo de trabajadores antes de la pandemia, unida a la propia naturaleza del trabajo que en mayor medida los mismos desempeñan en nuestro país, ha hecho que las medidas adoptadas con el fin de paliar el aumento de los contagios hayan afectado en mayor medida a estos trabajadores, especialmente en lo referente a los ya sobradamente conocidos expedientes temporales de regulación de empleo[13].

Todo ello, muestra la delicada situación en la que se encuentra este colectivo y hace que nos planteemos una serie de cuestiones como son las siguientes, ¿Se alza el teletrabajo como única solución posible a corto plazo? ¿Realmente resulta la misma un mecanismo beneficioso para estos grupos especialmente vulnerables? ¿Puede suponer su uso generalizado y prolongado en el tiempo una exclusión física de las personas con discapacidad de la empresa, o puede servir para ocultar posibles discriminaciones?

Como puede verse, todas las cuestiones planteadas presentan una especial relevancia y urgencia ante la cada vez más evidente expansión del teletrabajo y la vocación de permanencia que el mismo presenta en nuestra sociedad. Con el fin de poder contestar a todas estas cuestiones planteadas realizaremos un análisis detallado de la aplicación del teletrabajo en este colectivo de trabajadores.

III. ANÁLISIS DEL MARCO ECONÓMICO Y SOCIAL IMPERANTE Y LA INCIDENCIA DEL COVID-19 EN EL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DIVERSIDAD FUNCIONAL

La irrupción de la pandemia en el año 2020 marcó un antes y un después en nuestro país. Durante casi tres meses, el virus paralizó de manera prácticamente total la actividad productiva, manteniéndose únicamente las actividades consideradas como esenciales y restringiéndose la movilidad de los ciudadanos mediante el decreto del estado de alarma y el confinamiento de la población. Por lo tanto, además de las evidentes repercusiones sobre la salud y la seguridad de los ciudadanos, la pandemia tuvo también una clara incidencia económica[14].

Con el fin de evitar daños irreparables en la economía de nuestro país, se aprobaron una serie de normativas de emergencia a través de las cuales se adoptaron una serie de medidas extraordinarias. Entre las medidas más utilizadas, destaca con diferencia el teletrabajo[15], el cual se ha alzado como medida estrella en nuestro país en la lucha empresarial contra las perniciosas consecuencias de la pandemia.

[13] Cfr. Informe del Servicio Público de Empleo Estatal del Mercado de Trabajo de las Personas con Discapacidad del año 2021, pp. 15-16, publicado en: https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/observatorio/informes-mercado-trabajo/informes-anuales-mercado-trabajo-estatal/ver-resultados.html?documentType=informes&tipo=2&periodo=anual&ambito=Nacional&tema=3. El cual recoge como: "el empleo en el mercado laboral en general, y en concreto, el de las personas con discapacidad, ha cambiado de tendencia con la crisis y ello se ha reflejado en menores cifras de nuevas contrataciones registradas en los servicios públicos de empleo…si en 2008, de cada cien parados dos eran personas con discapacidad, en 2020 esa cifra se ha duplicado."

[14] Ello ha hecho que muchos autores denominen la pandemia derivada del Covid-19 como un "hecho social total en el sentido específico de que impacta y convulsa el conjunto de las relaciones y estructuras sociales, y conmociona a la totalidad de los actores (políticos, sociales y económicos), de las instituciones y de los valores de la sociedad, planteando una exigencia de recomposición de la cohesión social." Al respecto Cfr. Monereo Pérez, J.L., Ojeda Avilés, A., Gutiérrez Bengoechea, M.: *Reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones,* Murcia, Laborum, 2021, p.31.

[15] Cfr. Instituto Nacional de Estadística. "Indicador de Confianza Empresarial (ICE) Módulo de Opinión sobre el Impacto de la COVID-19 Estado de alarma y segundo semestre de 2020", de 10 de julio de 2020, publicado en: https://www.ine.es/daco/daco42/ice/ice_mod_covid_0320.pdf. En este documento se recoge como durante el estado de alarma la medida más utilizada en nuestro país en el ámbito empresarial fue el teletrabajo, habiendo recurrido a esta medida cerca de un 50% de las empresas. En niveles muy cercanos se encuentran los famosos ERTES, habiendo recurrido a esta medida un 40% de las empresas.

1. Concepto legal

El teletrabajo puede ser definido -en los propios términos recogidos en el artículo 2 de ley reguladora del mismo- como "aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación." Por lo tanto, se trata de una modalidad de trabajo a distancia, caracterizada por la realización de la actividad productiva fuera de los centros empresariales, en un lugar elegido por el trabajador y sobre todo, mediante un uso intensivo o exclusivo de las TICS para el desempeño de la misma, siendo precisamente este último rasgo el que nos permite diferenciar la modalidad de teletrabajo del tradicional trabajo a domicilio o de la figura del trabajo a distancia[16].

2. Breve referencia a la regulación legal del trabajo en España

En consecuencia, el teletrabajo se alzó prácticamente como la única alternativa viable en el momento álgido de la pandemia para paliar los efectos económicos de la misma, al ser esta la única medida existente que permitía aunar los dos objetivos esencialmente buscados por el Gobierno, consistiendo estos por un lado en evitar el contacto de los ciudadanos -con el fin de contener la pandemia y evitar el contagio- y por otro lado, encontrar una forma de garantizar la continuidad de la labor productiva en todos los sectores económicos, ya que en dicho momento únicamente continuaban vigentes aquellos servicios y actividades productivas considerados esenciales.

Así, el RD 8/2020[17] fomentó el uso del teletrabajo por medio de su artículo 5, el cual bajo la rúbrica "Carácter preferente del trabajo a distancia", dispuso que "se establecerán sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado. Estas medidas alternativas, particularmente el trabajo a distancia, deberán ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad."

La principal consecuencia derivada de esta medida fue un incremento sin precedentes en la utilización del teletrabajo en nuestro país, pasando el mismo "de promesa de futuro a tabla de salvación[18]". Así lo reflejan diversos estudios y encuestas, que muestran cómo, en el año 2019 el número personas que trabajaban desde su domicilio seguía una tendencia creciente pero poco significativa[19], habiendo pasado respecto años anteriores de un índice de 4,3% a un 4,8% en el caso de personas que trabajaban a domicilio habitualmente, y de un 3,2% a un 3,5% en el caso de personas trabajadores a domicilio ocasionales[20]. Sin embargo, en el año 2020, y en especial durante el estado de alarma, el

[16] Conviene en este punto resaltar que el teletrabajo se trata de una modalidad del trabajo a distancia en la cual el trabajo se desarrolla utilizando de manera intensiva las TICS, por lo tanto ambos conceptos no son sinónimos y no deben de ser confundidos. En este sentido, Sierra Benítez, E. M.: *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Sevilla, Consejo Económico y Social de Andalucía, 2011, p. 38: *"todo teletrabajo es trabajo a distancia, pero no todo trabajo a distancia es teletrabajo."* Pese a ello, la propia normativa existente en nuestro país ha venido utilizando ambos conceptos de manera indiferenciada como si fuesen sinónimos, incluso en la nueva regulación tras establecer la diferenciación entre teletrabajo y trabajo a distancia no podemos encontrar matices específicos que permitan afirmar que se recoge una regulación específica y diferente para regular el teletrabajo, pese a las particularidades que el mismo presenta.

[17] Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

[18] García Perrote Escartín, I., y Mercader Uguina, J.R.: "La regulación del trabajo a distancia, un modelo en construcción", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 237, 2020, p.13.

[19] Vid. OIT: "El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella. Guía práctica", Ginebra, 2020, p. 8, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_758007.pdf

[20] Así puede verse en el Boletín Informativo del INE: "El teletrabajo en España y la UE antes de la COVID-19", 2020, disponible en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INECifrasINE_C&cid=1259952649680&p=1254735116567&pagename=ProductosYServicios%2FINECifrasINE_C%2FPYSDetalleCifrasINE

número de trabajadores a domicilio y teletrabajadores aumentó radicalmente, triplicándose dichos porcentajes de modo que prácticamente la mitad de los establecimientos en España incorporaron esta modalidad de trabajo, afectando a cerca un 49,7% de los trabajadores, que de manera acelerada y, en la mayoría de los casos, sin experiencia previa, tuvieron que pasar a prestar sus servicios de manera telemática[21].

En definitiva, la pandemia dio lugar a que el teletrabajo irrumpiera en nuestra sociedad años antes de lo esperado y, por tanto, con un marco normativo referente al mismo manifiestamente insuficiente[22]. Las primeras experiencias con esta modalidad de trabajo telemático hicieron patente la necesidad de modificar la regulación existente en España en materia de teletrabajo, que en dicho momento se encontraba contenida en el artículo 13 del ET[23]. Así, ese mismo año se aprobó la primera normativa española destinada a regular en su totalidad la modalidad del trabajo a distancia por medio del RDTD[24], actualmente derogado y sustituido por la LTD[25].

IV. EL TELETRABAJO COMO MEDIDA DE CONCILIACIÓN LABORAL, VENTAJA O POTENCIAL RIESGO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En primer lugar, y antes de entrar a estudiar la normativa legal específica existente en España en esta materia, cabe hacer referencia brevemente a las posibles ventajas y riesgos que pueden existir en la adopción de la modalidad de teletrabajo en el caso de las personas con discapacidad[26], lo cual también nos permitirá comprender la relevancia que adquiere la existencia de una adecuada normativa en este punto.

1. Ventajas y oportunidades

Son numerosas las ventajas que se han puesto de manifiesto a lo largo de los años en relación con el trabajo a distancia. En especial, el mismo ha sido identificado desde las primeras disposiciones emanadas tanto a nivel europeo[27] como nacional[28] como un mecanismo idóneo para aunar los objetivos de flexibilidad y conciliación de la vida laboral y privada[29]. Ello se debe a que el hecho de prestar el servicio o realizar la actividad productiva desde el domicilio permite reducir tiempos de transporte,

[21] Vid. "Indicador de Confianza Empresarial (ICE) Módulo de Opinión sobre el Impacto de la COVID-19 Estado de alarma y segundo semestre de 2020", cit., p. 5.

[22] Vid. Mella Méndez, L.: "Configuración general del trabajo a distancia en el derecho español", en VV.AA.: *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés*, Mella Méndez, L. (Dir.), Madrid, Wolters Kluwer, 2017, p. 24.

[23] Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

[24] Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

[25] Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

[26] Un estudio más detallado puede encontrarse en Rueda Monroy, J.A.: "Las particularidades del teletrabajo en los trabajadores con discapacidad", en VV.AA.: *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI*, Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Esposito, M. y Perán Quesada, S. (Dirs.), Granada, Comares, 2021, pp. 947-951.

[27] Así puede verse en el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo de 16 de julio de 2002 -en adelante AMET- y en fechas posteriores, entre otros, en la Directiva de la Unión Europea 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.

[28] En este sentido lo recoge la Resolución de 31 de enero de 2003, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003 y el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, entre otros.

[29] Cfr. Gala Durán, C.: "Teletrabajo y conciliación de la vida personal, familiar y laboral: ¿Solución o trampa?" en VV.AA.: *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Rodríguez-Piñero Royo, M., y Todolí Signes, A., (Dirs.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 296-297.

reducir costes, establecer el domicilio familiar en zonas alejadas del lugar de trabajo, etc[30]. Todo ello, permite que aquellas personas que lo necesiten, ya sea por tener personas a su cargo -hijos o familiares de avanzada edad-, por problemas de movilidad, por ser víctima de violencia de género, etc., puedan seguir realizando su labor productiva sin tener que acudir a otras medidas más radicales como es la reducción de la jornada o en los peores de los casos el abandono de su puesto de trabajo.

Precisamente, el hecho de que las nuevas tecnologías permitan a los trabajadores prestar sus servicios desde el domicilio sin tener que desplazarse al centro empresarial, ha hecho que esta medida sea vista como una oportunidad para la inserción laboral de las personas con discapacidad[31].

Entre las principales ventajas que presenta esta modalidad de trabajo pueden señalarse en términos generales las siguientes:

— Constituye una herramienta idónea en la lucha contra la despoblación de las zonas rurales y a la fijación de la población en los distintos territorios[32], ya que desaparece la necesidad de asentar la vivienda habitual en las proximidades del lugar de trabajo. Muy unida a esta ventaja se encuentra la mayor facilidad para la conciliación de la vida familiar y personal del trabajador, no debiendo el mismo limitar sus expectativas familiares o profesionales por tener que desplazarse a un lugar distinto al que constituye su residencia habitual[33].

— Íntimamente relacionada con la anterior, cabe señalar como al trasladarse los trabajadores a otras zonas lejos de los centros empresariales y al necesitar en consecuencia la empresa un espacio más reducido de trabajo, esta modalidad de trabajo puede contribuir a reducción de los alquileres de los locales comerciales, lo cual puede promover la inversión y el emprendimiento.

— Permite reducir el efecto invernadero al reducirse los desplazamientos diarios del domicilio al lugar de trabajo.

— A largo plazo, puede suponer un aumento de los conocimientos de los trabajadores en el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, en el uso de plataformas digitales, etc. Ello se debe a que el paso de la modalidad presencial a la modalidad telemática requiere formar a los trabajadores en el uso de dichas herramientas al ser estas indispensables para el teletrabajo.

— Finalmente, ante la situación a la que actualmente nos enfrentamos, una de las principales ventajas que ha supuesto el teletrabajo ha sido su capacidad para permitir a los trabajadores continuar realizando su labor productiva limitando al mismo tiempo el riesgo de contagio al evitar el contacto personal de los mismos.

Junto a estas ventajas generales del teletrabajo, cabe destacar una serie de ventajas que se encuentran íntimamente relacionadas con el teletrabajo en el colectivo de personas con discapacidad,

[30] Una lista completa de las ventajas y desventajas principales presentes en el teletrabajo puede encontrarse en VV. AA.: *Claves prácticas laborales. La nueva regulación del trabajo a distancia y el teletrabajo,* Godino Reyes, M. (Coord.), Madrid, Lefebvre, 2020, p. 13.

[31] Recientemente se ha pronunciado en este sentido el Comité Económico y Social Europeo en el Dictamen (2021/C 220/01) del Comité Económico y Social Europeo sobre «Los retos del teletrabajo: organización de la jornada de trabajo, equilibrio entre vida privada y vida laboral y derecho a desconectar, p. 5, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020AE5278&from=ES.

[32] Cfr. Directrices Generales de la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico, Gobierno de España, disponible en: https://www.miteco.gob.es/es/reto-demografico/temas/directricesgeneralesenfrd_tcm30-517765.pdf

[33] Martín-Pozuelo López, A.: "Una aproximación al concepto, modalidades y principales ventajas e inconvenientes del teletrabajo", en VV.AA.: *El teletrabajo,* Sala Franco, T. (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 32.

y sobre las que se han basado la mayoría de los pronunciamientos que defienden la idoneidad de esta herramienta de trabajo para lograr la inserción de las personas con diversidad funcional en el ámbito laboral.

En primer lugar, por medio de esta modalidad de trabajo se pueden eliminar los obstáculos de carácter estructural existentes en las empresas que limitan o incluso, en el peor de los casos, impiden el acceso por parte de las personas que sufren determinados tipos de discapacidad -normalmente de carácter físico- al puesto de trabajo[34]. Así lo recogió ya en el año 2011 el Informe Mundial sobre la Discapacidad al disponer que los problemas de accesibilidad que presentan un amplio número de edificios y transportes -tanto en el ámbito privado como público- en nuestro país, constituye una de las principales limitaciones en el acceso al trabajo de este colectivo de trabajadores[35].

Lograr una efectiva accesibilidad y usabilidad en el ámbito laboral -público y privado- constituye un reto esencial para la plena integración de las personas con discapacidad en el ámbito laboral y social. Esta accesibilidad debe extenderse también al plano digital[36], ya que dado el diverso espectro de discapacidades existentes, y la obligación empresarial de dotar al teletrabajador de los medios necesarios para la prestación del servicio desde el domicilio o el lugar elegido por el mismo, será necesario que el teletrabajador disponga de herramientas informáticas específicas adaptadas a su discapacidad. En este sentido resulta también esencial facilitar el acceso del trabajador a cursos formativos[37] que mejoren sus conocimientos informáticos en el uso de las herramientas digitales, las cuales se alzan como elemento imprescindible en esta modalidad de trabajo. En este sentido, pese al fácil acceso a las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y a Internet, prácticamente la mitad de las personas con discapacidad ha alegado encontrar barreras en el uso de las mismas[38].

Por otro lado, puede señalarse como una de las ventajas propias de esta modalidad de trabajo el ahorro en tiempos de desplazamiento y en los costes que los mismos implican. Ello también puede ser especialmente beneficioso en el caso de personas con discapacidad, especialmente aquellas con movilidad reducida, sobre todo en caso de que no tenga forma de desplazarse hasta el centro empresarial o el mismo le suponga un coste elevado. También elimina la posibilidad de sufrir un accidente "in itinere".

Como podemos ver, las ventajas asociadas al teletrabajo son numerosas y de significativa importancia en el ámbito empresarial actual, lo cual precisamente permite vislumbrar que la misma no se trata únicamente de una herramienta de uso temporal en nuestro marco económico-laboral mientras continúen las medidas de contención sanitaria, sino que las amplias bondades del teletrabajo, tanto

[34] Cfr. Goytre Boza, J.L.: "Un ejemplo de empleo de personas con discapacidad por teletrabajo en España: Proyecto Discatel", *Revista Española de Discapacidad*, núm.1, 2013, p. 237.

[35] Cfr. Informe Mundial sobre la Discapacidad, Organización Mundial de la Salud, 2011, p. 12, disponible en: https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/summary_es.pdf. También señala este informe la relevancia que ocupan las TICS, y por tanto, como debe de fomentarse el acceso a las mismas por parte de este colectivo de trabajadores.

[36] Cfr. Nota Técnica de Prevención: Diseño de puestos ocupados por personas con discapacidad: adaptación y accesibilidad, Instituto Nacional de Seguridad e higiene en el Trabajo, 2014, p. 3, disponible en: https://www.insst.es/documents/94886/566858/ntp-1004+w.pdf/a96b2d49-1d0a-4df1-8442-c526a46c0edb?version=1.0&t=1617978846636

[37] Cfr. Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión. En la misma se incide en la relevancia que ocupan los programas de formación individual de los trabajadores para la mejora de las capacidades informáticas, especialmente en el caso de trabajadores con discapacidad, la cual se encuentra disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0246_ES.html#title1

[38] Cfr. Informe Discapacidad y Relaciones Laborales, Fundación Adecco, cit., p. 13.

desde el punto de vista del trabajador como del empresario, unido al avance cada vez mayor de las TICS, nos permite afirmar con certeza absoluta que el teletrabajo ha llegado para quedarse[39].

2. Principales riesgos presentes en el teletrabajo

Sin embargo, el teletrabajo también presenta una serie de riesgos relevantes que justifican la necesidad de adoptar una serie de precauciones que garanticen que su adopción no derive en una reducción de las garantías de los trabajadores. En términos generales se han subrayado las siguientes desventajas[40]:

En primer lugar, la prestación de la labor productiva por medio de esta modalidad de trabajo, y especialmente cuando la misma se realiza a tiempo completo desde el domicilio, puede dar lugar a lo que se ha denominado como autismo social. Ello se da como consecuencia del aislamiento[41] que sufre el teletrabajador, el cual se limita a realizar su labor productiva sin ninguna clase de contacto personal con otros trabajadores. Este aislamiento puede dar lugar a su vez a una disminución de la solidaridad entre los trabajadores y en una disminución del sentimiento de unidad, lo cual repercute en el ejercicio de otros derechos como son los derechos colectivos de los trabajadores[42], teniendo este fenómeno un efecto diluyente en el interés colectivo. Precisamente este problema ha sido uno de los más resaltados en aquellos estudios que se centran en la implantación de la modalidad de teletrabajo en el colectivo de personas con discapacidad, señalando los mismos que el aislamiento que se encuentra asociado al teletrabajo puede presentar mayores repercusiones negativas en este colectivo[43]. Ello se debe a que al realizarse la labor productiva íntegramente desde el domicilio se reduce el contacto social entre trabajadores, lo cual puede frenar el proceso de normalización e integración de este colectivo en el ámbito laboral. En este sentido cabe resaltar como el Informe Discapacidad y Relaciones Laborales de la Fundación Adecco toma como factor clave en la valoración del teletrabajo -ya sea como una posible herramienta positiva que puede fomentar la integración de las personas con discapacidad en el ámbito laboral o por el contrario como un posible riesgo que debe ser limitado-, el tipo de discapacidad ante la cual nos encontremos. Así indica que "las personas con discapacidad física y problemas de movilidad apuestan por el teletrabajo como trampolín de inclusión social y un 81% lo valora positivamente, mientras que aquellos con discapacidad psíquica o intelectual creen que puede invisibilizar la discapacidad y reforzar el estigma -solo un 36% lo valora de forma positiva-. Por su parte, las personas con discapacidad sensorial equilibran la balanza: un 55% confía en el trabajo en remoto como aliado de inclusión, frente a un 45% que cree que, por el contrario, es combustible de exclusión[44]."

Por otro lado, una materia que se muestra especialmente compleja es la prevención de riesgos laborales en el teletrabajo. Ello se debe a que nuestro modelo normativo se encuentra ideado conforme

[39] Cfr. Villalón Cruz, J.: "Aspectos prácticos de la nueva regulación del teletrabajo", *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, Vol. 1, núm. 11, 2021, p. 34.

[40] Además de las desventajas que se desarrollan en este punto, pueden encontrarse otros posibles riesgos del teletrabajo durante la pandemia del Covid-19 en el Informe de la Dirección General de Políticas de Discapacidad denominado "El impacto de la pandemia COVID-19 en las personas con discapacidad", Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, 2020, pp. 29-30, disponible en: https://consaludmental.org/centro-documentacion/impacto-covid19-personas-discapacidad/

[41] Vid. Sierra Benítez, E.M.: "La nueva regulación del trabajo a distancia", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 1, núm. 1, 2013, p.28.

[42] Un interesante estudio que muestra este problema puede encontrarse en Cfr. Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.N.: "La negociación colectiva empresarial ante las exigencias de adaptabilidad y reorganización de los sistemas productivos", en *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 76, 2004, p. 278.

[43] El Informe "El impacto de la pandemia COVID-19 en las personas con discapacidad", cit., p. 42, señala como cerca de un 45% de los trabajadores con discapacidad encuestados afirman que su estado anímico ha empeorado como consecuencia de la pandemia. En lo referente a la salud física un 31,6% también reconoce los efectos negativos que ha tenido la pandemia.

[44] Informe Discapacidad y Relaciones Laborales, Fundación Adecco, cit., p. 9.

a un modelo de empresa tradicional, en el cual la prestación del servicio se realiza de manera presencial en los locales o centros de trabajo empresariales, no mostrándose en consecuencia ni en la normativa precedente ni en la actual regulación contenida en la Ley 10/2021 de trabajo a distancia, medidas suficientes y eficaces de cara a resolver las múltiples lagunas y defectos existentes en esta materia[45].

Finalmente, cabe señalar la incidencia que ha demostrado tener esta modalidad de trabajo en el tiempo de descanso del trabajador. En este sentido, son diversos los estudios y obras que recogen cómo el teletrabajo provoca un aumento del número de horas que el trabajador destina a la labor productiva, expandiendo su jornada diaria más allá de los límites fijados legalmente. Ello da lugar a una difuminación de la vida privada y profesional del trabajador[46] y puede dar lugar a diversas enfermedades psicosociales derivadas de la ausencia de descanso y desconexión digital[47]. En este sentido, una de cada cuatro personas con discapacidad ha afirmado que la carga de trabajo a la que ha hecho frente durante la pandemia del Covid-19 en la cual se ha expandido el trabajo desde el domicilio es mayor que la que afrontaba antes de la misma. Así, un 16'5% de estos trabajadores ha afirmado trabajar un mayor número de horas en este periodo de tiempo[48].

V. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN EXISTENTE EN ESPAÑA EN MATERIA DE TELETRABAJO EN EL COLECTIVO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. Referencias al colectivo de trabajadores con discapacidad en la normativa de emergencia española

Como puede extraerse del apartado anterior, el teletrabajo presenta ventajas relevantes que hacen que esta modalidad de trabajo a distancia se alce como una solución a los problemas que actualmente presentan un amplio número de empresas, principalmente aquellos relacionados con la necesidad de adaptación a un entorno cambiante y de reducción de costes. No obstante, esta medida no es ningún bálsamo de Fierabrás, tal y como se ha señalado presenta significativos riesgos que pueden repercutir negativamente tanto desde un punto de vista del trabajador como de la empresa, aumentando significativamente las posibles repercusiones negativas que puede tener el teletrabajo si nos centramos de manera específica en el colectivo de personas con discapacidad, al mostrarse este colectivo especialmente afectado por el aislamiento que supone la imposición del teletrabajo a tiempo completo, tanto en lo que se refiere a su inserción en el ámbito laboral -por la falta de contacto con otros trabajadores, y, con ello, la falta de concienciación de los mismos- como desde un punto de vista de la salud de estos trabajadores.

Tal y como se ha señalado, ante la expansión masiva del teletrabajo durante la pandemia del Covid-19 y la insuficiencia que presentaba nuestro marco normativo en esta materia se aprobó el RLTD con el fin de "proporcionar una regulación suficiente, transversal e integrada en una norma sustantiva única[49]." Con el mismo, se colmaron varios de los defectos que la doctrina había evidenciado en la regulación anteriormente contenida en el art. 13 ET[50]. En este sentido, cabe destacar cómo en dicho

[45] Mella Méndez, L.: "Valoración crítica del RD-ley 28/2020, en especial sobre la protección de la salud en el trabajo a distancia", en VV.AA.: *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Rodríguez-Piñero Royo, M., y Todolí Signes, A., (Dirs.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 199-201.

[46] Vid. Domingo Monforte, J., y Salvador Álvarez, N.: "Hiperconectividad digital y salud laboral", *Revista Diario La Ley*, núm. 9.638, 2020 (recurso de acceso digital).

[47] Vid. Pedrosa Alquézar, S.I.: "La protección frente al estrés y el tecnoestrés en tiempos de pandemia", en VV.AA.: *Salud y Asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19,* Monereo Pérez, J.L, Rivas Vallejo, M.P., Moreno Vida, M.N., Vila Tierno, F., y Álvarez Cortés, J.C. (Dirs.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 689-721.

[48] Cfr. Informe "El impacto de la pandemia COVID-19 en las personas con discapacidad", cit., p. 36.

[49] En términos de la propia exposición de motivos del RDTD.

[50] Cfr. Sagardoy de Simón, I.: "Algunos puntos críticos en relación con el teletrabajo" en VV.AA.: *Puntos críticos en relación al teletrabajo (tras el RD 28/2020, de 22 de septiembre),* cit., p.13.

artículo, en el cual se regulaba íntegramente en nuestro ordenamiento jurídico la modalidad de trabajo a distancia, no podemos encontrar ninguna medida específica que permita garantizar un acceso bajo unas condiciones mínimas de salud y seguridad de las personas con discapacidad al teletrabajo, es más, ni tan siquiera hace alusión a este colectivo de manera específica[51].

Por lo tanto, si partimos de la normativa preexistente, el hecho de que se haya aprobado una normativa específica destinada a regular esta materia ya es un avance importante en nuestro país. Sin embargo, no podemos mostrarnos tan optimistas si nos centramos en el análisis específico de las medidas contenidas en el RDTD destinadas a fomentar la adopción del teletrabajo por personas con discapacidad y a su protección.

En la normativa de emergencia aprobada en nuestro país, concretamente en el art. 5 RD 8/2020, tampoco encontramos referencia alguna a este colectivo de trabajadores, lo cual tampoco debe extrañarnos ante el parco contenido de dicha disposición, la cual prácticamente se limita a establecer la preferencia del teletrabajo frente otras alternativas más perjudiciales para el trabajador. No obstante, la insuficiencia de este precepto puede quedar amparada ante la situación de extraordinaria emergencia que trataba de afrontar. Excusa que no puede reproducirse en todo caso en el posterior RDTD, que como veremos a continuación ha continuado sin considerar, al menos de manera suficiente, las necesidades específicas que presenta este colectivo.

A) Análisis del Real Decreto-ley 28/2020 de trabajo a distancia.

Por lo tanto, y reflejados los prácticamente inexistentes antecedentes normativos existentes en esta materia en España -tanto antes de la pandemia como durante la misma- debemos de partir en el análisis del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad en el teletrabajo de las disposiciones contenidas en el RDTD. Esta ley recoge una extensa exposición de motivos que plasma la grave situación que justifica la aprobación de la ley, los objetivos que con ella se persiguen y los puntos más reseñables de esta.

El primer aspecto que nos llama la atención es que ya en esta exposición de motivos se omite prácticamente toda referencia a las personas con discapacidad, pese a que en la misma sí se recoge de manera expresa la especial vulnerabilidad que presentan otros colectivos de trabajadores. Así puede verse cuando la misma alude a las especiales limitaciones que deben imponerse en la adopción de la modalidad de teletrabajo en contratos de formación o con menores de edad[52]. En concreto dispone esta ley que, entre otros aspectos, la especial vulnerabilidad de estos colectivos, sus necesidades de formación, descanso y la especial exposición a los riesgos que se presentan en esta modalidad de trabajo -fatiga, aislamiento, acoso, tecnoestrés, etc.- hacen necesario "que se establezcan limitaciones que garanticen un mínimo de tiempo de presencia en los mencionados acuerdos de trabajo a distancia…y limitaciones necesarias para garantizar el cumplimiento de su objeto." En el mismo sentido puede verse cuando se hace referencia a la necesidad de evitar que la adopción del teletrabajo en la empresa de lugar a una perpetuación de los tradicionales roles de género, siendo especialmente necesario en esta modalidad de trabajo a distancia fomentar la corresponsabilidad entre hombres y mujeres.

---

[51] Así se recoge de manera clara en Sierra Benítez, E.M.: "La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia", en VV.AA.: *La reforma laboral 2012: su impacto en la economía y el empleo*, Núñez-Cortés Contreras, p. (Dir.), Madrid, Dykinson, 2013, p. 70, en el cual, al analizar la normativa contenida en el art. 13 ET, señala esta autora que pese a las alabanzas realizadas al teletrabajo como mecanismo de inclusión social el mismo "puede ser una trampa para el trabajador y para esos colectivos, en el sentido de que sea un recurso que pueda repercutir negativamente en los derechos de los trabajadores si no se dota de las suficientes garantías que, hoy por hoy, no existen con la actual regulación."

[52] La protección de este colectivo posteriormente se recoge de manera expresa en el artículo tercero del RDTD, estableciendo el mismo que se deberá realizar como mínimo y con carácter preceptivo un 50% de la jornada de manera presencial.

Sin embargo, la única referencia expresa al colectivo de personas con discapacidad en toda la exposición de motivos la encontramos en los siguientes términos: "con esta norma se avanza en el cumplimiento de la meta 8.5 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, es decir, lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad." En este punto consideramos que, ante la especial vulnerabilidad que presenta este colectivo de trabajadores y la ausencia de una referencia más detallada a las especiales limitaciones que la adopción por los mismos del teletrabajo requiere, es ya una muestra del tratamiento que esta ley da a los trabajadores con discapacidad, que ya podemos adelantar es más que insuficiente.

Entrando de manera específica en el contenido de esta normativa, el primer precepto que debemos de resaltar es el artículo cuarto, el cual recoge el principio de igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación. Mediante este precepto se recoge la igualdad de derechos de las personas que prestan sus servicios por medio de la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo respecto aquellos que lo prestan de manera presencial en las oficinas y centros empresariales. Ello implica, en términos de este precepto, que los teletrabajadores "no podrán sufrir perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales, incluyendo retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional", etc. Este precepto recoge expresamente la obligación empresarial de evitar "cualquier discriminación[53]", término dentro del cual podemos -y debemos ante la ausencia de referencia expresa- enmarcar al colectivo de personas con discapacidad. Este precepto resalta también la necesidad de evitar que se produzca a raíz de la instauración del teletrabajo discriminaciones por razón de sexo y regula también de manera específica la necesidad de establecer medidas específicas en caso de que nos encontremos ante víctimas de violencia de género.

Con el fin de conseguir dicho objetivo se establece la obligación de tomar en consideración a los trabajadores a distancia en la "implementación, aplicación, seguimiento y evaluación de medidas y planes de igualdad." No obstante, como puede apreciarse, no se recoge ninguna medida específica que permita garantizar dicha igualdad, habiéndose pronunciado ya la doctrina en este punto señalando que este precepto hubiese sido el ideal para "entrar a ordenar de forma más intensa las particularidades concretas[54]" que se presentan en la adopción y desarrollo de la labor productiva mediante teletrabajo en personas con discapacidad.

El siguiente precepto en el cual encontramos una referencia directa a esta colectivo de trabajadores es el artículo 8, en virtud del cual se le reconoce a la negociación colectiva la facultad de establecer mecanismos y criterios de preferencia en el cambio de la modalidad de trabajo -bien sea de la modalidad presencial a la telemática o viceversa-, recogiendo expresamente entre dichos circunstancias que otorgan preferencia aquellas "vinculadas a determinadas circunstancias, como las relacionadas con la formación, la promoción y estabilidad en el empleo de personas con diversidad funcional o con riesgos específicos", etc. Son diversos los puntos positivos reseñables de este artículo. En primer lugar, no puede pasar desapercibido la terminología utilizada en el mismo, al referirse expresamente a este colectivo como "personas con diversidad funcional" siendo este un término más inclusivo y que deja a un lado las connotaciones negativas vinculadas al término discapacidad[55]. En segundo lugar, no cabe duda de que el establecimiento de una preferencia en el acceso al teletrabajo en el caso de personas con discapacidad debe ser valorado positivamente, ya que como se ha indicado,

[53] Con este fin establece en el art. 4.4 RDTD la obligación de considerar las particularidades presentes en esta modalidad de trabajo en el establecimiento de medidas, entre otras, contra la discriminación.

[54] Cfr. Rueda Monroy, J.A.: "Las particularidades del teletrabajo en los trabajadores con discapacidad", en VV.AA.: *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI,* cit., p. 944.

[55] Pese a ello, y como se recoge en Rueda Monroy, J.A.: "Las particularidades del teletrabajo en los trabajadores con discapacidad", en VV.AA.: *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI,* cit., p. 941, no supone coherente que una misma ley utilice ambos términos de manera indiferenciada. Pese a ello, supone un avance que una norma con rango legal en nuestro país introduzca dicha terminología.

el teletrabajo es una herramienta que presenta un importante potencial de cara a lograr la integración de las personas con discapacidad en el mercado laboral.

No obstante, aunque se recoja dicha preferencia, dado el amplio espectro de discapacidades que pueden presentarse deberá atenderse al caso concreto para determinar si el teletrabajo puede tener un impacto positivo en la integración de dicho trabajador en concreto. En este sentido cabe destacar como el trabajo a distancia se muestra como una herramienta idónea en caso de discapacidades físicas que limiten la movilidad, ya que facilita el acceso a oficinas y centros empresariales que no se encuentran correctamente habilitados[56]. Sin embargo, en el caso de personas con un tipo de discapacidad psíquica o sensorial se teme que esta modalidad de trabajo pueda aumentar la invisibilidad de los mismos en el ámbito empresarial, teniendo en consecuencia un efecto contrario al buscado[57].

Finalmente, la última referencia expresa a este colectivo de trabajadores la podemos encontrar en el artículo 22 RDTD, el cual recoge las facultades de control empresarial, señalando que en el establecimiento y aplicación de las medidas de vigilancia y control la empresa deberá guardar "la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad." Sin establecer tampoco este artículo ninguna medida específica o contenido mínimo que permita garantizar efectivamente el derecho a la igualdad y a la no discriminación de estos trabajadores.

B) La actual regulación del teletrabajo de las personas con discapacidad en la Ley 10/2021 de trabajo a distancia

Como se ha indicado anteriormente, el RDTD fue sustituido en el año 2021 por medio de la Ley 10/2021, de trabajo a distancia, la cual en esta materia ha introducido una serie de matices que merecen especial mención.

En primer lugar, se ha modificado el artículo 4, que tal y como ya se ha indicado regula el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación. Esta modificación ha consistido en la introducción de un matiz en la regulación del derecho a la no discriminación, concretamente al establecer que las empresas deben evitar cualquier discriminación ha añadido lo siguiente: "asegurando la igualdad de trato y la prestación de apoyos, y realizando los ajustes razonables que resulten procedentes." Tal y como puede apreciarse esta modificación no añade nada relevante a la redacción previa de este precepto, reiterando la obligación de garantizar la igualdad de trato -que ya se encuentra de por sí recogida en el propio título del precepto y garantizado implícitamente en su primer párrafo- e incorporando una serie de términos indeterminados que de nuevo no se encuentran acompañados de ninguna unidad de referencia que nos permita concretar cuando se considera que la empresa ha realizado ajustes que se consideren razonables y cuando simplemente ha eludido su responsabilidad.

En segundo lugar, se modifica el contenido del artículo 11, regulador del derecho a la dotación y mantenimiento de medios, equipos y herramientas suficientes para el desempeño de la labor productiva. En la nueva redacción de este precepto se hace referencia de manera expresa a las personas con discapacidad, estableciendo que "en el caso de personas con discapacidad trabajadoras, la empresa asegurará que esos medios, equipos y herramientas, incluidos los digitales, sean universalmente accesibles, para evitar cualquier exclusión por esta causa." En nuestra opinión la inclusión de esta obligación concreta resulta muy acertada y era sin duda necesaria, ya que la adaptación de los medios -digitales o analógicos- a la concreta situación del trabajador garantiza el voluntario acceso de todos y cada uno de los trabajadores -independientemente del tipo de discapacidad que padezcan- al

[56] Así lo recoge el Informe Discapacidad y Relaciones Laborales, cit., p. 9, al indicar que un 81% de las personas que presentan una discapacidad física valoran positivamente el teletrabajo como herramienta de inclusión social.

[57] Informe Discapacidad y Relaciones Laborales, cit., p. 9. En este caso el informe citado muestra como únicamente un 36% de las personas con discapacidad psíquica valoran positivamente el teletrabajo como herramienta de inclusión social, aumentando dicho porcentaje hasta un 55% en el caso de personas con una discapacidad sensorial.

teletrabajo, permitiendo así que el teletrabajo se muestre como una auténtica herramienta que pueda fomentar la inclusión laboral de este colectivo de trabajadores.

También se modifica por medio de la aprobación de esta ley el artículo 16 de evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva, añadiendo que en dicha evaluación y planificación además de atender a los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos, la empresa deberá prestar especial atención a aquellos factores relacionados con la accesibilidad al entorno laboral efectivo. Este también constituye un punto esencial en la garantía de la igualdad y la inserción laboral de las personas con discapacidad, sin embargo, se echa en falta una mayor concreción de la ley en este punto, cobrando en consecuencia de nuevo un papel protagonista la negociación colectiva, que será nuevamente la que deba colmar todos estos puntos.

Como puede extraerse del análisis realizado, si bien es cierto que desde la aprobación del RDTD se ha avanzado por medio de la introducción de unos mínimos matices en la regulación del teletrabajo en el caso de trabajadores con discapacidad, sigue siendo necesario la modificación de diversos aspectos contenidos en la LTD, de modo que efectivamente se garantice la igualdad y la no discriminación en materia de teletrabajo y que esta modalidad de trabajo fuera de los centros empresariales se convierta realmente en una herramienta de inclusión social y no aumente la desigualdad ya existente en nuestro marco jurídico-social.

C) Breve referencia a la regulación en el ámbito público

Finalmente, no puede cerrarse el análisis de la normativa legal sin hacer al menos una breve referencia a como ha afrontado la normativa pública la regulación de esta materia. Como consecuencia de la exclusión del ámbito de aplicación de la ley del trabajo a distancia tanto del personal funcionarial como del personal laboral de la Administración pública[58], se aprobó en nuestro país el RD 29/2020[59], a través del cual se incorporó al EBEP[60] el artículo 47 bis regulador del teletrabajo.

Tampoco en este precepto podemos encontrar ninguna referencia expresa a los trabajadores con discapacidad, recogiendo únicamente -al igual que la LTD- contenidos mínimos cuyo desarrollo deja a cargo de nuevo a la negociación colectiva. Entre otros aspectos, remite a la misma para el establecimiento de los criterios objetivos a tomar en consideración para el acceso a la modalidad de teletrabajo. Como consecuencia, nos encontramos de nuevo aquí con una normativa genérica y muy limitada en la regulación de una figura que, como se ha visto a lo largo de todo el capítulo, cobra cada vez un mayor protagonismo en el ámbito laboral[61].

En este punto, cabe también hacer referencia al Acuerdo de la mesa general de negociación de la Administración del Estado sobre desarrollo del teletrabajo en la Administración General del Estado, celebrado el día 12 de abril de 2021, el cual sí que incorpora una referencia expresa a la posibilidad de

[58] En concreto por medio de dos preceptos, por un lado sobre la base del art. 1 LTD, y por otro lado, en lo referente al personal laboral, sobre la base de la disposición adicional segunda, al disponer esta que "las previsiones contenidas en el presente real decreto-ley no serán de aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, que se regirá en esta materia por su normativa específica."

[59] Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

[60] Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

[61] Cfr. Baquero Aguilar, J.: "La regulación del teletrabajo en la función pública", en VV.AA.: *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI*, Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Esposito, M. y Perán Quesada, S. (Dirs.), Granada, Comares, 2021, pp. 914-913. Este autor señala en este sentido que "da la sensación de que se ha regulado con carácter de urgencia y de transitoriedad pensando más en que la situación de la COVID-19 será pasajera y que el uso del teletrabajo no será una opción preferente en el marco de nuestra función pública."

tener en cuenta la discapacidad como un posible criterio de preferencia aplicable a la hora de acceder a esta modalidad de trabajo, sin recoger no obstante la obligatoriedad del mismo.

Por lo tanto, si la regulación del teletrabajo en el sector privado es escasa y deficiente, incluso cuando existe una norma específica destinada a regular esta modalidad de trabajo, la regulación existente en el sector público, limitada a un único precepto genérico y que remite en lo que a su desarrollo se refiere a la negociación colectiva, deja como no podía ser de otra forma muchos aspectos sin contemplar, y que requerirán un mayor desarrollo para garantizar que la adopción y aplicación del teletrabajo en el sector público se realice bajo unas condiciones mínimas de protección y seguridad, no suponiendo este una fuga del trabajo decente como han afirmado ya algunos autores[62].

Ante las múltiples carencias y lagunas presentes en la regulación del teletrabajo en la Administración Pública, se encuentra en proceso de aprobación una normativa destinada a regular de manera específica esta figura en el sector público. Con este fin, fue publicado el 15 de diciembre el Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Teletrabajo en la Administración del Estado[63]. En este proyecto, concretamente en su artículo 15, vuelve a establecerse la posibilidad de fijar como criterio de preferencia en el acceso al teletrabajo la discapacidad, lo cual supone un avance positivo en la regulación del teletrabajo en este colectivo, ya que como se ha señalado el teletrabajo puede facilitar la inclusión laboral de las personas con discapacidad, especialmente en el caso de trabajadores con determinadas limitaciones de movilidad[64]. Sin embargo, de nuevo no se hace ninguna otra referencia a este colectivo en toda la norma.

Todo ello muestra como tanto en el sector público como privado resta un largo camino para que el teletrabajo pueda efectivamente ser adoptado y aplicado en nuestro marco laboral garantizando la igualdad y no discriminación y ofreciendo una efectiva protección a estos trabajadores.

2. El tratamiento del teletrabajo y la discapacidad en la negociación colectiva en Andalucía

No puede concluirse el análisis de esta materia sin evidenciar el importante papel otorgado por la normativa reguladora del trabajo a distancia a la negociación colectiva en nuestro país, existiendo un amplio número de llamadas a la misma en la regulación de aspectos clave como son el establecimiento de los criterios de preferencia en el acceso al teletrabajo, la fijación del periodo de referencia para calificar una prestación bajo esta modalidad como regular, etc[65].

Como se ha indicado, la primera normativa destinada a regular el teletrabajo en nuestro país fue aprobada el 22 de septiembre del año 2020, en consecuencia, han transcurrido prácticamente dos años, periodo en el cual se han aprobado en Andalucía un amplio número de convenios y acuerdos colectivos[66].

---

[62] Vila Tierno, F.: "Definición y delimitación del trabajo a distancia: el teletrabajo", en VV.AA.: *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI*, Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Esposito, M. y Perán Quesada, S. (Dirs.), Granada, Comares, 2021, p. 638.

[63] Disponible en: https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/14122021-Proyecto-RD-Teletrabajo-AGE.pdf

[64] Cfr. Rueda Monroy, J.A.: "Las particularidades del teletrabajo en los trabajadores con discapacidad", en VV.AA.: *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI*, cit., p. 947.

[65] Un análisis concreto y detallado sobre el tratamiento dado por la negociación colectiva a la modalidad de teletrabajo en términos generales en España puede encontrarse Ruiz Santamaría, J. L., Montes Adalid, G., y Ríos Pérez, A.: "Tratamiento en la negociación colectiva del teletrabajo" en VV.AA.: *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI*, Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Esposito, M. y Perán Quesada, S. (Dirs.), Granada, Comares, 2021, pp. 797-836.

[66] Concretamente, se han aprobado -desde el día 22 de septiembre del año 2020 hasta febrero del año 2022- en la Comunidad de Andalucía un total de 600 convenios y acuerdos colectivos.

Sin embargo, únicamente hemos podido encontrar un total de seis convenios colectivos que regulen la modalidad de trabajo a distancia o de teletrabajo. Por lo tanto, a continuación analizaremos cuál es el contenido que incorpora cada uno de dichos convenios con el fin de determinar si realmente la negociación colectiva está colmando los defectos y ambigüedades que presenta la ley del teletrabajo por medio de las continuas remisiones que realiza a dichos instrumentos.

Concretamente los convenios y acuerdos que han sido analizados y cuyas conclusiones son plasmadas en este capítulo son los siguientes:

— Convenio Colectivo de la Asociación Fondo Andaluz de Municipios para la Solidaridad Internacional (FAMSI)[67].

— Convenio Colectivo provincial del sector de la construcción y obras públicas de Cádiz[68].

— Convenio Colectivo del Sector de las empresas distribuidoras de Energía Eléctrica en la Provincia de Córdoba[69].

— Convenio Colectivo del Sector de las Industrias vinícolas, licoreras y alcoholeras de la Provincia de Córdoba[70].

— Convenio Colectivo de las Industrias del Aceite y sus derivados de la Provincia de Córdoba[71].

— Convenio Colectivo del sector de comercio del automóvil, caravanas, motocicletas, bicicletas y sus accesorios[72].

En dicho análisis agruparemos los distintos convenios señalados tomando como criterio de referencia el tratamiento que los mismos realizan del teletrabajo, fundamentalmente buena parte de los convenios recogidos dedican al menos un precepto específico a la regulación de esta figura mientras que el resto únicamente incorporan, tal y como veremos, una referencia a la posibilidad de prestar los servicios por medio del teletrabajo pero sin añadir, nada o prácticamente nada, diferente a lo ya plasmado en la ley de trabajo a distancia.

Siguiendo este criterio, podemos ver como el CC de la Asociación Fondo Andaluz de Municipios para la Solidaridad Internacional recoge expresamente que "las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, la ordenación del tiempo de trabajo y la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa y serán establecidas de mutuo acuerdo entre las partes." No pudiendo encontrar en este convenio ninguna otra referencia al teletrabajo o al trabajo a distancia, ni tan siquiera cuando regula el derecho a la igualdad y a la no discriminación, momento en el cual únicamente reconoce que todo el personal de la empresa tendrá derecho a la igualdad de oportunidades en términos generales, esto es, tanto en el acceso y desarrollo del empleo, como en la formación y promoción profesional.

[67] BO. Junta de Andalucía 15 junio 2021, núm. 113.
[68] BO. Cádiz 23 noviembre 2021, núm. 223.
[69] BO. Córdoba 4 octubre 2021, núm. 189.
[70] BO. Córdoba 17 junio 2021, núm. 114.
[71] BO. Córdoba 23 septiembre 2021, núm. 182.
[72] BO. Sevilla 10 septiembre 2021, núm. 210.

En el mismo sentido se encuentra plasmado en el CC provincial del sector de la construcción y obras públicas de Cádiz. En este caso concreto, en materia de igualdad y no discriminación, se recoge una declaración de intenciones de propulsar e impulsar el acceso a medidas que permitan la conciliación de la vida personal y profesional de los trabajadores, resaltando entre dichas medidas las contenidas en la LTD, eso sí, únicamente cuando "resulte viable". No especificando tampoco en este punto cuando la adopción de esta modalidad como alternativa para la conciliación se considera "viable", ni recogiendo tampoco un criterio cuantitativo que nos permita concretar dicho requisito. Por otro lado, en la ordenación del tiempo de trabajo únicamente se recoge la necesidad de tomar en consideración las diversas modalidades de prestación de trabajo como es, entre otras, el teletrabajo. Finalmente, recoge este precepto que los trabajadores que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o del terrorismo podrán realizar -siempre que su puesto y funciones lo permitan- su servicios a distancia -ya sea de manera total o parcial- o a dejar de hacerlo.

Por último, el CC de las Industrias del Aceite y sus derivados de la Provincia de Córdoba recoge en materia de teletrabajo la obligación de aplicar lo dispuesto en la normativa reguladora de la misma, debiendo en todo caso las empresas de este sector articular "los medios necesarios para el adecuado ejercicio y respecto de los derechos establecidos en los artículos 87 a 91 de la LOPD y en la normativa que la desarrolla o sustituya." No recogiéndose nada más al respecto sobre el teletrabajo o el trabajo a distancia en ningún otro punto de esta norma.

Como puede extraerse del análisis realizado, estos convenios no aportan absolutamente nada respecto a lo ya dispuesto en la ley, limitándose a recoger, de manera escueta y genérica, la posibilidad de prestar los servicios por medio de esta modalidad de trabajo, sin recoger una serie de criterios de preferencia en el acceso al mismo, medidas específicas que permitan garantizar la igualdad y no discriminación por discapacidad, por razón de género, etc. En concreto, y en lo que aquí nos interesa, no se recoge en ningún momento la posibilidad de que las personas con discapacidad puedan optar con carácter preferente a esta forma de prestación del servicio a distancia, ni por supuesto ningún tipo de garantía que permita evitar que esta modalidad de trabajo vulnere los derechos a la no discriminación de este colectivo de trabajadores o afecte negativamente a su salud o dignidad.

Por otro lado, tal y como se ha señalado, el resto de los convenios recogidos recogen al menos un precepto específico destinado a regular el teletrabajo o trabajo a distancia. Sin embargo, pese al avance que ello supone respecto al caso anterior, el contenido de dichos preceptos dista mucho de ser suficiente y satisfactorio en la regulación de esta materia.

En primer lugar, cabe destacar el CC del Sector de las empresas distribuidoras de Energía Eléctrica en la Provincia de Córdoba, el cual, por medio de su artículo 33, bajo la rúbrica "Teletrabajo y desconexión digital" regula la aplicación en la empresa de esta modalidad de trabajo a distancia. En concreto, dispone el deber de las empresas de dicho sector de articular "los medios necesarios para el adecuado ejercicio y respecto de los derechos establecidos en los artículos 87 a 91 de la LOPD y en la normativa que la desarrolle o sustituya"[73]. Cabe destacar cómo este convenio recoge una particularidad que no se encuentra presente en ninguno de los otros convenios aquí plasmados, siendo en concreto la aprobación de un plus de teletrabajo cifrado en 25 € mensuales, sin entrar a especificar esta norma en base a que se recoge dicha cantidad o por qué razón.

En segundo lugar, también podemos encontrar un precepto concreto regulador del teletrabajo en el CC del Sector de las Industrias vinícolas, licoreras y alcoholeras de la Provincia de Córdoba, concretamente el art. 43 del mismo. Este precepto, tras reproducir literalmente el mismo contenido que ya poníamos de manifiesto en el convenio anterior -esto es la obligatoriedad de aplicar la normativa reguladora del trabajo a distancia y de establecer los medios necesarios para ello- recoge

[73] Como puede verse se ha reproducido en diversos CC de los que aquí se han analizado la misma obligación genérica y en todo caso insuficiente para dotar a los teletrabajadores de las garantías mínimas que esta modalidad de trabajo requiere.

la regulación del derecho a la desconexión digital. En concreto, podemos encontrar en este precepto una redacción que contempla tanto lo dispuesto en el artículo 18 LTD como en el artículo 88 de la LPDP[74], especificando el derecho de los trabajadores a no contestar a los correos electrónicos y llamadas telefónicas profesionales que reciban fuera de su horario de trabajo, sin que ello pueda implicar una represalia empresarial. Para ello, recoge este precepto que se deberán realizar por parte de la empresa actividades formativas y de sensibilización en esta materia, así como otorgar a los trabajadores información suficiente, de modo que los mismos tengan conocimiento de su derecho a la desconexión digital. Por lo tanto, al menos en lo referente a la desconexión digital, vemos un avance en materia de teletrabajo en este convenio.

Finalmente, cabe destacar el CC del sector de comercio del automóvil, caravanas, motocicletas, bicicletas y sus accesorios, siendo este el convenio que mayor atención ha prestado a la regulación del teletrabajo, dedicando al mismo todo el capítulo IX, titulado trabajo a distancia y teletrabajo. Este capítulo está integrado por cuatro artículos y habría que añadir también lo dispuesto en el siguiente capítulo, referente al derecho de los trabajadores a la intimidad y a la desconexión digital en el entorno digital. Pese a ello, si se analiza con mayor detenimiento el contenido de las disposiciones de este capítulo, es más que evidente que nada aportan a lo ya recogido en la ley, limitándose de nuevo en este caso a reproducir textualmente y de manera abreviada el contenido de la ley de trabajo a distancia y de la LPDP.

En lo referente a la regulación del teletrabajo en el colectivo de personas con discapacidad, lo único que recoge este convenio es que en el ejercicio de las facultades empresariales de organización, dirección y control, podrán ser utilizados medios telemáticos, siempre y cuando se guarde en el uso de los mismos "la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad." Como puede apreciarse, se ha recogido en este sentido prácticamente lo mismo que ya se encuentra plasmado en la normativa reguladora del trabajo a distancia, no aportando en consecuencia nada que permita garantizar que la adopción del teletrabajo en el ámbito empresarial sea realizada en un marco jurídico y convencional adecuado que permita garantizar efectivamente la igualdad y no discriminación de este colectivo de trabajadores, que como venimos señalando puede verse afectado en mayor medida por dicho cambio de trabajo presencial a trabajo telemático.

El breve análisis realizado, tanto de la legislación actualmente vigente como de los principales convenios colectivos aprobados en el periodo de tiempo que ha transcurrido desde la aprobación del RD 28/2020, nos permite ver en términos generales la situación en la que se encuentra la regulación del teletrabajo y del trabajo a distancia en el colectivo de personas con discapacidad, siendo esta manifiestamente insuficiente. Ello se debe a que la ley por su parte, se limita a recoger de manera superficial la necesidad de garantizar la dignidad de las personas con discapacidad en el teletrabajo y trabajo a distancia, pero remitiendo a la negociación colectiva en el establecimiento de las medidas específicas que permitan conseguir dicho objetivo. Por su parte, la negociación colectiva[75] no ha tomado el relevo como se esperaba, limitándose en todos los casos vistos a reproducir de manera abreviada lo ya recogido en la ley.

VI. CONCLUSIONES CRÍTICAS

En el año 2010, por medio de la Comunicación de la Comisión denominada "Agenda Digital para Europa", se recogió ya la relevancia que las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación podrían tener en el marco europeo para hacer frente a algunos de los retos sociales más acuciantes en nuestro marco económico y social, destacando entre otros la integración de las personas

[74] Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

[75] Al menos en la Comunidad Autónoma de Andalucía, siendo este el ámbito en el que nos hemos centrado a la hora de estudiar los diversos Convenios Colectivos recogidos en este capítulo.

con discapacidad[76]. Posteriormente, en el año 2015, se plasmó en la a Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible el objetivo lograr para dicho año "el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad[77]." En el año 2017, por medio del Pilar Europeo de Derechos Sociales se establecieron 20 principios cuyo fin era conseguir una Europa social fuerte, justa, inclusiva y llena de oportunidades. Entre dicho principios figuran los siguientes: el derecho a una educación, formación y aprendizaje permanente inclusivos y de calidad, a la igualdad de oportunidades, a un apoyo activo para el empleo, a un empleo seguro y adaptable, a la inclusión de las personas con discapacidad, etc[78]. Finalmente, y como parte del Plan de Acción para la Aplicación del Pilar Europeo de Derechos Sociales, ha sido aprobada la Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para los años 2021 a 2030[79]. Esta estrategia, además de señalar la necesidad de intensificar la acción europea en la lucha en esta materia, ha recogido una serie de elementos que no pueden ser obviados en el estudio que venimos realizando. En particular, dispone que para que realmente las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación sean eficaces, entiéndase en la inclusión de las personas con discapacidad en la vida social y laboral, resulta imprescindible eliminar las barreras de accesibilidad existentes así como invertir en la consecución de las necesarias capacidades digitales. En el mismo sentido evidenció que la mejor forma, y podría decirse la única realmente efectiva, de lograr la inclusión social y de garantizar que las personas con discapacidad gocen de autonomía económica es conseguir su participación en el mercado laboral.

Sin embargo, y pese a todos los propósitos y acciones planteados a nivel europeo, el análisis realizado muestra que la situación real de las personas con discapacidad en nuestro mercado laboral sigue siendo discriminatoria, no habiéndose logrado la plena inclusión ni mucho menos el pleno empleo de este colectivo. Recientes informes muestran como cerca del 13% de las personas con discapacidad en nuestro país no tienen conexión a Internet en su domicilio, un 38% de ello -aun teniendo acceso a la red- ha reconocido no desenvolverse con soltura en la misma y finalmente, casi la mitad de las personas con discapacidad en nuestro país ha reconocido haber encontrado barreras en el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación[80].

A todos estos problemas -que deben ser afrontados lo antes posible tanto a nivel europeo como nacional y comunitario para lograr la efectiva inclusión de las personas con discapacidad en el mercado económico, social y laboral-, debemos de sumarle el impacto de la pandemia generada por el COVID-19. Tal y como indicamos, esta pandemia ha tenido una especial incidencia en el empleo de las personas con discapacidad, habiéndose reducido considerablemente el número de personas con discapacidad ocupadas en nuestro país como consecuencia, entre otras razones, del tipo de empleo que en mayor medida ostenta este colectivo de personas y que se ha visto más afectado por las medidas de contención sanitaria. En este sentido, cerca de un 35% de las personas con discapacidad en nuestro país afirman que la naturaleza de su trabajo hace que el mismo no sea susceptible de ser realizado a domicilio[81].

Finalmente, si al conjunto de problemas actualmente existentes en nuestro país en materia de inclusión y no discriminación le sumamos la inexistencia de una normativa suficiente -tanto en la

[76] Cfr. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: una Agenda Digital para Europa, 2010, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0245&from=ES, p.7.

[77] Cfr. Resolución de la Asamblea General, Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1_es.pdf, p. 22.

[78] Cfr. Pilar Europeo de Derechos Sociales, disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_es.pdf

[79] Cfr. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, una Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:52021DC0101.

[80] Informe Adecco sobre Discapacidad y Relaciones Laborales, cit., p. 13.

[81] Cfr. Informe Odismet Efectos y consecuencias de la crisis del COVID19 entre las personas con discapacidad, cit., p. 44.

propia ley como en la negación colectiva- en materia de teletrabajo que permita efectivamente que esta modalidad de empleo se alce como una opción viable a tener en cuenta en la inclusión laboral de las personas con discapacidad, no resulta sorprendente que se afirme que el teletrabajo no es una fórmula que haya tenido especial calado en la inclusión de este colectivo de trabajadores[82]. Es más que evidente que resta un largo camino por recorrer para que efectivamente el teletrabajo deje de ser una promesa de futuro y se convierta en una efectiva tabla de salvación[83], especialmente desde un punto de vista de la inclusión y no discriminación en materia de empleo.

Para ello, será necesario en primer lugar que la negociación colectiva ocupe realmente el papel protagonista que le ha sido otorgado en esta materia, no limitándose a reproducir de manera escueta y general lo ya dispuesto en la ley, estableciendo medidas específicas que permitan garantizar un acceso preferente y bajo efectivas garantías de las personas con discapacidad al teletrabajo. También será necesario garantizar el efectivo acceso a la red, a las herramientas digitales necesarias para el desarrollo de la labor productiva y por supuesto, fomentar la formación y capacitación de todos los trabajadores y especialmente de los trabajadores con discapacidad en las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

En definitiva, tanto en el ámbito nacional como en la Comunidad Autónoma de Andalucía la regulación legal actual en esta materia presenta un papel de ley marco, siendo necesario un amplio desarrollo normativo que permita cumplir todos los objetivos que se han establecido tanto a nivel europeo como comunitario.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Baquero Aguilar, J.: "La regulación del teletrabajo en la función pública", en VV.AA.: *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI*, Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Esposito, M. y Perán Quesada, S. (Dirs.), Granada, Comares, 2021.

Domingo Monforte, J., y Salvador Álvarez, N.: "Hiperconectividad digital y salud laboral", *Revista Diario La Ley*, núm. 9.638, 2020.

Gala Durán, C.: "Teletrabajo y conciliación de la vida personal, familiar y laboral: ¿Solución o trampa?" en VV.AA.: *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Rodríguez-Piñero Royo, M., y Todolí Signes, A., (Dirs.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

García Perrote Escartín, I., y Mercader Uguina, J.R.: "La regulación del trabajo a distancia, un modelo en construcción", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 237, 2020.

Gómez Salado, M.A.: "El fomento del empleo por cuenta propia" en VV.AA.: *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo,* Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F. y Maldonado Molina, J.A., Murcia, Laborum, 2020.

Goytre Boza, J.L.: "Un ejemplo de empleo de personas con discapacidad por teletrabajo en España: Proyecto Discatel", *Revista Española de Discapacidad*, núm.1, 2013.

Martín-Pozuelo López, A.: "Una aproximación al concepto, modalidades y principales ventajas e inconvenientes del teletrabajo", en VV.AA.: *El teletrabajo,* Sala Franco, T. (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

[82] Ibidem.

[83] García Perrote Escartín, I., y Mercader Uguina, J.R.: "La regulación del trabajo a distancia, un modelo en construcción", cit., p.13.

Mella Méndez, L.: "Configuración general del trabajo a distancia en el derecho español", en VV.AA.: *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés*, Mella Méndez, L. (Dir.), Madrid, Wolters Kluwer, 2017.

Mella Méndez, L.: "Valoración crítica del RD-ley 28/2020, en especial sobre la protección de la salud en el trabajo a distancia", en VV.AA.: *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Rodríguez-Piñero Royo, M., y Todolí Signes, A., (Dirs.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

Monereo Pérez, J.L. y López Vico, S.: *El Teletrabajo tras la pandemia del COVID-19*, Murcia, Laborum, 2022.

Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.N.: "La negociación colectiva empresarial ante las exigencias de adaptabilidad y reorganización de los sistemas productivos", en *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 76, 2004.

Monereo Pérez, J.L., Ojeda Avilés, A., Gutiérrez Bengoechea, M.: *Reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones,* Murcia, Laborum, 2021.

Pedrosa Alquézar, S.I.: "La protección frente al estrés y el tecnoestrés en tiempos de pandemia", en VV.AA.: *Salud y Asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19,* Monereo Pérez, J.L, Rivas Vallejo, M.P., Moreno Vida, M.N., Vila Tierno, F., y Álvarez Cortés, J.C. (Dirs.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

Rueda Monroy, J.A.: "Las particularidades del teletrabajo en los trabajadores con discapacidad", en VV.AA.: *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI*, Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Esposito, M. y Perán Quesada, S. (Dirs.), Granada, Comares, 2021.

Ruiz Santamaría, J. L., Montes Adalid, G., y Ríos Pérez, A.: "Tratamiento en la negociación colectiva del teletrabajo" en VV.AA.: *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI*, Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Esposito, M. y Perán Quesada, S. (Dirs.), Granada, Comares, 2021.

Ruiz Santamaría, J.L.: "Personas con discapacidad en el mercado de trabajo actual: especial referencia a España y Andalucía" en VV.AA.: *Las políticas de empleo en el ámbito local. Especial atención a colectivos desfavorecidos: jóvenes, mayores y discapacitados*, Álvarez Cortés, J.A. (Dir), Asociación Malagueña de Estudios e Investigaciones Sociales, 2017.

Sagardoy de Simón, I.: "Algunos puntos críticos en relación con el teletrabajo" en VV.AA.: *Puntos críticos en relación al teletrabajo (tras el RD 28/2020, de 22 de septiembre),* Sagardoy de Simón, I. y Núñez-Cortés Contreras, P. (Dirs.), Madrid, Dykinson, 2021.

Sierra Benítez, E. M.: *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Sevilla, Consejo Económico y Social de Andalucía, 2011.

Sierra Benítez, E.M.: "La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia", en VV.AA.: *La reforma laboral 2012: su impacto en la economía y el empleo*, Núñez-Cortés Contreras, P. (Dir.), Madrid, Dykinson, 2013.

Sierra Benítez, E.M.: "La nueva regulación del trabajo a distancia", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 1, núm. 1, 2013.

Vila Tierno, F.: "Definición y delimitación del trabajo a distancia: el teletrabajo", en VV.AA.: *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI*, Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Esposito, M. y Perán Quesada, S. (Dirs.), Granada, Comares, 2021.

Villalón Cruz, J.: "Aspectos prácticos de la nueva regulación del teletrabajo", *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, Vol. 1, núm. 11, 2021.

VV.AA.: *Claves prácticas laborales. La nueva regulación del trabajo a distancia y el teletrabajo,* Godino Reyes, M. (Coord.), Madrid, Lefebvre, 2020.

Laborum

Bloque II: La Protección Social de las Personas con Discapacidad en Andalucía

Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

1. Atención A Las Necesidades Sociales De Las Personas Con Discapacidad Por Los Servicios Sociales En España Y Andalucía

María Teresa Gijón Sánchez
Profesora Titular del Departamento de Trabajo Social y Servicios Sociales
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0001-8465-3452

Rafael Conejo Trujillo
Profesor Asociado Departamento de Trabajo Social y Servicios Sociales
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0003-2932-4343

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PERSONAS CON DISCAPACIDAD, MÁS ALLÁ DE SU CONCEPTUALIZACIÓN COMO COLECTIVO DE INTERVENCIÓN SOCIAL. III. NECESIDADES DE ACCESO Y UTILIZACIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES EN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA. IV. RESPUESTA DE LOS SERVICIOS SOCIALES A LAS NECESIDADES SOCIALES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL CONTEXTO DE PANDEMIA DE COVID-19.V. CONSIDERACIONES FINALES.VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

Los servicios sociales son una red de servicios, recursos y prestaciones dirigida a garantizar el derecho de todas las personas a la protección social. Con este propósito actúan ante la amplia gama de necesidades sociales de una sociedad, de ciertos grupos dentro de esa sociedad y de personas individuales en situaciones específicas (European Commission, 2022). Entre las prioridades de atención, prestan actividades esenciales de atención primaria y de atención especializada a las necesidades y capacidades de las personas con discapacidad y sus entornos.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS, 2022) aumenta la población mundial que presenta discapacidad, y se estima que más de mil millones de personas experimentan discapacidad. Es decir, el 15% de la población mundial demanda atención de los servicios sociales y los servicios sanitarios como consecuencia de tener limitada su capacidad de funcionar o realizar actividades de la vida cotidiana, debido al padecimiento a largo plazo de una discapacidad física, mental, intelectual y/o sensorial, o a causa de la interacción entre ellas. Además, Naciones Unidas advierte que entre las personas mayores más del 46% de la población mundial de 60 y más años tienen discapacidades, y más de 250 millones de personas mayores sufren discapacidades entre moderadas y graves (United Nations, 2022). Conjuntamente a la edad, otras dificultades específicas que afrontan las personas con discapacidad se relacionan con la intersección de la identidad de género, etnia, clase social, orientación sexual o con cualquier otra condición causante de vulnerabilidad o exclusión social, incluida la pérdida de autonomía y la dependencia. Dentro del grupo de personas con discapacidad, las mujeres, las niñas y los niños, las personas mayores, las personas sin hogar, las poblaciones inmigrantes y refugiadas, las minorías étnicas o cualquier otro grupo social vulnerable necesitan una atención prioritaria. Las necesidades sociales asociadas a la discapacidad resultan, por tanto, de la interacción entre ellas y de cualquier tipo de barreras u obstáculos de origen social estructural, que limitan o impidan su participación e incorporación plena y efectiva en la sociedad en condiciones de igualdad. Estos aspectos, que en muchas ocasiones pueden resultar invisibles, incrementan el riesgo de vulnerabilidad o desventaja social desde un punto de vista multidimensional y multifactorial, y

exige una respuesta integrada y/o coordinada de los sistemas de protección social para garantizar el acceso real a las oportunidades sociales y su desarrollo social y personal. Estos propósitos, sitúan a las políticas sociales en materia de discapacidad y al sistema público de servicios sociales en una posición clave, para promover una protección social real y adecuada de los derechos humanos y sociales fundamentales de las personas con discapacidad, garantizando las condiciones de bienestar para disfrutar de una vida digna y participar en la sociedad. Simultáneamente, las organizaciones y asociaciones representativas de personas con discapacidad, también, ocupan un rol destacado en el diseño, gestión y organización de las políticas, recursos y servicios sociales destinados a prestar apoyo a las personas con discapacidad por parte de la iniciativa privada y social.

En el ámbito internacional ante la ausencia de tratados o disposiciones con referencia específica a la discapacidad, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por consenso, el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York, la *"Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad"*. La convención entró en vigor el 3 de mayo de 2008 tras la vigésima ratificación, con el propósito principal de "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" (art. 1). Este instrumento se convierte así en el primer tratado de derechos humanos que se adopta en el siglo XXI, siendo uno de los que se ha negociado con mayor rapidez en la historia del derecho internacional, e inexcusable para reconocerles el derecho al acceso, a los medios y a los instrumentos necesarios para eliminar cualquier tipo de barreras que, por tener una discapacidad, les impiden ejercer y disfrutar de todos sus derechos (Sanjosé, 2007). Su ratificación por España conlleva la necesidad de adaptar normativamente la legislación española (Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, BOE núm. 96 de 21 de abril de 2008), contribuyendo a visibilizar a las personas con discapacidad dentro del sistema de protección de derechos humanos, dotándolas de una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer sus derechos. Además, favorece alcanzar un cambio en el paradigma de la discapacidad, propiciando la superación del modelo médico y de asistencia social, para promover la importancia de adoptar la perspectiva de la discapacidad como un tema de derechos humanos (CERMI, 2006).

En respuesta a la Convención y de acuerdo al Pilar Europeo de Derechos Sociales, en marzo de 2021, la Comisión Europea adoptó la estrategia denominada *"Una Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030"*, como continuidad a la evaluación realizada de la estrategia desarrollada de 2010 a 2020 que mostró que aunque la Unión Europea (UE) ha contribuido a mejorar la accesibilidad de las personas con discapacidad y fomentar sus derechos, en materia de sanidad, empleo, educación y capacidades los avances fueron más limitados o desiguales. La nueva estrategia pretende hacer valer los derechos humanos de las personas con discapacidad, el disfrute de la igualdad de oportunidades y de participación en la sociedad y la economía, el poder decidir dónde, cómo y con quién viven, y la libre circulación en la UE, independientemente de sus necesidades de ayuda, y la no discriminación por ninguna causa. Tiene en cuenta así la diversidad de las discapacidades, y promueve una perspectiva interseccional en consonancia con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas, que manifiesta la importancia de atender las necesidades de las personas con discapacidad de manera transversal. También, resalta el valor de un nivel de vida digno y una vida independiente, mencionando que "la independencia, los servicios sociales y de empleo de calidad, la vivienda accesible e inclusiva, la participación en el aprendizaje permanente, la protección social adecuada y el refuerzo de la economía social son elementos indispensables para que todas las personas con discapacidad disfruten de una vida digna". Asimismo, dedica todo un apartado a subrayar la importancia de desarrollar la vida independiente y reforzar los servicios basados en la comunidad, acentuando que "la independencia requiere de un panorama diferenciado de servicios de calidad, accesibles, basados en la comunidad y en la familia, centrados en la persona y asequibles, que incluyan asistencia personal

y médica y la intervención de trabajadores sociales, con el fin de facilitar las actividades cotidianas y ofrecer alternativas a las personas con discapacidad y a sus familias". En definitiva, entre las diversas acciones e iniciativas que promueve esta estrategia, destacan las que tienen que ver con la posibilidad de tener una calidad de vida digna y de vivir de forma independiente. Promueve de esta forma el proceso de desinstitucionalización, la protección social y la no discriminación en cualquier ámbito, y en especial en el acceso y utilización de servicios públicos esenciales para abordar cualquier tipo de necesidad, entre los que se encuentran los servicios sociales.

Respecto a los servicios sociales, la estrategia insta a que de aquí a 2024, se alcance un marco europeo de calidad para unos servicios sociales de excelencia para las personas con discapacidad, con el fin de mejorar su prestación y el atractivo de los empleos en este ámbito. Un cometido de la Comisión Europea es garantizar que los servicios sociales en los distintos países puedan desarrollar todo su potencial en el contexto del Pilar Europeo de Derechos Sociales (European Commission, 2022). No obstante, son los Estados nacionales los principales responsables de diseñar y desarrollar políticas de protección social de acuerdo con sus tradiciones, costumbres y realidades sociales. En España este propósito está marcado por una organización compleja de gestión multinivel de los sistemas de protección social, propia de un modelo descentralizado de competencias del Estado a las comunidades autónomas. Por ello, también debemos detenernos en la legislación y planificación estratégica de estas materias en el contexto de las autonomías[1].

En España en materia de discapacidad, el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030[2] ha aprobado la *"Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030, para el acceso, goce y disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad"*. La estrategia propone transitar por un recorrido ambicioso mediante el que las administraciones públicas contribuyan a reparar y a ampliar los derechos de las personas con discapacidad en ámbitos clave como el acceso a servicios públicos, la vivienda, la educación, la salud o la cultura, que redundarán en la generación de oportunidades y nuevos yacimientos de empleo para este grupo de personas. Además, apuesta por adoptar un enfoque interseccional y con perspectiva de género, saldando la deuda existente de lucha contra

[1] La Constitución Española de 1978 no recoge entre los derechos fundamentales el derecho a los servicios sociales, si bien este derecho se contempla en numerosos artículos destinados a regular los principios rectores de la política social y económica. Entre ellos, el art. 49 recoge el derecho de las personas con discapacidad (denominados como "disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos" en la enunciación constitucional) a que los poderes públicos realicen una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración y les presten la atención especializada que requieran. Además, el art. 50, dedicado a orientar la actuación de protección social a las necesidades de las personas mayores, es el único que recoge el término "servicios sociales", al señalar que los poderes públicos promoverán su bienestar "mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio", con independencia de las obligaciones familiares. Al mismo tiempo, los servicios sociales se incluyen entre las competencias que pueden asumir las comunidades autónomas con el término de "asistencia social" (art.148.1.20 º), de modo que la administración general del Estado desarrolla un papel de coordinación y co-financiación. Con base a este artículo, las diecisiete comunidades autónomas asumen en sus Estatutos de Autonomía la competencia en servicios sociales y, desde la década de los 80 del pasado siglo, comienzan a elaborar y aprobar leyes de servicios sociales con elementos comunes entre ellas respecto a los principios, actuaciones y prestaciones propuestas, así como en la regulación de la relación con el sector privado en la prestación de servicios sociales. Hoy en día, todas las comunidades autónomas disponen de leyes de segunda o tercera generación, caracterizadas por configurar las prestaciones sociales como derecho subjetivo mediante los catálogos y las carteras de servicios sociales, así como su tutela judicial efectiva. Junto a ello, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, establece que los ayuntamientos con población superior a 20.000 habitantes tienen la obligación de prestar servicios sociales, definiendo esta prestación en los siguientes términos "evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social" (art. 26.1.c). Análogamente, entre las competencias que el Estado y las comunidades autónomas pueden delegar en los municipios se incluye la de prestar "servicios sociales, promoción de la igualdad de oportunidades y la prevención de la violencia contra la mujer" (art. 27.3).

[2] Como organismo autónomo el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, además, cuenta con un Real Patronato sobre Discapacidad, con más de 100 años de historia, que tiene como propósito promover y mejorar los derechos de las personas con discapacidad mediante la planificación de políticas, estrategias, planes y programas.

las desigualdades históricas que afectan a las mujeres y niñas con discapacidad. En el caso de la comunidad autónoma andaluza también, recientemente, ha aprobado el *"III Plan de Acción Integral para las personas con discapacidad en Andalucía"* (2022), con la misión de mejorar las condiciones de vida, promover la inclusión y garantizar eficazmente los derechos de las personas con discapacidad y sus familias, como miembros de pleno derecho de la sociedad, desarrollando para ello una atención integral centrada en la persona[3].

En este trabajo presentamos una revisión teórica y legislativa sobre cómo se configura la atención a las necesidades sociales de las personas con discapacidad por el sistema de servicios sociales en España y Andalucía, teniendo en cuenta que la atención social tiene una composición híbrida, en la que el conjunto de servicios y recursos públicos dispuesto incluye todos aquellos correspondientes al ámbito del sector privado con y sin ánimo de lucro. Además, esta atención camina en paralelo a la legislación que de manera específica protege los derechos de protección social de las personas con discapacidad y las personas en situación de dependencia. Para ello, en primer lugar, planteamos un análisis del término discapacidad, sobre el que se argumenta la importancia que detentan los debates que acoge su conceptualización actual para alcanzar un cambio de paradigma en la atención desde un marco de derechos humanos y de atención social centrada en la persona. En segundo lugar, realizamos un análisis sobre la configuración del acceso y la utilización de los servicios sociales dispuestos para atender las necesidades y capacidades de las personas con discapacidad y los factores que inciden en la prestación de estos servicios, teniendo en cuenta que los servicios sociales en España están condicionados aún por la ausencia de una ley marco de ámbito nacional. Por tanto, la organización y funcionamiento de los servicios sociales da lugar a la configuración de diecisiete sistemas autonómicos de servicios sociales dispares, aunque con ciertos elementos en común. Finalmente, en tercer lugar, presentamos el perfil de personas con discapacidad que requieren una respuesta del sistema de servicios sociales, al tiempo que remitimos a su situación de vulnerabilidad en el contexto de pandemia COVID-19, para hacer una breve referencia a cómo los servicios sociales son actividades esenciales para promover su inclusión en tiempos de crisis y emergencia.

II. PERSONAS CON DISCAPACIDAD, MÁS ALLÁ DE SU CONCEPTUALIZACIÓN COMO COLECTIVO DE INTERVENCIÓN SOCIAL

La discusión sobre la conceptualización del término discapacidad es relevante en este trabajo, en la medida en que su análisis permite avanzar en la construcción de un paradigma de atención social acorde con el enfoque de los derechos humanos. Un paradigma que nos permite progresar socialmente hacia la eliminación de las desigualdades sociales, a las que vienen enfrentándose las personas con discapacidad cuando intentan cubrir sus necesidades sociales, y aspira a consolidar la prestación de unos servicios sociales de calidad potenciando su rol de apoyo frente al asistencialismo. Para esto, es necesario describir brevemente los elementos básicos de dicho enfoque, así como sus potencialidades y debilidades. Las diferentes maneras en que el término es definido desde las ciencias jurídicas, las ciencias de la salud, las ciencias sociales o el movimiento representativo de las propias personas categorizadas bajo dicho concepto, dan muestra de la complejidad que conlleva dicha tarea e inducen a plantear un sereno y profundo debate social con relación a esta cuestión. También, nos llevan a reflexionar en torno al significado que el empleo de uno u otro término tiene sobre la manera en que la sociedad articula los diferentes sistemas de protección social para responder a las necesidades de las personas con discapacidad, entre los que se encuentran los servicios sociales.

[3] Otros planes andaluces relacionados con la atención a las personas con discapacidad son: a) el II Plan de acción integral para las mujeres con discapacidad en Andalucía (II PAIMDA); b) el I Plan andaluz de atención integral para personas menores de seis años en situación de dependencia o en riesgo de desarrollarla 2017-2020; y c) el I Plan andaluz de promoción de la autonomía personal y prevención de la dependencia 2016-2020, que recoge un conjunto de acciones destinadas al conjunto de la población y a grupos específicos como personas mayores, personas con discapacidad, personas en situación de dependencia y personas cuidadoras.

Se parte aquí de la premisa de que la conceptualización de las personas con discapacidad va más allá de una mera cuestión terminológica, por lo que se propone abordar la discusión sobre cuál sería un buen tratamiento de la discapacidad desde un enfoque de derechos humanos. Cuestión esta que permita, en relación a las políticas públicas, reducir la distancia entre las medidas propuestas y los resultados obtenidos. Para ello, como plantea De Asis (2018)[4] para dar respuesta a este interrogante, es preciso comenzar describiendo los cuatro clásicos grandes procesos que se establecen ante el análisis de los derechos: positivación, generalización, internacionalización y especificación. Señala, como este último, se caracteriza por la aparición de derechos referidos de manera específica a colectivos o sujetos que se encuentran en determinadas circunstancias, y que normalmente los análisis sobre la discapacidad con relación a los derechos humanos, se sitúan ahí. Los derechos de las personas con discapacidad significan el proceso de especificación, desde el que se responde a situaciones concretas en las que se encuentran individuos o grupos en este tipo de situación. Pero este acercamiento o abordaje debe ser cuestionado ya que, según él, de esta manera se perpetúa la idea del sujeto con discapacidad como ser especial, fuera de lo normal. Ante esto, propone abordar la cuestión de la discapacidad desde el proceso de generalización y sus presupuestos ya que, aunque sean necesarias medidas específicas, este proceso "es el intento de compaginar la idea de igualdad formal con la de la universalidad, y con ello extender la satisfacción de los derechos a todos los sujetos [y] este [sería un] enfoque [más] adecuado de la discapacidad. [En el análisis de los procesos de configuración de los derechos, propuesto por De Asís, Palacios y Romañach añaden que] aunque en el proceso de positivación (anterior en su origen al de generalización) se habla de la igualdad, no se trata de una igualdad universal […]. Una aproximación seria y coherente a este concepto exige concebirlo como un derecho en sentido estricto y, además, como un derecho susceptible de ser considerado como derecho humano. Se trata de una exigencia que posee una justificación ética fuerte pero que sin embargo carece de un reconocimiento jurídico como derecho en sentido estricto. Esperemos que una futura reforma de nuestro texto constitucional no pase por alto esta posible configuración" (Palacios y Romañach, 2006: 18-20).

Jiménez (2007: 34) señala que "el enfoque de los derechos humanos logró su síntesis conceptual definitiva en la Declaración de Viena en 1993. Allí se estableció que los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí; que su tratamiento debe ser en pie de igualdad y que todos tienen el mismo peso; que se deben tener en cuenta las particularidades nacionales y regionales; y que es deber del Estado promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales (Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993)". También, describe siete elementos básicos e imprescindibles en los que se fundamenta el enfoque de los derechos humanos: 1) La transversalidad en la concepción de los derechos humanos en todos los ámbitos del Estado y la sociedad. 2) Principio de no discriminación y de inclusión para la universalidad. Incorporación de los derechos de grupos sociales que habían estado excluidos del derecho positivo provocando un redimensionamiento del derecho como tal. 3) Principio de dignidad humana. Énfasis no tanto en las estructuras sociales sino en las personas y sus relaciones. 4) Principio de la democracia. Participación activa, informada y protagónica en todos los niveles del proceso de toma de decisiones que afectan a la ciudadanía. 5) Responsabilidad compartida de todos los actores involucrados, distinguiendo "sujetos de derechos" de "sujetos de obligaciones" o deberes. 6) Predominio de la esfera pública, la deliberación democrática y la resolución pacífica de conflictos. Sin embargo, esto no significa abandonar el ámbito privado sino más bien publicitarlo, visibilizarlo política y socialmente, hacerlo público. 7) Primacía de lo local en el ejercicio y realización de los derechos, dado que las acciones se dirigen a la efectivización y realización de los derechos en las concretas realidades (Jiménez, 2007: 35).

[4] El desarrollo argumentativo de este autor, planteado en este trabajo, está recogido en la presentación del libro *"El modelo de la diversidad. La bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional"* publicado por Palacios y Romañach en 2006.

Según Gúendel (2000) sería algo reduccionista limitar el enfoque de los derechos humanos al derecho o a lo jurídico, ya que no todas las normas que rigen la sociedad están expresadas en leyes. Muchas constituyen convenciones o modos de actuar que responden a valores sociales no formalizados. No obstante, uno de los principales propósitos de este enfoque es la revisión del marco jurídico actual y la construcción de un marco formal de regulación de las relaciones sociales, basado en el reconocimiento de la ciudadanía de todas las personas. Ahora bien, el autor añade que el edificio jurídico construido hasta hoy se centra en un enfoque excluyente y en una noción de ciudadanía abstracta y estandarizante. Lo que resulta innovador de este enfoque es el intento de construir unas reglas del juego que aseguren que en la relación social el otro o la otra sea percibido como sujeto equivalente desde el reconociendo de sus diferencias físicas y sociales. Además, en la medida en que el ámbito que se desea regular no está referido únicamente a las relaciones formales de las personas sino, principalmente, a relaciones socioafectivas y/o cognitivas, expresiones espirituales, mitos y percepciones religiosas este enfoque debe ir más allá de un proyecto jurídico y transformarse también en un proyecto cultural, con el objetivo de crear relaciones de igualdad y un marco de libertad, que permita la libre argumentación de cada cual (Gúendel, 2000: 173-175). Para este autor, resulta paradójico el hecho de que el concepto de ciudadanía sea un concepto excluyente si no se reconoce simultáneamente qué para ser plena, tiene que ser al mismo tiempo general y específica. Ante esto, los movimientos sociales introdujeron el tema de las ciudadanías, de manera que cada una de ellas tiene su especificidad, porque cada uno de los sujetos a los que construye son distintos y no pueden ser generalizables porque precisamente si lo son tienden a desvanecer sus realidades específicas. La lucha por las ciudadanías específicas ha redefinido la política y la ha extendido, y según Gúendel, esta es una lucha que trasciende al Estado abarcando muchos otros ámbitos sociales. A esto añade que ¨las ciudadanías modernas implican la redefinición de lo social […]. Comenzando porque el conflicto social deja de concebirse como un conflicto de clase originado exclusivamente en el ámbito de las relaciones sociales de producción y del poder político centrado en el Estado, sino que se visualiza también como "un conflicto" generado por culturas e instituciones […]. Lo social no se agota en la satisfacción de necesidades, aunque desde luego esta constituye uno de los aspectos más importantes. Presupone realidades que articulan una multicausalidad de factores de tipo económico, cultural, político, social y biológico. […] Los servicios de atención social dirigidos a atender las necesidades básicas están organizados de una manera tal que [hacen pocas diferencias]. Son enfoques estandarizados que en su mayoría se sustentan [en] concepciones unilaterales […]. Plantear el problema de la especificidad y del sujeto, en general y en términos particulares para cada sector, representa poner en cuestión las bases epistemológicas de dichos enfoques y, en consecuencia, la organización de los servicios de atención¨ (Gúendel, 2000: 190-195). En aras de enriquecer la reflexión sobre el enfoque de los derechos humanos, cerramos las aportaciones de este autor, desde su afirmación de que los derechos humanos no son responsabilidad exclusiva del Estado, la llamada sociedad civil (familia y empresa) tiene responsabilidad en su reconocimiento y cumplimiento, aunque sea el primero al que compete el diseño e implementación de políticas que los reconozca y garantice; y desde los modos de plantear las políticas públicas que, según él, habría que romper: 1) abandonar la perspectiva fragmentada de lo social y sustituirla por una de carácter integral; 2) superar el enfoque biologicista de lo social, que asigna roles y enfatiza en los efectos a partir de las expresiones orgánicas; y 3) trascender el objetivismo positivista que tiende a construir categorías de lo social a partir de criterios funcionales como, por ejemplo, el de población, beneficiarios o necesidades, y sepultan las expresiones subjetivas que le dan significación a lo social. Estas categorías han venido orientando políticas públicas que tienden a no considerar las especificidades culturales, de género, etáreas o físicas, entre otras (Gúendel, 2000: 204-211).

La Constitución Española de 1978, en su art. 49, establece que ¨los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los *disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos*, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos¨. Llama la

atención que una norma de este rango, a pesar de la ratificación española de la *"Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad",* siga utilizando el término *disminuidos* para referirse a las personas con discapacidad y cómo ante la histórica reivindicación por parte del movimiento asociativo, en el que destaca el CERMI, aún existan resistencias a la propuesta de reforma de redacción de dicho artículo. En el momento en el que se realiza este trabajo, el proyecto de reforma constitucional del art. 49 de la Constitución Española, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados con fecha 21 de mayo de 2021, se encuentra vetado por los partidos conservadores VOX y PP.

Continuando con el debate terminológico desde una vertiente jurídica, el Real Decreto 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, en su art. 4.1 y 4.2, señala que "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. Además de lo establecido en el 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". Asimismo, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en su art. 2.2, indica que "se entiende por dependencia: el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal". La vertiente jurídica del concepto de discapacidad otorga un reconocimiento y da acceso a bienes, prestaciones y servicios que vienen a implementar políticas públicas que, tal como señalaba Güendel (2000), necesitan seguir siendo revisadas desde el enfoque de los derechos humanos.

Desde las ciencias de la salud, la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (en adelante CIF) promulgada por la resolución WHA54.21 de la OMS (2001), revisó la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM) de 1980, en un intento de aunar en la definición de discapacidad las perspectivas de los modelos médico (vinculado a la enfermedad) y social (concerniente a las barreras). De esta manera, se define aquí la discapacidad como fenómeno que evidencia la compleja y estrecha relación existente entre las características del ser humano y las del entorno en que vive. Desde esta nueva clasificación, se distinguen cuatro tipos de discapacidades: a) física o motora; b) sensorial, c) intelectual y d) psíquica. En la medida en que la CIF (que codifica participación y factores sociales), no se aplica de forma independiente sino complementaria a la CIE 10 (que codifica la condición de salud), su construcción se hace desde un sistema experto[5] y su finalidad de uso va dirigida a profesionales, hace pensar que este intento de acercamiento a la definición de la discapacidad nace lastrado por modelos de atención anteriores al enfoque de los derechos humanos.

Llegado este punto, es necesario aclarar algunas confusiones presentes en el imaginario social, que pueden ser observadas con cierta frecuencia desde la primera línea de la intervención social que se presta a personas con discapacidad. Por un lado, es conveniente diferenciar adecuadamente el concepto de discapacidad y el de dependencia, ya que se puede ser una persona con discapacidad

[5] Se entienden aquí los sistemas expertos, en el sentido en que los define Giddens como ¨sistemas de logros técnicos o de experiencia profesional que organizan grandes áreas del entorno social en que vivimos¨ (1994: 37).

sin presentar grado alguno de dependencia, pero estar en situación de dependencia implica tener algún tipo de discapacidad. Por otro lado, no es infrecuente asimilar la discapacidad intelectual, más relacionada con las dificultades para el aprendizaje y la comprensión, con la discapacidad psíquica, vinculada a los trastornos del comportamiento o enfermedades mentales como la esquizofrenia, bipolaridad o la depresión mayor.

Con la aparición a finales de los años 60, en el siglo XX, del Movimiento de Vida Independiente en la Universidad de Berkeley, se generó un espacio que dio cabida a numerosos cuestionamientos en el mundo de la discapacidad. Dicho movimiento se concreta en el estado español como *"El Foro de Vida Independiente y Divertad"*, a mediados del año 2001. La palabra "divertad" es una palabra inventada por dicho foro, que refleja una síntesis de dignidad y libertad. Esta palabra apunta al objetivo último del foro: la plena consecución de éstas por las personas discriminadas por su diversidad, en este caso funcional. Se definen como una comunidad constituida por personas de toda España, y de otros países, que conforma un espacio de reflexión filosófica y de lucha por los derechos de las personas con diversidad funcional (Foro de Vida Independiente y Divertad, 2001). En España, a raíz de un foro organizado por dicho movimiento en el año 2005, se propone el término *diversidad funcional* para referirse a aquellas personas que hasta ese momento eran designadas como minusválidas o discapacitadas. Algunos autores y autoras hacen hincapié en que la propuesta de este término como alternativa al de dependencia, supone que por primera vez se elimine el carácter negativo y médico para referirse a esa realidad humana (Palacios y Romañach, 2008: 8).

Conviene ahora poner la mirada sobre la evolución producida a lo largo del tiempo en la atención recibida por las personas con discapacidad, y no perder de vista los diferentes modelos que ampararon dicha atención. Cada uno de ellos construye una serie de categorías, para definir y explicar esta realidad heterogénea y diversa, que correlacionan con el tipo de respuesta que se da ante las necesidades sociales presentes en este colectivo. Por tanto, cada modelo genera un proceso de etiquetaje que sectoriza la discapacidad condicionando la relación social, profesional y el entramado institucional que se desarrollan al interior y exterior de los servicios sociales. Palacios y Romañach (2006) describen los tres paradigmas conceptuales que explican, en perspectiva histórica, los diferentes modelos de atención que existen en torno al fenómeno de lo que viene denominándose discapacidad funcional (cfr. Ruiz, 2019, Jiménez y Huete, 2010) y proponen un modelo alternativo denominado de diversidad. Se describen someramente a continuación los tres primeros: a) El modelo de la prescindencia (basado en la explicación religiosa como castigo divino). b) El modelo médico-rehabilitador (basado en la explicación científica de las causas, ha sido el modelo predominante en España. Considera la utilidad social de las personas con discapacidad siempre que se asimilen a la norma. Se da una repuesta apoyada en la institucionalización. Se caracteriza por una visión paternalista, asistencialista y caritativa). c) El modelo social o de vida independiente (coexiste junto a los anteriores. Considera que toda vida humana es igualmente digna ya que aportan a la sociedad tanto o más que el resto. Se caracteriza por proporcionar una respuesta basada en la igualdad de oportunidades, la accesibilidad universal y la eliminación de barreras). Respeto a este último modelo, inciden en que las causas que originan la diversidad funcional no son científicas sino sociales. Lo que sustenta el problema no son las limitaciones individuales, sino las restricciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y asegurar adecuadamente no solo las necesidades de las mujeres y hombres con diversidad funcional sino las de toda la ciudadanía. Ya en un plano propositivo, desde un modelo de diversidad funcional, estas autoras destacan la necesidad de cambiar la estructura mental asociada a la discapacidad que mezcla enfermedad con diversidad funcional y la clasifica por diferencias orgánicas, es decir, proponen *desmedicalizarla*[6]; también plantean la necesidad de

[6] Se trata de reducir al propio ámbito médico lo que es ámbito médico y no mezclarlo con la realidad y problemática social de las mujeres y hombres con diversidad funcional (…), esperando eternamente su vuelta a la "normalidad". De esta manera han creído a pies juntillas lo que el colectivo de los médicos les ha comunicado: que están "mal hechos" y que deben ser "reparados", que están "enfermos" y por consiguiente deben ser "curados" (Palacios y Romañach, 2006: 118).

aclarar la confusión entre autonomía moral y autonomía funcional, para abordar nuevas políticas que promuevan la *desinstitucionalización* de las personas con diversidad funcional de todas las edades; buscan promover el *cambio de terminología* que invita a erradicar la visión negativa de la diversidad funcional; señalan que la *bioética*, sacando a la luz los problemas de la *dignidad*[7], podría servir como herramienta para plantear soluciones a la discusión que nos ocupa; y finalmente reivindican la autodeterminación de la persona (Palacios y Romañach, 2006: 101). En este sentido, es importante entender la autodeterminación como la capacidad de decidir sobre sí mismo, mientras que el término autonomía designa a la capacidad de una persona para valerse por sí misma.

Desde la realidad de las personas que presentan diversidad funcional se plantean cuestiones muy relevantes, que deberían formar parte del necesario debate social sobre la cuestión terminológica y paradigmática de la que nos venimos ocupando en el capítulo. Una alude a que la discriminación por diversidad funcional es una realidad constatada y una cuestión de derechos humanos que, por tanto, necesita de igualdad de oportunidades. Otra se refiere al planteamiento de la dignidad de forma inherente al ser humano y no vinculado a su capacidad. También, hablan de la importancia de la autodeterminación como principio ético, así como de la superación de la medicalización y la institucionalización como respuesta generalizada ante la diversidad funcional. Todo ello, suscita la necesidad de abandonar los modelos del cuidado que no se correspondan con el paradigma de la ciudadanía y los derechos sociales, de manera que se adecúen, entre otras, las prácticas profesionales implementadas desde la intervención social mediante los servicios sociales.

En este apartado, queda patente como la ley regula el reconocimiento de persona con discapacidad, siendo esto lo que permite acceder a los diferentes sistemas de protección social, así como a sus correspondientes prestaciones, servicios y recursos sociales. La legislación española, aunque propende al uso del término discapacidad, aún utiliza la categoría *persona disminuida,* lo que le confiere un carácter de validez que parece no corresponderse con la demanda de las organizaciones y asociaciones que representan a las personas con discapacidad. Igualmente, la medicina todavía utiliza una conceptualización de la discapacidad en la que predomina el enfoque y abordaje biologicista equiparando discapacidad a enfermedad y, por tanto, a la persona con discapacidad con persona enferma. Queda clara, por sus consecuencias en los procesos de intervención social, la importancia que tiene la manera en qué se conceptualiza la discapacidad desde las ciencias jurídicas, médicas y sociales. Así mismo, se ha descrito la percepción de esta realidad desde la identidad de las personas categorizadas bajo el término discapacidad, y cómo a lo largo del tiempo se han construido diferentes concepciones, explicaciones y respuestas a sus necesidades sociales sin contar con su participación. Las personas con discapacidad quedan etiquetadas, colectivizadas y excluidas del proceso de construcción social de su realidad, por lo que difícilmente podrá avanzarse desde los servicios sociales en la desaparición de cualquier tipo de barreras sean estas físicas, sociales, simbólicas o culturales.

III. NECESIDADES DE ACCESO Y UTILIZACIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES EN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA

Los servicios sociales son realizados por diferentes tipos de actores en los distintos países europeos: entidades del sector público, entidades con ánimo de lucro (privadas), entidades sin ánimo de lucro (tercer sector) y actores del sector informal (redes familiares, sociales y de solidaridad colectiva) (European Commission, 2022). En España y Andalucía se configuran como un ámbito de actividad en el que el sector público ocupa un papel central (Fantova, 2022)[8]. Por un lado, el proceso

[7] Se pasa a realizar una somera aproximación al análisis teórico sobre sus diferentes concepciones en la historia y actualidad con el fin de avanzar en el conocimiento de este escurridizo concepto: La dignidad histórica o heterónoma; La dignidad definida por su contrario; La dignidad como valor intrínseco al ser humano; La dignidad definida como valor extrínseco al ser humano (Palacios y Romañach 2006: 163- 173).

[8] Según el "IV Informe sobre los servicios sociales en España y la profesión del trabajo social" elaborado por el Consejo General del Trabajo Social (Vicente, Nogués, Orgaz et al., 2022), gran parte de la financiación de entidades privadas y empresas de lo social dependen de financiación pública. De esta forma, el informe revela que el 66% de

de construcción del sistema público de servicios sociales que se implanta desde la década de los 80 del pasado siglo, está ligado al deber de los poderes públicos de ofrecer una respuesta eficaz ante las diversas y crecientes necesidades sociales del conjunto de la sociedad, grupos y personas en situaciones específicas y a las transformaciones sociales que intervienen en el origen de nuevas situaciones de vulnerabilidad. En este sistema, las personas con discapacidad son un colectivo destinatario consolidado, que demanda una atención no solo primaria sino especializada a la que tienen derecho acceder. El trabajo social, de forma general, es la profesión de referencia en la atención integral a las personas con discapacidad en situaciones de vulnerabilidad en el nivel primario y su coordinación con el nivel especializado. Por otro lado, la ordenación de los servicios sociales está unida al desarrollo del Sistema de Autonomía Personal y Atención a la Dependencia (SAAD) que forma parte del propio sistema de servicios sociales, y proporciona el derecho a recibir servicios y prestaciones de apoyo para las personas con discapacidad que a su vez presentan limitaciones de autonomía para realizar actividades de la vida diaria. Paralelamente, la configuración de los servicios sociales está vinculada a la evolución particular que acogen las políticas públicas y las leyes estatales y autonómicas que, entre otros aspectos, regulan el derecho de las personas con discapacidad a acceder a los servicios sociales y a otras prestaciones sociales y económicas (Jiménez y Huete, 2010)[9].

En el ámbito nacional, recientemente, se aprueba la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para incidir especialmente en la modificación de la legislación antidiscriminatoria aprobada hasta ese momento en materia de discapacidad. En aplicación de la disposición final segunda, esta ley da lugar al 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[10], modificada por la Ley 6/2022, de 31 de marzo, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación. Esta ley tiene por objeto garantizar los derechos de las personas con discapacidad mediante la promoción de la autonomía personal, la accesibilidad universal, el acceso al empleo, la inclusión en la comunidad y la vida independiente y la erradicación de toda forma de discriminación (art. 1)[11]. Concretamente, entre sus actuaciones dirigidas a garantizar el derecho a la

las entidades del tercer sector y el 46% de las empresas privadas de servicios sociales se financian mayoritariamente con fondos públicos.

[9] Las personas con discapacidad que no desarrollan ningún tipo de actividad laboral, y por ello no están comprendidas en el campo de aplicación de la seguridad social, y cumplen los requisitos establecidos, tienen derecho a un sistema especial de prestaciones sociales y económicas, entre las que se encuentran el subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte y de asistencia sanitaria y prestación farmacéutica. Además, las personas con discapacidad que no han cotizado o lo han hecho de forma insuficiente, pueden tener derecho a un sistema especial de protección social más intenso, al tener derecho a una pensión no contributiva por encontrarse en una situación de invalidez y estado de necesidad (Blasco, 2018). También, se proporciona la asignación de una cuantía determinada por hijo o hija a cargo en modalidad no contributiva en función de la edad, grado de discapacidad y necesidad de otra persona para la realización de actos esenciales de la vida.

[10] Esta norma unifica y armoniza en un solo texto tres leyes que quedan derogadas: a) la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social "de los minusválidos" (primera ley nacional dirigida más a regular la atención y los apoyos de protección necesarios a las personas con discapacidad, que a remover los obstáculos que dificultan o imposibilitan su participación activa en la sociedad y el pleno disfrute de sus derechos); b) la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (que supuso 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); y c) 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.

[11] El art. 8 del Real Decreto Legislativo 1/2013 establece la acción protectora del sistema especial de prestaciones sociales y económicas para las personas con discapacidad que por no desarrollar una actividad laboral no están incluidas en el campo de aplicación del sistema de la seguridad social, y cumplen unos requisitos. Estas prestaciones se concretan en: a) asistencia sanitaria y prestación farmacéutica, b) subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte, c) recuperación profesional, y d) rehabilitación y habilitación profesionales. Además, se incluyen los subsidios de garantía de ingresos mínimos y por ayuda de tercera persona. A su vez, estas prestaciones están recogidas en el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero por el que se establece y regula el sistema especial

protección de la salud, el art. 10, insta a las administraciones públicas a desarrollar actuaciones de coordinación sociosanitaria entre el sistema sanitario y el sistema de servicios sociales, de forma efectiva y eficiente. Además, el art. 11, recoge que "la prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades constituye un derecho y un deber" de la ciudadanía y la sociedad, y que por ello ha de forma parte de las obligaciones prioritarias del Estado "en el campo de la salud pública y de los servicios sociales". Respecto al derecho a la protección social, el art. 48, reconoce que las personas con discapacidad y sus familias tienen derecho a unos servicios y prestaciones sociales que atiendan con garantías de suficiencia y sostenibilidad sus necesidades, dirigidos al desarrollo de su personalidad y su inclusión en la comunidad, incrementando su calidad de vida y bienestar social. Estos servicios pueden ser prestados tanto por las administraciones públicas como por las entidades sin ánimo de lucro (art. 49), y su contenido se concreta en "servicios sociales de apoyo familiar, de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades, de promoción de la autonomía personal, de información y orientación, de atención domiciliaria, de residencias, de apoyo en su entorno, servicios residenciales, de actividades culturales, deportivas, ocupación del ocio y del tiempo libre" (art. 50). Complementariamente, dispone que la legislación autonómica podrá prever servicios y prestaciones económicas para las personas con discapacidad y sus familias que se encuentren en situación de necesidad y que carezcan de los recursos indispensables para hacer frente a la misma.

Junto a esta norma, en el ámbito nacional destaca la llegada de la Ley 39/2006, de 14 diciembre, de la Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, como marco normativo estatal que también promueve el derecho a la protección social de las personas con discapacidad prestado por la red de servicios sociales de las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias[12]. Esta ley supone así un punto de inflexión para los servicios sociales, ya que para aquellas personas con discapacidad que a su vez se encuentran en situación de dependencia, conlleva el reconocimiento del derecho a recibir servicios de apoyo para desarrollar las actividades básicas de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos. Por último, en el ámbito nacional se han aprobado diversas normativas para regular aspectos concretos de la discapacidad vinculados a diferentes materias (igualdad, accesibilidad, prestaciones y servicios, reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, empleo y protección jurídica)[13].

Andalucía, con el fin de promover una atención particular a las necesidades de las personas con discapacidad, también cuenta con una regulación específica y diferenciada de la norma autonómica que regula los servicios sociales. Se trata de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, que viene a remplazar a la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía. La nueva norma llega con el propósito de superar definitivamente la perspectiva médico-rehabilitadora y transitar hacia un modelo de atención social. Entre sus principales objetivos prima la garantía de derechos más allá del enfoque asistencial, con especial atención a mujeres y menores, a las políticas de empleo dirigidas

de prestaciones sociales y económicas previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.

[12] La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, tiene por objeto reconocer el derecho subjetivo de la ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, mediante la creación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), en el que colaboran y participan todas aquellas administraciones públicas con competencias en la materia. Los servicios están recogidos en el Catálogo de Referencia aprobado por Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia el 16 de enero de 2013, con independencia de su titularidad (centros y servicios públicos o privados concertados con o sin ánimo de lucro, debidamente acreditados). El catálogo de servicios incluye las siguientes modalidades de intervención: servicio de prevención de las situaciones de dependencia y de promoción de la autonomía personal; servicio de teleasistencia; servicio de ayuda a domicilio; servicio de centro de día; y servicio de atención residencial.

[13] Entre la normativa aprobada recientemente se encuentra la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. La llegada de esta Ley 8/2021 está teniendo impacto en la actividad ejercida por profesionales en la primera línea de atención de las personas con discapacidad, entre las que se encuentran las trabajadoras y trabajadores sociales, de manera que acerca el modelo social al enfoque de los derechos humanos.

a la igualdad de oportunidades y a la accesibilidad universal en sanidad, educación, vivienda, ocio, formación o servicios sociales.

Con relación al derecho a la protección social, el art. 32, establece que las administraciones públicas andaluzas competentes en las prestaciones incluidas en el sistema de servicios sociales velarán por el derecho a recibir, con garantías de suficiencia y sostenibilidad, servicios y prestaciones para la atención de necesidades personales y el desarrollo de la personalidad e inclusión en la comunidad. Al mismo tiempo, entre los factores a considerar para su concesión se propone incluir medidas dirigidas a combatir la exclusión social. El art. 34 delimita el conjunto de prestaciones de servicios sociales, entre las que se encuentran: a) las contempladas en la Ley General de Discapacidad y en la Ley de Dependencia, así como otras prestaciones complementarias que mejoran o amplíen la cobertura de las mismas, b) las prestaciones económicas periódicas que podrá establecer la comunidad autónoma para quienes no puedan atender sus necesidades básicas de subsistencia, distintas y compatibles con las prestaciones del sistema de seguridad social y las otorgadas por la administración del Estado, c) las subvenciones de financiación de gastos en ayudas técnicas, asistencia en centros, ayudas a la movilidad y a la comunicación y otras que favorezcan la inclusión social, y d) los servicios sociales prestados por la iniciativa privada mediante concierto social.

El derecho a acceder y utilizar el sistema de servicios sociales nos remite a analizar cómo la definición de su marco de actuación, principios y pautas de organización y funcionamiento, condicionan la protección social de las personas con discapacidad en torno a los servicios que requieren para afrontar las necesidades sociales en su vida cotidiana. En esta línea, destaca que el Sistema Público de Servicios Sociales en España no se regula aún mediante una ley marco de ámbito nacional, de forma que para el conjunto de la sociedad el derecho a la protección social queda ordenado por las leyes de servicios sociales aprobadas por cada una de las diecisiete comunidades autónomas[14]. En el caso andaluz, en virtud de su Estatuto de Autonomía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía), uno de sus objetivos básicos es la cohesión social mediante un eficaz sistema de bienestar público (art.10.14). Entre los derechos relacionados con las políticas de protección social, se encuentran los derechos de las personas con discapacidad o dependencia (art. 24), y el derecho de todas las personas a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de un sistema público de servicios sociales (art. 23.1).

El Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía se establece en la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía[15]. Es una norma de tercera generación aún en proceso

[14] En ausencia de una ley de servicios sociales de ámbito nacional, para garantizar la igualdad de la ciudadanía y residentes en España desde 1988 existe un *"Plan Concertado de Prestaciones Básicas de Servicios Sociales en las Corporaciones Locales"*, que se renueva anualmente para articular la cooperación económica y técnica entre la administración del Estado y las comunidades autónomas, colaborar con el fin de mantener la red de servicios sociales de atención primaria gestionada por las corporaciones locales y proporcionar a la ciudadanía servicios sociales adecuados que permitan la cobertura de sus necesidades básicas. En la convocatoria 2020, este plan está dotado con 40 millones de euros, al que adicionalmente se suman 60 millones destinadas a desarrollar un Programa de Protección a la Familia y Atención a la pobreza infantil. El Catálogo de Referencia de Servicios Sociales, aprobado por Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia el 16 de enero de 2013, se articula en torno a las siguientes prestaciones: a) *prestaciones de servicios*: información, orientación, asesoramiento, diagnóstico y valoración; autonomía personal, atención en el domicilio y respiro familiar; intervención y apoyo familiar; intervención y protección de menores; atención residencial; prevención e inclusión social; y protección jurídica; y b) *prestaciones económicas*: renta mínima de inserción; ayuda para víctimas de violencia de género; prestaciones económicas para personas en situación de dependencia, y otras prestaciones económicas.

[15] Otra norma de interés en su desarrollo es la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, ya que la organización y gestión de los servicios sociales y sus centros corresponde a las entidades locales de cada territorio, de ámbito municipal o supramunicipal, en el marco de sus competencias.

de consolidación[16], construida sobre la base de los avances ya conseguidos en servicios sociales, con el objetivo de fortalecerlos y mejorar su capacidad de adaptación, garantizando la protección integral a la ciudadanía. La nueva ley define las necesidades sociales de la población de forma muy amplia, de manera que éstas se derivan de la interacción de las personas con su entorno, sea este grupal o comunitario (art. 2). Para responder a ellas, los servicios sociales se configuran como una red de prestaciones, servicios y recursos, estructurada en dos niveles de atención, coordinados y complementarios entre sí: a) nivel primario de servicios sociales; y b) nivel especializado de servicios sociales (art. 26). El nivel primario, como estructura básica, presta atención a toda la población, como derecho universal en condiciones de igualdad, desde los centros de servicios sociales comunitarios de titularidad municipal y mediante los equipos profesionales. El nivel especializado integra todos aquellos centros y servicios sociales que sobre la base de criterios de mayor complejidad requieren una especialización técnica concreta o una disposición de recursos determinados, correspondiendo la organización y gestión de estos servicios a la comunidad autónoma. Entre los grupos que requieren una mayor especialización en la atención, se encuentran las personas con discapacidad[17] y el ámbito que presta este tipo de atención es principalmente el tercer sector.

La Ley 9/2016 distingue entre prestaciones garantizadas dispuestas como derechos subjetivos, y prestaciones condicionadas sujetas al régimen de disponibilidad de recursos y a los criterios de prioridad en la asignación que objetivamente se establezcan. Además, establece que las prestaciones de servicios y las prestaciones económicas se definirán en un *Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía*, especificando cuáles serán ofertadas por el nivel primario y cuáles por el nivel especializado. En materia de discapacidad, la Ley recoge el derecho de las personas usuarias al reconocimiento de la situación de discapacidad y a los derechos derivados de la misma en los términos establecidos en la legislación vigente (art. 10.l). Concretamente, para este colectivo dispone que el reconocimiento de la discapacidad, la determinación del tipo y grado, es una prestación garantizada con carácter de derecho subjetivo (art. 42.j), exenta de aportación por las personas usuarias (art. 121.5) y cuya efectividad jurídica remite a la normativa específica vigente en materia de discapacidad. También, para quienes lo requieran, recoge el derecho a otra de las prestaciones contempladas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, y en su normativa de desarrollo. Además, crea la figura de concierto social a la que pueden acogerse primordialmente las entidades de iniciativa social para prestar servicios sociales de responsabilidad pública que atiendan las necesidades de las personas con discapacidad que sean usuarias de sus servicios o prestaciones (art. 101).

El nivel primario de servicios sociales es el primer paso en el acceso de la población afectada. En este nivel a cada persona y, en su caso, a cada unidad de convivencia se le asigna la figura del profesional de referencia "al objeto de garantizar el carácter integral de los itinerarios de atención y su continuidad", siendo este profesional de referencia una persona trabajadora social que "actuará (…) en el contexto del trabajo interdisciplinario que desarrolla el equipo profesional de servicios sociales comunitarios" y, en otras funciones, se coordinará con otros y otras profesionales tanto de los servicios especializados como de otras administraciones públicas (art. 31). La utilización del nivel primario se circunscribe, principalmente, en torno a las siguientes prestaciones garantizadas de acceso a los recursos sociales, y dirigidas a toda la población general: información general sobre los recursos del Sistema Público de Servicios Sociales y otros sistemas de protección social; y valoración social de situaciones personales y familiares. Posteriormente, la atención específica a sus necesidades

[16] Casi tres décadas después, la nueva Ley 9/2016 sustituye y mejora la primera la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía. La nueva ley consta de 141 artículos organizados en un título preliminar, seis títulos, seis disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

[17] Este catálogo aún se encuentra en proceso de elaboración como proyecto de Decreto sometido a trámite de audiencia e información pública. Así, es el Decreto 11/1992, de 28 de enero, el que actualmente establece la naturaleza y prestaciones de los servicios sociales comunitarios: 1) servicio de información, valoración, orientación y asesoramiento, 2) servicio de ayuda a domicilio, 3) servicio de convivencia y reinserción social, 4) servicio de cooperación social, y 5) servicio de prestaciones complementarias.

como colectivo se realiza en los centros de servicios sociales especializados por derivación del nivel primario. En el nivel especializado, entre otras, se facilitan las siguientes prestaciones garantizadas de acceso a los recursos: información especializada en la atención a personas con discapacidad; y reconocimiento del grado de discapacidad por un equipo interdisciplinar de los Centros de Valoración y Orientación (existiendo uno por provincia). Además, los servicios y prestaciones económicas que dan cobertura a necesidades específicas son los siguientes. Necesidades de integración social: servicios de apoyo social para personas con enfermedad mental; pensión no contributiva de jubilación/invalidez; subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte regulado prestación económica de asistencia sanitaria y prestación farmacéutica. Necesidades de autonomía personal: asesoramiento en accesibilidad universal; tarjeta de aparcamiento de vehículos para personas con movilidad reducida; tarjeta de aparcamiento de vehículos de transporte colectivo de personas con movilidad reducida; plan personal de apoyo para las personas usuarias de centros de día o centros residenciales; y protección jurídica y social a personas con capacidad limitada ejercida por las entidades tutelares. En definitiva, aunque todas las personas con discapacidad tienen derecho a acceder al conjunto de prestaciones garantizadas por los servicios sociales comunitarios y especializados, el disfrute de ciertas prestaciones de servicios y de contenido económico directas (puntuales o periódicas) está condicionado al cumplimiento de unos requisitos y al régimen de compatibilidades de las prestaciones.

Por último, la Ley 9/2016 regula el papel de la iniciativa privada y social en la provisión de servicios sociales, sujetándola al régimen de autorización, acreditación y registro y reconociendo su papel, y extendiendo su aplicación a servicios sociales de iniciativa privada no incluidos en el sistema. Este aspecto, nos lleva a analizar el papel que desempeñan las entidades representativas del movimiento de personas con discapacidad en la prestación de servicios sociales, ya que de acuerdo al art. 34.5 de la Ley 4/2017 de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, en los conciertos sociales se considerarán preferentemente las entidades sin ánimo de lucro promovidas por las personas con discapacidad, sus familiares o sus representantes legales.

Jiménez y Huete (2010), hace casi década y media, describieron los tres caminos por los que entendían estaba transitando el movimiento asociativo de las personas con discapacidad[18]. El primero iba de la especificidad por diagnóstico a la especificidad por respuesta a la discriminación; el segundo era el paso de la representación ejercida por personas interpuestas (familias, profesionales) a la representación auto-administrada, y el tercero planteaba el deslizamiento desde el interés por gestionar los servicios y recursos de apoyo, al interés por reivindicar dichos recursos entendidos como derechos ante la sociedad. En Andalucía, estas oscilaciones se han visto revertidas por la evolución y/o transformaciones acaecidas en las políticas públicas que siguen otorgándoles un papel importante junto a los servicios sociales en la respuesta a las necesidades sociales de las personas

[18] El movimiento asociativo de la discapacidad en España y Andalucía, nace en los años 60 y se va institucionalizando a lo largo de las décadas de los 70 y 80 del siglo pasado. Este proceso se desarrolla en un contexto donde la forma hegemónica de atender a las personas con discapacidad era el modelo rehabilitador. Este movimiento estaba orientado, fundamentalmente, hacia la gestión y provisión de servicios. Sus iniciativas y toma de decisiones estaban en manos de familiares. Además, su configuración giraba con relación a diagnósticos concretos, por lo que era un movimiento muy atomizado que progresivamente se fue agrupando en torno a las actuales federaciones territoriales. En España, estas organizaciones se encuentran federadas a nivel nacional en el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), y a nivel autonómico en el Comité de Entidades Representantes de las Personas con Discapacidad (CERMI Andalucía), que ejercen como plataformas de representación, defensa y acción de la ciudadanía con discapacidad, para avanzar en el reconocimiento de sus derechos y alcanzar la plena igualdad de oportunidades. Además, a nivel nacional existe el Consejo Nacional de Discapacidad como órgano colegiado interministerial, de carácter consultivo, adscrito al Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, en el que se institucionaliza la colaboración del movimiento asociativo de las personas con discapacidad y sus familias y la administración general del Estado, para la definición y coordinación de una política coherente de atención integral con la participación en la planificación, seguimiento y evaluación de las políticas que se desarrollan en el ámbito de la discapacidad (creado por el Real Decreto 1855/2009, de 4 de diciembre, por el que se regula el Consejo Nacional de la Discapacidad y modificado por el Real Decreto 1146/2012 de 27 de julio, y el Real Decreto 369/2021 de 25 de mayo).

con discapacidad, o sea manteniendo su rol de gestión y prestación de servicios. En la medida en que ¨desde hace tiempo se vienen incrementando los procedimientos de colaboración entre el sector público y el sector privado. En la coyuntura actual, a la intensa reestructuración de los entes y empresas que integran el sector público, se suma la proliferación de fenómenos de privatización y asimismo de recuperación de servicios públicos. Estos fenómenos […] presentan flujos y reflujos obedeciendo a diversas direcciones de política organizativa ideológicamente condicionadas […]¨ (Monereo, 2016: 251). Esto puede observarse desde el movimiento asociativo de personas con problemas de salud mental, que hasta ahora priorizaba su rol en torno a la reivindicación de derechos y la lucha contra el estigma o la discriminación por discapacidad, y que paulatinamente va asumiendo tareas de gestión o cogestión de centros y servicios dependientes del soporte financiero de lo público.

Finalmente, entre los principales desafíos de consolidación del sistema de servicios sociales en Andalucía y sus implicaciones en la atención social a personas con discapacidad se encuentran los siguientes. Por un lado, avanzar en el camino de afianzarse como una auténtica norma de tercera generación. Esto implica que, además de reconocer el derecho subjetivo a los servicios sociales, progrese en la reglamentación de su catálogo de prestaciones, ya que afecta a la exigibilidad de las prestaciones garantizadas. Igualmente, debe poner en marcha la Carta de los Derechos y Deberes de las personas usuarias de los Servicios Sociales. La aprobación de ambos instrumentos es urgente, ya que estaba contemplada en el plazo de doce meses tras la entrada en vigor de la Ley 9/2016 (conforme a su disposición adicional cuarta y quinta). Además, debe consolidar el modelo de regulación y financiación pública, incrementando la partida presupuestaria asignada al catálogo de prestaciones. Por otro lado, casi cinco años más tarde de lo previsto, se ha aprobado el *"Plan estratégico de servicios sociales de Andalucía 2022-2026"*, de modo que un reto actual es que este plan oriente de forma eficaz el resto de políticas del ámbito de los servicios sociales, incluyendo los ya existentes, como el *"I Plan Estratégico Integral para Personas Mayores en Andalucía 2020-2022"*, y el coetáneo *"III Plan de Acción Integral para las personas con discapacidad en Andalucía 2022"*.

IV. RESPUESTA DE LOS SERVICIOS SOCIALES A LAS NECESIDADES SOCIALES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL CONTEXTO DE PANDEMIA DE COVID-19

El perfil de las personas con discapacidad que tienen derecho a una protección social específica y requiere atención de los servicios sociales, es diverso y está en constante aumento. Esto se debe, entre otras causas, al envejecimiento de la población, al crecimiento de la prevalencia de enfermedades crónicas, a cambios en el papel de la familia (y dentro de ellas en el rol sustentador de las mujeres como prestadoras de cuidados y apoyos) y en la composición y estructura de los hogares, así como a las consecuencias sociales, sanitarias y económicas que genera la irrupción de continuas crisis. Entre ellas, la crisis económica y financiera de 2008 y la crisis acontecida por la pandemia de COVID-19, han aumentado las desigualdades y los obstáculos que afectan a las condiciones de bienestar de las personas con discapacidad (Baksh et al., 2021; Pincock, 2022). Como consecuencia de ello, en España la probabilidad de situarse en el espacio de la exclusión social, se duplica en 2021 en los hogares donde hay personas con discapacidad según indica la Encuesta de Necesidades e Integración Social de FOESSA (EINSFOESSA) (Ayala, Laparra, y Rodríguez, 2022).

En definitiva, por unas u otras razones, es probable que casi todas las personas experimenten algún tipo de discapacidad, temporal o permanente, a lo largo de sus vidas. Esto conlleva que los servicios sociales deban estar preparados para proporcionarles una respuesta satisfactoria a sus necesidades sin estigmatización, ni discriminación, mediante una intervención integral centrada en la atención a las personas. Sin embargo, hoy en día, la respuesta que ofrecen en determinadas áreas de la vida dirigidas a promover la autonomía, la prevención y la rehabilitación de las personas con discapacidad, es aún insuficiente. A ello se une que, además, aún deben superar el énfasis puesto

sobre las desventajas sociales, si verdaderamente quieren alcanzar la universalización del derecho a la protección social en condiciones de igualdad.

En España, según los últimos datos publicados por la Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y Situaciones de Dependencia (EDAD), elaborada por el Instituto Nacional de Estadística (INE, 2022), en el año 2020 un total de 4,38 millones de personas residentes en hogares afirmaron tener algún tipo de discapacidad o limitación (es decir, 94,9 personas por cada mil habitantes). Además, la tasa de discapacidad no es neutra respecto al sexo y la edad, siendo mayor en las mujeres (109,2) que en los hombres (80,1). Por edad el 75,4% del colectivo con discapacidad o limitación residente en hogares tenía 55 o más años, siendo mujeres tres de cada cinco de las personas adultas. Entre las personas con discapacidad de seis y más años (4,32 millones en 2020), el tipo de discapacidad más frecuente son los problemas de movilidad con una tasa de 54,0 por mil habitantes. También, todos los tipos de discapacidad afectaron más a las mujeres que a los hombres, observándose las mayores diferencias en los problemas de movilidad (38,9) en hombres frente a 68,5 en mujeres) y en las dificultades de realización de las tareas domésticas (31,8 en hombres frente a 57,8 en mujeres); y las menores en las interacciones y relaciones personales (13,5 en hombres frente a 13,8 en mujeres), así como en el aprendizaje (13,4 en hombres frente a 18,2 en mujeres). Por edad, el 55,7% de las personas con discapacidad presentaron dificultades importantes de movilidad, el 46,5% tenía problemas relacionados con la vida doméstica y el 31,6% con el cuidado personal. Estos porcentajes ascendieron al 65,1%, 64,5% y 48,5%, respectivamente, entre las personas con discapacidad de 80 y más años. Respecto al número de personas que recibían algún tipo de ayuda técnica, personal o ambas, los datos indican que son 3,3 millones de personas, siendo las mujeres quienes accedieron proporcionalmente a más ayudas (el 78,2% de las mujeres frente al 71,8% de los hombres). Entre todas ellas, 1,3 millones de personas presenta el máximo grado de severidad cuando reciben ayudas (851,2 mil son mujeres y 458,0 hombres). Por tipo de discapacidad, las personas con dificultades para el autocuidado y para realizar las tareas de la vida doméstica fueron las que más ayuda recibieron (nueve de cada 10), seguidas de las personas con dificultades de aprendizaje (ocho de cada 10). Con relación al empleo, la encuesta señala que un total de 1,58 millones de personas con discapacidad se encontraba en edad de trabajar (entre 16 y 64 años), y sin embargo solo casi una de cada cuatro de estas personas indicó estar trabajando (23,7% de los hombres y 23,5% de las mujeres). Respecto a la percepción de barreras de accesibilidad, la encuesta ofrece datos sobre los numerosos obstáculos que afrontan en la vida social diaria las personas con discapacidad. Estos se relacionan con barreras arquitectónicas en viviendas, edificios, viales y medios de transporte, y con las dificultades que encuentran en el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

En Andalucía 834,9 mil personas de seis y más años presentan una discapacidad (349,5 mil hombres frente a 485 mil mujeres). Se sitúa así, como la séptima comunidad autónoma con mayores tasas de discapacidad (104,5). Al igual que ocurría a nivel nacional, coincide que lo tipos de discapacidad más frecuentes son los problemas de movilidad y de autocuidado, los que también son más frecuentes en mujeres que en hombres. Respecto a los servicios sociales recibidos en los últimos 12 meses por sexo, edad y grupo de discapacidad, la tabla 1 muestra que 1,1 millones han recibido algún tipo de servicio social a nivel nacional, y 255,3 mil en Andalucía. El tipo de prestación social, en ambos casos, coincide que a *grosso modo* son los servicios de teleasistencia y de ayuda a domicilio, si bien se observa una distinción clara en cuanto al sexo, siendo mayor el número de mujeres que utilizan estos servicios en comparación a los hombres. Se mantiene así la tendencia general que caracteriza al perfil tipo de personas usuarias que en general acuden a los servicios sociales, que está compuesto mayoritariamente por mujeres (el 70% de las personas atendidas en general son mujeres), al tiempo que quienes presentan algún tipo de discapacidad representan el 46% de los casos (Vicente, Nogués, Orgaz et al, 2022).

Según las cifras del Sistema Integrado de Servicios Sociales de Andalucía (SISS) a fecha de 31 de diciembre de 2021, el número de personas con discapacidad en Andalucía es de 578.509 personas (298.663 hombres y 279.846 mujeres). Este número se corresponde con el total de personas valoradas en los Centros de Valoración y Orientación de la Andalucía con un grado de discapacidad igual o superior al 33%. Esto es un 6,8% de la población andaluza en el año 2021. Las discapacidades más comunes son las de tipo físico (234.452 personas, el 40,52% del total), seguidas de las de tipo psíquico e intelectual (118.688 personas), sensorial (53.763 personas) y mixta (171.606 personas). Según grado de discapacidad, los datos señalan que la mayor parte de la población andaluza con discapacidad tiene un porcentaje del 33% al 64%, concretamente 348.523 personas. Las provincias en las que se observa un mayor número de personas con discapacidad en este rango son Málaga (67.636 personas) y Sevilla (65.809 personas)[19].

Tabla 1. Servicios sociales recibidos en los últimos 12 meses por sexo en personas con discapacidad de 6 y más años en España y Andalucía*

Tipo de prestación social	España			Andalucia		
	Sexo		Total	Sexo		Total
	Hombres	Mujeres		Hombres	Mujeres	
Teleasistencia	188,6	446,5	635,1	55,7	121,9	177,6
Ayuda a Domicilio	160,3	345,1	505,4	35,8	90,3	126,1
Atención Psicosocial a familiares / apoyo familiar	31,5	46,8	78,3	5,5	6,9	12,4
Servicio de Centro de día / Centro de noche	52,1	67,1	119,2	5,5	9,0	14,5
Estancias temporales (servicios de respiro)	9,8	11,0	20,9	0,8	1,5	2,3
Servicios de vivienda o residenciales	11,1	17,8	28,9	1,0	0,4	1,4
Centros ocupacionales	32,1	18,5	50,6	2,0	1,7	3,7
Otros servicios sociales	40,2	56,6	96,8	4,7	5,4	10,1
Total de personas que han recibido un servicio social	396,6	740,6	1.137,2	82,6	121,9	255,3
Total	1.770,2	2.547,8	4.318,1	349,5	485,4	834,9

Fuente: Elaboración propia a partir de Encuesta EDAD (INE, 2022). *Unidades: miles de personas.

El perfil diverso de personas con discapacidad exige una respuesta amplia e intensa de los servicios sociales a sus necesidades. La garantía y protección de este derecho acoge una mayor relevancia en situaciones de crisis como la generada por la pandemia de COVID-19, en la que se agudizan o incrementan los procesos de vulnerabilidad que ya sufrían, y se manifiesta la importancia de asegurar la continuidad de estos servicios para lograr un impacto positivo en sus vidas. Por ello, durante la primera fase de estado de alarma, del 14 marzo al 21 junio de 2020, cuando se declaran como servicios esenciales aquellos que se dirigen a proteger el bienestar, la salud y la seguridad ciudadana, se destaca la importancia de que estos servicios y sus profesionales actuasen de forma indispensable ante las necesidades de las personas con discapacidad, entre otros grupos prioritarios como las personas mayores, menores y dependientes (Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo). Esta declaración, por tanto, se hace extensible a los servicios sociales ya que conlleva reconocer la importancia de atender de forma ineludible e inaplazable la situación crítica de las personas con

[19] Datos ofrecidos por el *III Plan de Acción Integral para las personas con discapacidad en Andalucía"* (2022).

discapacidad, entre otros grupos vulnerables, en centros de servicios sociales públicos y privados, con y sin ánimo de lucro (empresas de servicios y tercer sector) (Orden SND/295/2020, de 26 de marzo).

El impacto de la COVID-19 en las personas con discapacidad fue acuciante durante la etapa de confinamiento, en la que sufrieron un mayor aislamiento y una insuficiente atención por parte de los sistemas de atención, incrementando su abandono y discriminación (Hall et al., 2022). La pandemia, por tanto, es un nuevo factor de vulnerabilidad a añadir al resto de barreras u obstáculos que limitan o condicionan su bienestar, de modo que revela el alcance de su exclusión y manifiesta la importancia de trabajar en su inclusión social (United Nations, 2020). Así, lo recoge el informe "*Policy Brief: A Disability-Inclusive Response to COVID-19*" elaborado por las Naciones Unidas (United Nations, 2020) que destaca, entre las consecuencias sociales y económicas de la COVID-19 para las personas con discapacidad, a corto y largo plazo, la repercusión que comporta en el empleo y en la protección social. En este último caso, especialmente trascenderá en aquellos países que ofrecen un escaso apoyo. De este modo, advierte que solo el 28% de las personas con discapacidades importantes tienen acceso a prestaciones de discapacidad y solo el 1% en los países de ingreso bajo. Con base a ello, propone ampliar los programas de protección social generales y los destinados específicamente a personas con discapacidad. Igualmente, para garantizar que ninguna persona con discapacidad se quede atrás propone adoptar un enfoque de derechos, que combine medidas generales (incorporando la inclusión en todos los planes y actividades) y específicas (abordando sus necesidades concretas).

Como análisis de los efectos generados en los servicios sociales por la pandemia, por un lado, el *"IV Informe sobre los servicios sociales en España y la profesión del trabajo social"* elaborado por el Consejo General del Trabajo Social (Vicente, Nogués, Orgaz et al, 2022), señala que la labor profesional del trabajo social como actividad esencial en los servicios sociales ha enfrentado grandes problemas en el contexto de pandemia por COVID-19. Entre ellos, destaca la saturación de los servicios sociales que a su vez ya existía con anterioridad a la pandemia; las dificultades para realizar el trabajo; el aumento del número de personas vulnerables o del grado de vulnerabilidad de los perfiles que tradicionalmente han utilizado los servicios sociales, desbordando la capacidad de atención; y la dificultad para acceder a ellos de manera presencial y telemática. Todo ello, ha mostrado las debilidades del sistema de servicios sociales y ha forzado a la profesión de trabajo social a realizar tareas que no eran de su competencia. Además, la priorización de la gestión de prestaciones económicas ha contribuido a que se intensificara la saturación de los servicios sociales.

Por otro lado, el informe *"Evolución de la cohesión social y consecuencias de la COVID-19 en España"* realizado por la Fundación FOESSA y Cáritas española (Ayala, Laparra, Rodríguez et al, 2022), además de analizar los efectos de la crisis sobre la estructura social, las condiciones de vida y la inclusión social, examina el alcance de las políticas públicas que han tratado de amortiguarlos. Con relación a este último aspecto, a diferencia de lo sucedido durante la crisis económica y financiera de 2008, la respuesta de las políticas públicas ante el crecimiento de las necesidades sociales originada por la crisis COVID-19 ha sido más intensa y de naturaleza más protectora, aunque aún existe un desequilibrio entre la protección social de la población laboral estable y aquella que es precaria o en situación de exclusión social. Entre las diferentes actuaciones que se han desarrollado para corregir el desequilibrio, destaca la renta mínima vital, aunque se ha visto afectada por dificultades en el acceso y demoras en el cobro. Respecto a los servicios sociales y su respuesta a las necesidades del conjunto de la ciudadanía, la pandemia ha puesto de manifiesto que la atención se ha concentrado hacia las personas usuarias que estaban ingresadas en centros residenciales y las excluidas por la sociedad (las personas sin hogar). Entre las primeras, se encuentran una parte del grupo de personas con discapacidad usuarias de los servicios sociales, observándose dos percepciones complementarias entre sí. Por un lado, personal experto y profesionales plantean como el modelo vigente de atención residencial presenta una alta vulnerabilidad, en la medida en que ha manifestado sus deficiencias organizativas, de infraestructura, en la coordinación con el sistema sanitario, la infradotación de recursos humanos y económicos, o en la ausencia de un reforzamiento que sí se implementó en el

sistema sanitario. Además, por otro lado, el 66,5% de las personas con discapacidad encuestadas declara haber necesitado alguna prestación social o servicio, público o privado. Entre ellas, el 30,01% recibió esta prestación o servicio, frente al 33,5% que no obtuvo una respuesta a sus necesidades (afectando esta situación en mayor medida a personas menores de 16 años y las de mayor edad, y a quienes presentan un grado más alto de dificultad económica, con dependencia, varios tipos de discapacidad y con grados más elevados de discapacidad). Las razones que apuntan son el no funcionamiento o cese del servicio, y en menor medida la drástica reducción de la presencia de profesionales, o el miedo al contagio entre otros motivos. Las principales necesidades percibidas por las personas con discapacidad que viven en centros residenciales durante la pandemia incluyen mayores tasas de infección, el aislamiento y la soledad derivado del distanciamiento social. Esto revela la desconexión entre los servicios residenciales y los entornos familiares y comunitarios. Junto a ello, las personas con discapacidad atendidas desde la atención domiciliaria se han visto afectadas por una prestación restringida de los servicios, con la consecuente limitación de sus posibilidades de vivir una vida independiente. Además, han sufrido en mayor medida la brecha digital, debido a las barreras asociadas al acceso a la información, el teletrabajo, el aprendizaje a distancia, las compras en línea o la teleatención de los servicios sociales y sanitarios[20].

Estos aspectos ponen de manifiesto que los servicios sociales se han hechos más visibles por las dificultades generadas en los centros residenciales, centros de día o en la atención domiciliaria, que por su reconocimiento como servicio esencial. Declaración de esencialidad que no vino acompañada de los medios y estrategias necesarios para desarrollar, en ese tiempo de crisis, una intervención social acorde al enfoque de derechos humanos ante las necesidades de las personas con discapacidad. También, muestran una serie de debilidades latentes del sistema de servicios sociales que ponen en evidencia su fragilidad y desconexión respecto al resto de sistemas (Malgesini et al., 2021).

V. CONSIDERACIONES FINALES

La atención a la heterogeneidad de necesidades sociales de las personas con discapacidad ocupa un espacio consolidado en los procesos de intervención social realizados desde unos servicios sociales con una tendencia clara hacia la especialización y terciarización. Sin embargo, hoy en día, es necesario que este ámbito de intervención fortalezca y perfeccione su respuesta social tanto general como específica, ante la complejidad y la singularidad de situaciones y circunstancias que afectan al ejercicio de sus derechos, y que avancen en la implantación de un modelo de atención integral centrado en las personas. La mejora de esta respuesta pasa, necesariamente, por afrontar los siguientes retos o desafíos en la configuración del sistema público de servicios sociales y su papel determinante en la protección del bienestar en todas las áreas de la vida de las personas con discapacidad.

La importancia de ampliar y perfeccionar la protección social, de asegurar el acceso a los servicios esenciales y de favorecer la inclusión de las personas con discapacidad entre otros grupos vulnerables, se encuentran entre los objetivos del Pilar Europeo de Derechos Sociales. Además, reducir el número de personas en riesgo de pobreza o exclusión social en, al menos, 15 millones para el 2030, es uno de los tres objetivos principales del Plan de Acción para el desarrollo de dicho Pilar. En línea con estos propósitos, uno de los principales retos del Sistema Público de Servicios Sociales en España es afianzar su configuración como un sistema de protección social universal, capaz de proporcionar todo su potencial de acción protectora, preventiva y rehabilitadora en condiciones de igualdad, y no únicamente paliar las consecuencias de las ineficiencias o vacíos de actuación de los demás sistemas de protección social (Fuentes, 2022). Con este fin, en ausencia de una ley marco de ámbito nacional, que actualmente se encuentra en proceso de elaboración por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, son las leyes de servicios sociales autonómicas las que reconocen

[20] Entre las principales consecuencias de la pandemia en el caso específico de las mujeres con discapacidad física y orgánica se encuentran la situación de aislamiento, la falta de recursos y de accesibilidad de los mismos, la brecha digital o la mayor precariedad económica (COCEMFE, 2020).

el derecho subjetivo a los servicios sociales[21]. Esto sucede en todas ellas, si bien no todas recogen este derecho con la misma amplitud. Este es el caso de la comunidad autónoma andaluza en la que su ejercicio efectivo actúa como derecho subjetivo no perfecto, de modo que está ligado únicamente al conjunto de prestaciones garantizadas. Éstas, además, deben estar reglamentariamente incluidas en un catálogo de prestaciones que aún se encuentra en trámite de aprobación como proyecto de Decreto. El resto de prestaciones están condicionadas y, por tanto, sujetas a la disponibilidad de recursos y al orden de prioridad que objetivamente se establezca en su asignación. Por tanto, aunque se reconoce la accesibilidad universal, como derecho exigible está restringida presupuestariamente a determinadas prestaciones. Además, el acceso a ciertas prestaciones garantizadas, tanto de servicios como prestaciones económicas, está sujeta al cumplimiento de unos requisitos y al régimen de compatibilidades entre las mismas. Estos aspectos, sin duda, influyen en el alcance de la acción protectora que garantiza el derecho a los servicios sociales de las personas con discapacidad para hacer frente a sus necesidades de forma general y especializada y altamente cualificada. Otras limitaciones se relacionan con la excesiva complejidad de la normativa que da acceso a los servicios sociales y que comporta una excesiva burocratización de los procedimientos; con la brecha digital; o con la complejidad de justificar o cumplir ciertos requisitos, lo que en la práctica deja fuera del derecho a muchas personas vulnerables (Malgesini et al., 2021).

La rigidez normativa se acrecienta todavía más, si tenemos en cuenta que el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se configura en torno a una ley nacional que lo designa como una red pública de servicios que se deben prestar por las comunidades autónomas mediante la red de servicios sociales, reconociendo el derecho subjetivo a acceder a un Catálogo de Referencia de unos servicios que están estrechamente interrelacionados con el nivel de actuación de los servicios sociales comunitarios. Estos aspectos generan confusión en torno al objeto de intervención de un sistema y otro, complejizando el proceso de burocratización que acompaña al derecho a recibir servicios de apoyo para la autonomía personal en las personas con discapacidad que presentan este tipo de necesidades. La complejidad normativa, también, se deriva de la existencia de políticas sectoriales y normativas particulares. Estos instrumentos regulan el derecho de las personas con discapacidad a acceder a un conjunto específico de prestaciones sociales y económicas cuando cumplen unos requisitos (como la demostración de un determinado tipo o grado de discapacidad y/o dependencia o estado de necesidad o vulnerabilidad económica) y mediante una serie de plazos. Todo ello hace que la gestión de los servicios sociales para atender los derechos de las personas con discapacidad, transite por un itinerario complejo de regulaciones paralelas y superpuestas entre sí que desemboca en una accesibilidad restringida y exigente. Este camino pone un excesivo énfasis en la condicionalidad y/o en las desventajas sociales, constriñendo con ello la capacidad protectora de los servicios sociales, y perjudicando el derecho de las personas con discapacidad. El resultado, en muchas ocasiones, desemboca en el acceso a un servicio insuficiente o tardío, así como en la obtención de una prestación o pensión con una cuantía mínima o irrisoria tras un largo proceso de tramitación. Las dificultades específicas que afrontan las personas con discapacidad, desde una perspectiva interseccional, también concurren con otras regulaciones que presten atención a la diversidad de situaciones que pueden afectar a su vulnerabilidad, como por ejemplo las disposiciones relativas a la discriminación por género, a las condiciones de vida de las personas mayores o cualquier otra que pretenda eliminar barreras u obstáculos de origen social estructural. Estos aspectos subrayan la relevancia de que los servicios sociales se desburocraticen, evitando así la saturación de servicios y la sobrecarga administrativa, de modo que los procesos de intervención dejen atrás el enfoque asistencial focalizado en la necesidad material. Además, esto facilitaría fortalecer la idoneidad del rol de ayuda y apoyo que prestan sus profesionales, como los desarrollados por el Trabajo Social en el proceso de identificación, valoración e intervención social adecuada de sus necesidades, capacidades, expectativas y preferencias. Todo esto

[21] Salvo la comunidad autónoma de Madrid, que aún tiene en trámite de aprobación su nuevo anteproyecto de ley en el que se recogerá dicho reconocimiento, y los reglamentos de Ceuta y Melilla, que limitan el acceso a los servicios sociales a determinados grupos poblacionales (Malgesini et al., 2021).

contribuiría a fortalecer la prestación de respuesta eficaz a sus necesidades, mediante la implantación de un verdadero modelo de atención integral centrado en la persona y en el enfoque de derechos.

Estos desafíos confluyen con otros aspectos estructurales que afectan al alcance y la amplitud protectora del Sistema Público de Servicios Sociales y, en general, son causa de que aún no estén afianzados como una red con capacidad de prestar atención y cuidados de atención social a toda la ciudadanía, al tiempo que mantenga su objetivo de estar especialmente dirigida a prestar una atención integral a las situaciones vulnerabilidad y exclusión social. Entre ellos destaca la financiación precaria[22] que recibe respecto a otros sistemas de protección social como el sistema sanitario y el sistema educativo, y la insuficiente inversión que acoge en dotación de recursos humanos y materiales, existiendo además grandes diferencias entre territorios[23].

Estos aspectos, en momentos de crisis o emergencia en los que aumentan y se complejizan las demandas, generan que este sistema se vea afectado en mayor medida que otros por el impacto y las consecuencias negativas de las mismas a corto, medio y largo plazo. La crisis COVID-19 ha mostrado la importancia de fortalecer y adoptar estrategias y nuevas medidas de protección social, como el ingreso mínimo vital y el escudo social para no dejar a nadie atrás. Además, ha manifestado la importancia de que los distintos sistemas de protección social actúen de forma integrada o coordinada entre sí. Asimismo, ha advertido sobre la importancia de garantizar el acceso a los servicios sociales en los colectivos más vulnerables bajo fórmulas innovadoras como la atención virtual superando la brecha digital, y la relevancia de intensificar y mejorar la colaboración entre los servicios públicos y los servicios privados (con y sin fin de lucro) para garantizar la continuidad de los servicios. Es por ello que en lugar de volver a la anterior normalidad protectora de baja eficacia, debemos apostar por fortalecer el lugar prioritario que deben ocupar los servicios sociales en la sociedad actual, adecuando y ampliando la accesibilidad y la cobertura de los servicios a los nuevos cambios y transformaciones sociales. En esta configuración, los servicios sociales comunitarios deben ocupar un lugar destacado en la atención social, al tiempo que se debe replantear el exceso de externalización de servicios en el nivel especializado.

El análisis de la atención a las necesidades sociales de las personas con discapacidad por los servicios sociales, nos muestra que aún queda un largo recorrido por transitar en el logro del ejercicio pleno de sus derechos y su plena inclusión social, máxime en el momento actual en el que las consecuencias sanitarias, económicas y sociales del impacto de la COVID-19 no es inmediato. En este camino, es fundamental avanzar en la construcción de un nuevo modelo social de atención a la discapacidad basado en el enfoque de derechos que, a su vez, promueva de manera transversal el respeto a la diversidad desde el reconocimiento del valor de las personas con capacidades o funcionalidades diferentes a las de la mayoría. Además, el hecho de que predominen las mujeres con discapacidad y en situación de dependencia, junto a que quienes les prestan cuidados sean también mayoritariamente mujeres, también demanda que la perspectiva de género ocupe en lugar protagonista en la adopción de las políticas públicas dirigidas a reducir las desigualdades específicas asociadas al género y la discapacidad, entre otras condiciones de vulnerabilidad como la edad.

Desde una perspectiva institucional es necesario mejorar la organización y gestión de los servicios sociales en su dimensión pública, aumentando la inversión social y la cobertura de necesidades. En este reto, la futura aprobación de una ley marco de servicios sociales facilitaría garantizar una cartera mínima de servicios incondicionales, suficientes y eficaces para toda la ciudadanía, evitando las desigualdades territoriales y disminuyendo los costes administrativos en su gestión. Además, su

[22] Principalmente en el caso de la administración general del Estado, que es responsable de una ínfima parte de su PIB.

[23] Según el índice DEC 2021 elaborado por la Asociación de Directoras y Gerentes de Servicios Sociales (García et al., 2022) con base a una batería de 30 indicadores relacionados con tres aspectos esenciales del Sistema Público de Servicios Sociales: derechos y decisión política, relevancia económica y cobertura de servicios, casi dos de cada tres personas (el 62,2% de la población) vive en comunidades autónomas con unos Servicios Sociales débiles o irrelevantes.

impacto en los sistemas autonómicos posibilitaría plantear la formulación de alternativas para superar su rigidez burocrática y las distintas dimensiones de fragmentación que atraviesa (competencial, hiperespecialización de servicios y del conocimiento profesional). Todos estos aspectos, permitirían fortalecer el rol relevante de los servicios sociales como sistema de protección social en la atención a las personas con discapacidad, mediante las siguientes acciones: mejorar la coordinación entre los servicios sociales comunitarios y especializados, agilizar los procesos administrativos y su seguimiento, proponer servicios de calidad que promuevan la desinstitucionalización y la vida independiente, aumentar la dotación económica y de personal, mejorar las condiciones de trabajo, y fomentar la capacitación de sus profesionales en el modelo de atención integral centrada en las personas, así como su especialización en la atención a personas con problemas permanentes graves o muy complejas, causantes de discapacidad, gran dependencia y desigualdad por diferentes causas. En definitiva, estas y otras acciones son más necesarias que nunca si queremos avanzar en la construcción de unos servicios sociales fuertes e inclusivos como pilar de protección social esencial para las personas con discapacidad.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ayala, L., Laparra, M. y Rodríguez, G. (coords.) et al: "Evolución de la cohesión social y consecuencias de la COVID-19 en España", Serie: Colección de Estudios núm. 50, Madrid, Fundación FOESSA y Cáritas española editores, 2022, [Consulta: 25 julio de 2022], Recuperado de: https://www.caritas.es/main-files/uploads/sites/31/2022/01/Informe-FOESSA-2022.pdf

Baksh, R.A., Pape, S.E., Smith, J., y Strydom, A.: "Understanding inequalities in COVID-19 outcomes following hospital admission for people with intellectual disability compared to the general population: a matched cohort study in the UK", *BMJ Open 2021*;11: e052482. doi: 10.1136/bmjopen-2021-052482

Blasco Lahoz, J.F.: "La protección social de las personas con discapacidad. Las prestaciones de la seguridad social como instrumento para su desarrollo", *Revista de información laboral*, 11, 2018, pp. 35-71.

Comisión Europea: "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030, COM/2021/101 final", [Consulta: 17 mayo de 2022], Recuperado de https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2021:101:FIN#PP4Contents

Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI): "Claves para entender la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", 2006, [Consulta: 8 junio de 2022], Recuperado de https://www.cermi.es/es/actualidad/noticias/el-cermi-ofrece-las-claves-para-entender-la-convención-internacional-de-derechos

Confederación Española de Personas con Discapacidad Física y Orgánica (COCEMFE): Informe Resumen de Detección de Necesidades de las mujeres con Discapacidad. Impacto de la COVID-19, Madrid, COCEMFE, 2020.

De Asís Roig, R.: "Nuevas dimensiones del discurso de los derechos humanos", *Studia historica. Historia contemporánea*, 36, 2018, pp. 117-130. http://dx.doi.org/10.14201/shhc201836117130

European Commission: "Study on social services with particular focus on personal targeted social services for people in vulnerable situations. VC/2020/0175: Final Report", 2022, [Consulta: 10 agosto de 2022], Recuperado de: ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=25582&langId=en&usg=AOvVaw0JKiUPyNODVPFs08slAs7J

Fantova, F.: "Los servicios sociales en España: ¿reforzamiento, perfeccionamiento, transformación o reinvención?", *Documentación Social*, 11, 2022, pp. 1-13.

Fuentes Rey, P.: "¿Qué servicios sociales para el s.XXI?, Documentación Social, 11, 2022, pp. 1-8.

García, G., Ramírez, J.M., Zubiría, A. Velasco, L., Aranda, A., Revilla, A., Fuentes, M. y Santos, J.: "Índice DEC 2021: Índice de desarrollo de los Servicios Sociales", Madrid, Directoras y Gerentes y Servicios Sociales, 2022.

Giddens, A.: Consecuencias de la modernidad, Madrid Alianza Editorial, 1994.

Gúendel, L.: "La política pública y la ciudadanía desde el enfoque de los Derechos Humanos: La búsqueda de una nueva utopía", en Reuben Soto, S. (ed.), Política Social: Vínculo Estado Sociedad, San José (Costa Rica), Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2000, pp. 169-218.

Hall, K., Deusdad, B., D'Hers Del Pozo, M., y Martínez-Hernáez, A.: "How Did People with Functional Disability Experience the First COVID-19 Lockdown? A Thematic Analysis of YouTube Comments", *International journal of environmental research and public health, 19*(17), 10550, 2022. https://doi.org/10.3390/ijerph191710550

Instituto Nacional de Estadística: "Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y Situaciones de Dependencia (EDAD), principales resultados año 2020", Madrid, INE, [Consulta: 1 junio de 2022), Recuperado de https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176782&menu=ultiDatos&idp=1254735573175

Jiménez Ben, W.G.: "El enfoque de los Derechos Humanos y las Políticas Públicas", *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas, 7*(12), 2007, pp. 31-46.

Jiménez Lara, A., y Huete García, A.: "Políticas públicas sobre discapacidad en España. Hacia una perspectiva basada en los derechos", *Política y Sociedad, 47*(1), 2010, pp. 137-152.

Malgesini, G. (dir.) et al: "Análisis de los Servicios Sociales. Las personas atendidas y la perspectiva autonómica", Madrid, EAPN España (European Anti-Poverty Network), 2021, [Consulta: 29 mayo de 2022], Recuperado de: https://www.eapn.es/ARCHIVO/documentos/documentos/1640249921_eapn-servicios-sociales_20211222.pdf

Monereo Pérez, J.L.: "Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos", *Temas Laborales*, 135, 2016, pp. 251-307.

Organización Mundial De La Salud (OMS): "Clasificación Internacional del Funcionamiento, las Discapacidades y la Salud", OMS, Ginebra, 2001, [Consulta: 3 de mayo de 2022], Recuperado de: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43360/9241545445_spa.pdf

Organización Mundial de la Salud (OMS): "Discapacidad y salud", [Consulta: 21 abril de 2022], Recuperado de: https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health

Palacios, A., y Romañach, J.: "El modelo de la diversidad: una visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con diversidad funcional (discapacidad)", *Intersticios, 2*(2), 2008, pp. 37-47.

Palacios, A., y Romañach, J.: Modelo de la diversidad. La bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad de la diversidad funcional, Ediciones Diversitas-AIES, 2006.

Pincock, K., Jones, N., Baniodeh, K., Iyasu, A., Workneh. F., y Yadete, W.: "COVID-19 and social policy in contexts of existing inequality: experiences of youth with disabilities in Ethiopia and Jordan", *Disability & Society*, 2022. doi: 10.1080/09687599.2022.2087488

Ruiz, J.L.: Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

Sanjosé Gil, A.: "El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, 13, 2007, pp. 1-26.

United Nations: "Policy Brief: A Disability-Inclusive Response to COVID-19", United Nations, 2020, [Consulta: 8 de mayo de 2022], Recuperado de: https://unsdg.un.org/sites/default/files/2020-05/Policy-Brief-A-Disability-Inclusive-Response-to-COVID-19.pdf

United Nations: "Ageing and disability", ONU, 2022, Recuperado de: https://www.un.org/development/desa/disabilities/disability-and-ageing.html

Vicente González, E., Nogués Sáez, L., y Orgaz Alonso, C. (coords.) et al: "IV Informe sobre los servicios sociales en España y la profesión del trabajo social", Madrid, Consejo General de Trabajo Social, 2022, [Consulta: 20 julio de 2022], Recuperado de: https://www.cgtrabajosocial.es/files/62a847340c469/IVInformeServiciosSocialesEspaa.pdf

Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

2. Inclusión social de las personas con discapacidad, indagando en las diversas formas de discriminación: Diversas formas de discriminación. Dificultades y barreras. Discriminación De Género

Belén del Mar López Insua
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-1248-6015

SUMARIO: I. PERSPECTIVA GENERAL: LA PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD DESDE UN ENFOQUE DE DERECHOS. II. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD: UN OBSTÁCULO PARA LA CONSECUCIÓN DE LA PLENA IGUALDAD. 1. *EL DERECHO A LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, LA NO DISCRIMINACIÓN Y LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD*. 2. *MEDIDAS ANTIDISCRIMINATORIAS PARA LA CONSECUCIÓN DE UNA PLENA IGUALDAD*. 3. *ACCESO Y MANTENIMIENTO DEL EMPLEO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN*. III. FORMAS DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD. 1. *INCAPACIDAD TEMPORAL VERSUS DISCAPACIDAD: TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA Y PERSPECTIVA DE GÉNERO*. 2. *DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD EN EL ACCESO A LAS PRESTACIONES POR INCAPACIDAD PERMANENTE*. IV. BIBLIOGRAFÍA.

> *"…un factum tiene que ser concebido intelectualmente, porque de otro modo -en tanto factum- no es conocido, mientras que los conceptos jurídicos, como su nombre indica, son pensados, sin más, en forma conceptual"*[1]

I. PERSPECTIVA GENERAL: LA PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD DESDE UN ENFOQUE DE DERECHOS

La protección constitucional de las personas con discapacidad se ubica en el Capítulo III de la Constitución ("De los principios rectores de la política social y económica"; teniendo en cuenta que los preceptos que contiene necesariamente *ex constitutione* deben interpretarse sistemáticamente en conexión con el grupo normativo formado por los artículos 10.2 y 93 a 96 de la misma Norma Fundamental)[2] que aparece protegido a nivel internacional (Convención de la Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006)[3] y Europeo (artículo 15 de la Carta Social Europea Revisada; y artículo 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE garantiza el derechos fundamental a la integración de las personas discapacitadas). Aunque, ciertamente, se puede considerar que las garantías disponibles son todavía insuficientes en su operatividad jurídica para garantizar su plena efectividad.

Aunque el derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 14 de la Constitución Española-en adelante CE-), se erige como un derecho que le corresponde a toda persona -en cuanto garantía imprescindible para la garantía de la dignidad humana- lo cierto es que, en la práctica, dicho mandato precisa de medidas efectivas de acción positiva para la consecución de una igualdad real. Ciertamente, la igualdad de oportunidades constituye un derecho esencial que redunda no sólo en

[1] Engisch, K: *Introducción al pensamiento jurídico*, edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2001, pág. 63.

[2] Monereo Pérez, J.L: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Laborum, 2019, págs. 118 y sigs.

[3] Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. BOE núm. 96, de 21 abril 2008.

la cohesión social, sino también en el progreso económico de todo Estado Social y Democrático de Derecho, de ahí que los poderes públicos deban garantizar la libertad y la igualdad del individuo en sintonía con lo que establece el artículo 9.2 de la Carta Magna. A este respecto, el artículo 49[4] del Texto Constitucional indica: "Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos".

La ubicación de este derecho genera una enorme discusión porque aunque no reconoce un derecho subjetivo en sentido estricto[5], sí que fija un mandato dirigido a los poderes públicos a fin de que lleven a cabo una "política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración" del colectivo de personas con discapacidad "a los que habrán de prestar la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos" reconocidos en el Título I de la Constitución[6].

El artículo 49 de la CE centra así toda su atención en una serie de políticas asistenciales dirigidas a las personas con discapacidad adoptadas y normadas por los poderes públicos y, asimismo, proyecta un conjunto de políticas que se incardinan hacía una pluralidad de ámbitos bien diferenciados, entre otros: los laborales, los culturales, la vivienda, la educación, el ocio, los deportes… etcétera.

Los beneficiarios del artículo 49 son, evidentemente, "los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos" en razón de la existencia de una discapacidad que les impide o dificulta su inserción normal en las relaciones vitales habituales de la vida social. Resulta irrelevante aquí que la discapacidad sea de nacimiento o sobrevenida, como también que, a los efectos de la protección que dispone este precepto, la causa que dificultad dicha inserción sea proveniente de una discapacidad física o sensorial o de un problema psíquico, ya que lo que se valora es la existencia cierta de la misma[7].

La determinación de quiénes sean los poderes públicos a que se refiere el artículo 49 CE deriva, como en tantas otras materias, del reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En principio, se trata de un supuesto de competencias compartidas desde el momento en que el mandato del artículo 49 se canaliza por una parte por medio de prestaciones de la Seguridad Social, cuya competencia corresponde al Estado (artículo 149.1. 17ª) y, por otra, por acciones de asistencia social, función que han asumido las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos

[4] Pocos antecedentes pueden encontrarse de este precepto en el Derecho comparado, entre otros, cabe destacar: el artículo 38 de la Constitución italiana, al Preámbulo de la Constitución francesa de la IV República -declarado vigente por la Constitución de1958- y el artículo 71 de la Constitución portuguesa, que tanta influencia ha tenido en la formulación que hace la Constitución Española en lo que se refiere a buena parte de los derechos sociales. Mayor número de remisiones se pueden encontrar en textos de organismos internacionales vigentes en el momento de aprobación de la Constitución Española, a saber: las Declaraciones de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Deficiente Mental (1971) y la de los Derechos de los Minusválidos (1975), así como la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961. También cabe citar el Convenio nº 128, de 29 de junio de 1967, de la Organización Internacional del Trabajo relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes. No hay, sin embargo, precedentes directos en el Derecho constitucional español.

[5] Se entiende que los derechos de los discapacitados son los mismo que los de cualquier otra persona, por ello quizás no sea correcto situarlos en el artículo 49 de la Carta Magna como principios rectores. En esta línea se platea una modificación del artículo 14 de la CE que fije un mandato expreso de prohibición por razón de discapacidad, de modo que ésta adquiera la misma protección reforzada que ya ostentan el resto de derechos fundamentales. Y es que, el modelo social de discapacidad debe caracterizarse por mantener una idea de discapacidad en la que se combinen los rasgos de la persona y sus limitaciones con el discurso de derechos. De Asis, R: "De nuevo sobre Constitución y discapacidad", *Universitas*, Nº31, 2020, pág. 58.

[6] Monereo Pérez, J.L y Molina Navarrete, C: "El derecho a la protección de las personas minusválidas ("discapacitadas") (Artículo 49 de la Constitución Española)", en VV.AA., Monereo Pérez, J.L, Molina Navarrete, C y Moreno Vida, Mª.N (Dirs y Coords). *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, págs. 1755-1802.

[7] Monereo Pérez, J.L y Molina Navarrete, C: "El derecho a la protección de las personas minusválidas" …op.cit., págs. 1755-1802.

en virtud del artículo 148.1. 20ª del texto Constitucional[8]. Todo ello sin perder de vista las facultades que en dicha asistencia social pueden corresponder, por vía de ordenación, gestión o ejecución, a las Corporaciones locales.

La lucha de las personas con discapacidad se desarrolla para lograr la igualdad e inclusión social de este colectivo en la sociedad, para lo cual se han de buscar soluciones innovadoras que eliminen el riesgo de pobreza que tanto provoca la discapacidad[9]. A este respecto, la participación social, la formación y el derecho al trabajo constituyen valiosas piezas sin las cuales no se puede avanzar para el logro de una efectiva inclusión social. Aunque se ha evolucionado en pro del reconocimiento de unas condiciones dignas, todavía quedan por superar importantes barreras que limitan la autonomía individual de las personas con discapacidad. Y ello es porque, desgraciadamente, todavía subsiste una concepción social equivocada que las hace invisibles y propensas a una mayor vulnerabilidad, en comparación al resto de ciudadanos. Aparte, cabe tener presente que los factores de exclusión social a las que están sometidos este colectivo y que los sitúan en una posición de inferioridad y vulnerabilidad respecto a la ciudadanía sin discapacidad. La falta de oportunidades laborales de estas personas constituye, sólo, un ejemplo de la flagrante vulneración que al principio de igualdad de oportunidades sufren. No obstante, subsiste otras formas de discriminación por discapacidad que se relacionan con conceptos como la incapacidad temporal (IT), la incapacidad permanente (IP) y la enfermedad.

II. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD: UN OBSTÁCULO PARA LA CONSECUCIÓN DE LA PLENA IGUALDAD

El principio de igualdad y no discriminación que esboza el artículo 14 de la Constitución, contiene una cláusula general de salvaguarda del derecho a la igualdad de todos los españoles que prohíbe la discriminación, en general, de cualquier persona ya sea por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Esta disposición no contempla expresamente la discapacidad como causa de discriminación, de ahí que debemos relacionar el número 14 de la CE con lo previsto por los artículos 9.2 y 49 del Texto Constitucional. La carencia de una definición de discapacidad, el ambiguo lenguaje que emplea el artículo 49 de la CE, así como la "incorrecta" ubicación de este derecho en el apartado correspondiente a los principios rectores[10], ha abierto todo un debate a nivel jurisprudencial y doctrinal que ha causado importantes consecuencias jurídicas[11]. Y es que, en un principio, podría pensarse que los derechos de las personas

[8] El Tribunal Constitucional ha delimitado el alcance de ese título competencial en varias de sus sentencias, entre otras: la sentencia núm. 61/1997, de 20 de marzo; 188/2001, de 24 de septiembre y 37/2002, de 14 de febrero. En efecto, al Estado le corresponde regular la "base" o las normas básicas. Por lo que, "la competencia ex artículo 149.1. 1ª de la CE no se mueve en la lógica bases estatales-legislación autonómica de desarrollo", sino que el "Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes fundamentales desde una concreta perspectiva, la garantía de la igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador estatal y autonómico el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias". De este modo, "lo que contiene la Constitución es una habilitación para que el Estado condicione -mediante, precisamente, el establecimiento de unas condiciones básicas uniformes- el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales" (Véase, en este último sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional núm. 173/1998, de 23 de julio y 37/2002, de 14 de febrero).

[9] López Insua, B.M: "La inclusión social de las personas con discapacidad desde un enfoque de derechos, principios de justicia y obligaciones generales", VV.AA., Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, MªN., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F y Maldonado Molina, J.A (Dirs) y López Insua, B.M y Ruiz Santamaría, J.L (Coords)., *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustiv*o, Murcia, Laborum, 2020.

[10] De Asis, R: "De nuevo sobre Constitución y discapacidad" … op.cit., págs. 55 a 59.

[11] En cuanto al desarrollo legislativo del artículo 14 de la Constitución hay que apuntar que el mismo es enteramente singular. El carácter relacional y no autónomo del principio de igualdad, es decir, el que la igualdad no pueda predicarse en abstracto, sino únicamente respecto de relaciones jurídicas concretas, impide que este principio pueda

con discapacidad adolecen de una débil protección constitucional que los sitúa en un segundo nivel. Por todo ello, finalmente, este derecho ha debido ser interpretado a la luz de la Convención de las Naciones Unidas, así como por la jurisprudencia constitucional y, por ende, en relación al derecho a la dignidad humana que recoge el artículo 10 de la CE[12] (en cuanto eje central de todo Estado Social y Democrático de Derecho).

El artículo 9.2 de la CE es particularmente relevante, en esta materia, en cuanto que constituye anclaje constitucional del derecho a la discapacidad. En efecto, el mandato genérico que a los poderes públicos se contiene aparece dirigido a promover la libertad y la igualdad, aspirando así a remover los obstáculos que dificulten la integración de los discapacitados en sociedad. En otras palabras, el principio de igualdad de oportunidades que contiene el artículo 49 de la CE constituye principio rector del derecho a la discapacidad y se proyecta, especialmente, en relación al ejercicio de los derechos fundamentales[13]. De acuerdo con este mandato, los poderes públicos habrán de remover las condiciones necesarias a fin de que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos fundamentales, lo que se materializa en la obligación de adoptar medidas de acción positivas que eviten o compensen las desventajas derivadas de la discapacidad[14].

Tanto la discapacidad (física, psíquica o sensorial), como la enfermedad, se encuentran protegidas a efectos del artículo 14 de la CE, por lo que a fin de hacer cumplir el principio de igualdad de trato y no discriminación se podrán incorporar, objetiva y razonablemente, medidas de acción positiva. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que la finalidad de erradicar la discriminación o desventaja que existe respecto a las personas discapacitadas, justifica esa diferencia de trato[15], siempre que se produzca en un determinado ámbito una situación real de desventaja[16]. A sensu contrario, cuando las acciones positivas en favor de las personas con discapacidad se efectúen de manera no legítima sobre un determinado ámbito se considerarán entonces inidóneas para la corrección de una determinada desventaja. En línea con lo dispuesto por el artículo 9.2 de la CE, el Alto

ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general. No es posible, por tanto, concebir un desarrollo legislativo unitario y global de este precepto, esto es, aprobar una genérica "ley de igualdad", sino que son, por ello, las normas individuales dictadas en los distintos campos o áreas materiales y procesales de actividad las que tienen que plasmar este principio. No obstante, puede hablarse de normativa genérica sobre igualdad, dotada de transversalidad al afectar a muy diversos sectores del ordenamiento jurídico.

[12] El modelo social que propone la Carta Magna subraya que la dignidad constituye un derecho que le corresponde a todos los seres humanos con independencia de sus capacidades, exigiendo así la plena integración y participación de todos en la sociedad, incluyendo así a las personas con discapacidad. Por lo demás, el énfasis que aporta ahora la doctrina Constitucional se traslada ahora desde las condiciones de las personas, buscando así superar las barreras que impiden que los discapacitados tengan plena autonomía personal e individual. Desde las condiciones de la persona que suponen una deficiencia de capacidad a las condiciones sociales que impiden a las personas con discapacidad integrarse plenamente en la comunidad, la CE encomienda a los poderes públicos emplear todo un programa de acción que busque la corrección y erradicación de dichos obstáculos. Monereo Pérez, J.L: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de Relaciones Laborales*, Murcia, Laborum, 2020, espec., págs. 106 y sigs.

[13] Monereo Pérez, J.L y Molina Navarrete, C: "El derecho a la protección de las personas minusválidas" …op.cit., págs. 1755-1802.

[14] De acuerdo con el artículo 2 letra b) 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 su inclusión social, la igualdad de oportunidades debe ser entendida como: "… la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o por razón de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, laboral, cultural, civil o de otro tipo. Asimismo, se entiende por igualdad de oportunidades la adopción de medidas de acción positiva".

[15] Téngase en cuenta, a este respecto, lo previsto por el artículo 5. 4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, a saber: "No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad".

[16] Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1987, de 16 de julio.

Tribunal español arbitra toda una protección reforzada que aspira a garantizar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, principalmente, a través de la puesta en marcha de medidas de acción positiva que, por otro lado, podrán ser judicialmente exigibles si de otra forma la persona con discapacidad no puede disfrutar de sus derechos fundamentales[17]. Precisamente, esta posición constitucional se refuerza gracias a la prohibición de discriminación que se contiene en el artículo 14 de la Constitución Española.

La discriminación por razón de discapacidad se incluye dentro de la definición que recoge el artículo 14 de la Constitución, pues así lo ha aclarado la doctrina del propio Tribunal Constitucional[18] y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[19], en este último caso, en relación al artículo 14 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales[20]. En efecto, que la desigualdad de trato por razón de discapacidad no aparezca expresamente contemplada entre los motivos específicos de discriminación que prohíbe el artículo 14 de la Carta Magna no implica que no esté contemplada, pues la lista que recoge el artículo 14 de la CE no constituye un *numerus clausus*, de ahí que este precepto prevea una cláusula genérica de salvaguarda en donde se prohíbe la discriminación "por cualquier otra condición o circunstancia personal o social"[21].

La discriminación a la que se refiere el artículo 14 de la CE aparece referida a cualquier diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable. En otras palabras, la aplicación del principio de igualdad de trato impone introducir medidas de parificación que justifiquen constitucionalmente y proporcionalmente esas diferencias[22]. De este modo, la incorporación de la discapacidad entre las causas que recoge el artículo 14 de la CE eleva el nivel de protección que han de recibir las personas con discapacidad frente a cualquier diferenciación que se produzca por esta causa.

En cumplimiento de este derecho, 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 su inclusión

---

[17] Navarro Martínez, C: "Derechos a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación", en VV.AA., Arenas Escribano, R y Cabra de Luna, M.A (Coords)., *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, Madrid, La Ley, 2015, págs. 140 y 141.

[18] Sentencia del Tribunal Constitucional número 269/1994, de 3 de octubre.

[19] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de abril de 2009, en el caso Glor contra Suiza. En este caso, Glor fue declarado no apto para el servicio militar obligatorio o el servicio civil alternativo ofrecido a los objetores de conciencia por padecer diabetes. Se le ordenó pagar un impuesto por la exención del servicio militar ya que se evaluó su discapacidad como menor a un 40%, el rango mínimo para ser exceptuado del impuesto. El impuesto era considerable tomando en cuenta que los ingresos de Glor eran modestos. Glor alegó violación del derecho a la no discriminación basada en discapacidad amparándose en los artículos 14 y 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).
El Tribunal Europeo de Derechos Humanos que los derechos de Glor habían sido violados. Para que se configure la discriminación del artículo 14, y se viole la CEDH, la discriminación debe relacionarse con un derecho protegido por otro artículo. Por lo tanto, la Corte sostuvo que las obligaciones relacionadas a la vida privada que se encuentran en el artículo 7 incluyen la protección de la integridad física de un individuo. Un impuesto estatal evaluado sobre la base de la inhabilidad para servir en el ejército por un problema médico entra dentro del alcance del artículo 7.
La Corte no encontró justificación razonable para distinguir entre aquellos no aptos para hacer el servicio militar que están exentos del impuesto, y aquellos no aptos para el servicio que si deben pagarlo. Además, indicó que no era beneficioso para el interés general de la comunidad hacer que Glor pague un impuesto basado en una situación que él no podía controlar. La Corte también cuestionó el hecho de que no se le haya dado la posibilidad de asumir una obligación menos demandante físicamente en el ejecito, o se le permita hacer el servicio civil.

[20] Con carácter general, la discapacidad se incluye en el artículo 19.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE y en los artículos 21.1 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Con carácter específico, la discapacidad se regula por la Directiva 2000/78/CE y la jurisprudencia comunitaria.

[21] Sentencia del Tribunal Constitucional número 269/1994, de 3 de octubre.

[22] Tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 182/2005, de 4 de julio: "… las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad establecida *ex constitutione*, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica".

social establece, en su artículo 7, un mandato dirigido a las Administraciones Públicas por el que se pretende elevar dicho nivel de protección. Para ello, se incluyen, entras las obligaciones que les corresponden a los poderes públicos las de promoción de actividades de información, campañas de toma de conciencia y acciones formativas para la promoción de la igualdad de oportunidades y la no discriminación. Asimismo, se prevé la existencia de personal especializado, con formación, en los distintos servicios de atención a las personas con discapacidad, fomentándose igualmente el voluntariado en esta materia[23]. Este artículo conecta estrechamente con el artículo 5 del Real Decreto Legislativo 1/2013[24], en donde se incluye "el empleo" como ámbito específico que habrá de proyectar y elevar dicho nivel de protección para evitar cualquier discriminación por razón de discapacidad.

1. El derecho a la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la dignidad de las personas con discapacidad

El Título II de Real Decreto Legislativo 1/2013 intitulado como "Igualdad de oportunidades y no discriminación" (artículos 63 a 68) tras definir lo que se entiende por "vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades", enumera sus respectivas garantías y las medidas de acción positiva que habrán de establecer los poderes públicos en su lucha contra la discriminación y su contenido.

Se entiende por vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades cuando: "… por motivo de o por razón de discapacidad, se produzcan discriminaciones directas o indirectas, discriminación por asociación, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas". Este artículo ya refleja la influencia social (y no médica) que la normativa antidiscriminatoria trata de amparar[25], de ahí que se remita a la definición que recoge el artículo 4.1 de la Ley de discapacidad en consonancia con la letra a) del artículo 2[26] en donde se señala que la discapacidad "es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

---

[23] Se indica que: "1. Las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que los demás ciudadanos conforme a nuestro ordenamiento jurídico. 2. Para hacer efectivo este derecho a la igualdad, las administraciones públicas promoverán las medidas necesarias para que el ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos de las personas con discapacidad sea real y efectivo en todos los ámbitos de la vida. 3. Las administraciones públicas protegerán de forma especialmente intensa los derechos de las personas con discapacidad en materia de igualdad entre mujeres y hombres, salud, empleo, protección social, educación, tutela judicial efectiva, movilidad, comunicación, información y acceso a la cultura, al deporte, al ocio, así como de participación en los asuntos públicos, en los términos previstos en este Título y demás normativa que sea de aplicación…".

[24] El Título I del Real Decreto Legislativo 1/2013 se centrar en los derechos de las personas con discapacidad, al tiempo que contiene diversas referencias relativas al sistema de prestaciones y medidas de acción positiva para hacerlos efectivos. Igualmente, este título establece las obligaciones de los poderes públicos respecto del colectivo de personas con discapacidad.
Se abre este Título con la proclamación del derecho a la igualdad, que implica que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que los demás ciudadanos. Le sigue la mención de las prestaciones sociales y económicas para las personas con discapacidad; la regulación, adaptada a las particularidades de las personas con discapacidad, de los derechos a la protección de la salud, a la atención integral, a la educación, a la autonomía personal o vida independiente, que incluye las medidas pertinentes para asegurar la accesibilidad universal en los diferentes ámbitos de la vida cotidiana; el derecho al trabajo, con indicación de las medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo, las cuotas de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, o la regulación de los centros especiales de empleo y, finalmente, los derechos a la protección social y a la participación en los asuntos públicos.

[25] La Ley 51/2003, de 3 diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, en su Exposición de Motivos reconoce que las desventajas que muchas veces padece la persona con discapacidad tienen su origen en sus dificultades personales, pero también en los obstáculos que le impone la sociedad, que impiden la plena participación de estos ciudadanos en sociedad. De acuerdo con esta idea, se impone toda una serie de medidas universales de lucha contra la discriminación y la accesibilidad.

[26] Navarro Martínez, C: "Derechos a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación" … op.cit., págs. 145 y 146.

Se ofrece así una definición amplia en donde se incluyen las distintas formas de discriminación, tanto directas[27] como indirectas[28], que se producen cuando se aplica un criterio de diferenciación aparentemente neutral, pero que provoca efectos desproporcionalmente perjudiciales respecto a las personas discapacitadas[29]. Claramente, estos preceptos reflejan la influencia que sobre la normativa española ha tenido la doctrina comunitaria recaída en torno a la tutela antidiscriminatoria por razón de discapacidad. Los antecedentes de la misma datan de la emblemática sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), de 17 de julio del 2008 (asunto Coleman y otros, C-303/06), en donde se afirma que los efectos de la tutela antidiscriminatoria que prevé la Directiva 2000/78/CE no deben aplicarse de forma restrictiva y sólo respecto de las personas con discapacidad, sino que deben igualmente ampliarse a todas las personas (discapacitadas o no) que sufran una discriminación o un acoso por razón del empleo y ocupación al estar vinculadas a una persona discapacitada[30]. Se analiza aquí un supuesto de discriminación "por asociación", que va en esa línea de consolidación de un modelo social de discapacidad. Con esta doctrina, el TJCE adopta ahora una novedosa categoría jurídica, esto es, la de "discriminación transferida" en donde se aspira a ampliar la tutela antidiscriminatoria también a aquellas personas asociadas a personas discapacitadas, como por ejemplo sus cuidadores, precisamente por el particular riesgo de discriminación que sobre el empleo se proyecta[31]. Los hechos sobre los que versa esa sentencia son los siguientes: la señora Coleman trabajaba como secretaría jurídica en un despacho de abogados en Londres desde el año 2001. En el año 2002 tuvo a su primer hijo a quien por razón de su discapacidad le dedicaba la mayor parte de sus cuidados. La señora Coleman aseguraba que se vio obligada a dejar su trabajo porque sufrió discriminación y acoso por parte de su empleador con motivo de la discapacidad de su hijo. Alegaba así que, en circunstancias similares, la empresa trataba de modo diferente a los padres de hijos no discapacitados. En concreto, argumentaba que su antiguo empresario se negó a reintegrarla, una vez finalizó su permiso de maternidad, en el puesto que había ocupado con anterioridad. Y, de igual modo,

[27] Se trata de una situación en la que una persona es o ha sido tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga o similar por razón de una causa de discriminación, es despedida o recibe acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

[28] La discriminación se produce cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutras, ocasiona o puede ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de una causa de discriminación, siempre que la diferencia de trato no responda objetivamente a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de este objetivo sean adecuados, necesarios y proporcionados.

[29] En este sentido, cabe recordar, que el artículo 1 de la Ley 51/2003 establece como objetivo el de establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Ya aquí se definía la igualdad de oportunidades como la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social.

[30] Muñoz Ruiz, A.B: "El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los ciudadanos. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 2008, Coleman y otros, C-303/06", *Temas Laborales*, Nº 101, 2009, págs. 321-339.

[31] "Si bien es cierto que la legislación no establece explícitamente que la discriminación transferida es protegida, los Tribunales ingleses han interpretado que la prohibición de discriminación por razón de la raza tutela tales modalidades de discriminación. A través de una formulación amplia de la expresión "on racial grounds" se alcanza la conclusión por los Tribunales de que tales normas protegen tanto a la persona que posee las características calificadas como discriminatorias como también a otros sujetos vinculados con los primeros. Precisamente, en el Caso S*howboat Entertaiment Centre Ltd. V. Owens* el Employment Appeals Tribunal señaló que el término "on racial grounds" protege tanto los casos en los que la discriminación ocurre sobre la base de las características de la raza del trabajador como aquéllos otros en los cuales la discriminación acontece sobre la base de las características de otros. En definitiva, en el Reino Unido la cuestión de la discriminación transferida ha sido explícitamente introducida en el ámbito de la legislación a través del Case Law en los supuestos de discriminación por razón de la raza, orientación sexual, religión o creencia". Ver Muñoz Ruiz, A.B: "El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los ciudadanos. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 2008, Coleman y otros, C-303/06" … op.cit., pág. 332.

alegaba que su empresario no le concedió flexibilidad horaria y que dirigió comentarios "insultantes y fuera de lugar" tanto contra ella como contra su hijo.

Por su parte, el Tribunal de Justicia británico (en concreto, el *Employment* Tribunal) elevó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en donde se solicitaba que dilucidara acerca de si la Directiva sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación debía o no interpretarse en el sentido de que únicamente prohíbe la discriminación directa por motivo de discapacidad y si el acoso relacionado con esta última cuando el propio trabajador es la persona discapacitada o si se debía aplicar también cuando el trabajador no es la persona discapacitada, pero sí la víctima de un trato desfavorable por motivo de la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien dicho trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere.

Resultan claves, en este asunto, las conclusiones que arroja el Abogado General a fecha de 31 de enero de 2008 y en donde razona que el Directiva 2000/78/CE no es otro que el de "establecer un marco general para combatir la discriminación…con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato". En cuanto principio fundamental del Derecho Comunitario, la igualdad de trato puede vulnerarse, de una forma sutil y menos evidente, a través de un tercero (en este caso, el hijo de la señora Coleman) para menoscabar la dignidad y autonomía de la demandante. Por ello, "una concepción sólida de la igualdad conlleva que estas formas sutiles de discriminación deberían ser protegidas por la legislación de discriminación, en la medida en que éstas también afectan a las personas que pertenecen a las clasificaciones sospechosas". En tales casos, la persona que sufre la discriminación se convierte en el medio a través del cual se socava la dignidad de la persona que pertenece a la categoría sospechosa.

El TJCE avala esta interesante argumentación del Abogado General, basada en la interpretación del artículo 13 del TCE. Efectivamente, el principio de igualdad de trato no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en el artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE. El TJCE se alinea así con esa línea jurisprudencial ya iniciada en el Caso Chacón Navas de 11 de julio de 2006 (C-13/05) y en donde se señalaba que, a la vista del tenor literal del artículo 13 del TCE, el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE no podía ampliarse a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva (de forma que un trabajador que haya sido despedido por su empresario a causa exclusivamente de enfermedad no está comprendido en el marco general establecido por la Directiva 2000/78/CE). Por lo que, a ojos de este Tribunal, no puede declararse, sin embargo, que el principio de igualdad de trato y el alcance *ratione personae* de dicha Directiva deban interpretarse de manera restrictiva en lo que atañe a los motivos de que se trata, sino que habrá de interpretarse de manera amplia.

De acuerdo con esta doctrina, no cabe interpretar esa forma de "discriminación por asociación", recogida en el artículo 63 de la Ley de Discapacidad (Real Decreto Legislativo 1/2013), de forma aislada o independiente, sino que la misma se encuentra protegida por la legislación española tras la transposición de la Directiva 2000/78/CE[32].

La protección de las personas con discapacidad frente a cualquier forma de discriminación, directa o indirecta, que menoscabe su dignidad o que imponga una carga desproporcionada o indebida, como por ejemplo ocurre en materia de empleo, supone dos importantes consecuencias, de un lado, la de establecer un mandato de accesibilidad universal y, de otro, la obligación de realizar ajustes razonables. La accesibilidad universal es definida por el artículo 2 k) del Real Decreto Legislativo 1/2013 como "la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios,

[32] Recuérdese que el sexto considerando de la Directiva 2000/78/CE), al mencionar la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, se refiere tanto a la necesidad de erradicar toda forma de discriminación como a la adopción de medidas adecuadas para la integración social y económica de las personas con discapacidad.

así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible". Ahora bien, los ajustes razones (artículo 2 letra m) del Real Decreto Legislativo 1/2013), en línea con lo establecido por el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE suponen 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, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades"[33].

2. Medidas antidiscriminatorias para la consecución de una plena igualdad

La Ley de Discapacidad enuncia la garantía del derecho a la igualdad de trato en su artículo 64.1, a saber: "Con el fin de garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad, los poderes públicos establecerán medidas contra la discriminación y medidas de acción positiva".

Se recoge aquí un mandato dirigido no sólo a los poderes públicos, sino también a los particulares en cuanto que, sobre ambos, recae precisamente esa obligación de facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas discapacitadas[34]. Sin embargo, no siempre resulta fácil discernir entre los cometidos que les corresponden a unos y otros, de ahí que quepa distinguir entre estos tres conceptos: las exigencias de accesibilidad, los ajustes razonables[35] y las medidas de acción positiva[36]. Al Estado social le corresponde, por tanto, remover todos esos obstáculos que provocan una diferenciación entre unos colectivos y otros, pero eso sí, siempre con el límite que impone la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, esto es, que el ejercicio de estas garantías no suponga una violación de otros derechos fundamentales.

Las exigencias de accesibilidad (de contenido más general) y los ajustes de razonabilidad (de carácter más específico) facilitan enormemente el marco de actuación que podrá operar, en los distintos ámbitos (profesionales, educativos, sociales... etcétera) para remover todos esos obstáculos[37]. Así bien, para el ámbito profesional o del empleo no sólo será la ley la que marque el nivel de protección,

[33] Indica la doctrina científica que los ajustes razonables son subsidiarios respecto del sistema de accesibilidad universal, por lo que: "… aspiran a dotar de contenido y preservar el derecho concreto de la persona en situaciones particulares cuando el sistema de accesibilidad universal y de diseño para todos resulta inoperante, bien porque no se ha extendido jurídicamente a todos los ámbitos posibles y con la intensidad máxima deseable, o bien porque no ha sido capaz de prever (y regular) todas las situaciones en que una persona con discapacidad puede hallarse, en su interacción con el entorno que la rodea". Ver Pérez Bueno, L.C: "La configuración jurídica de los ajustes razonables", en VV.AA., Pérez Bueno, L. C (Ed)., *2003-2012: Diez años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, Madrid, Cinca, 2012, pág. 162.

[34] "Quien pudiendo evitar un daño a otro no lo evita, se hace responsable del mismo", ver De Domingo, T: "La *Drittwirkung* de los derechos fundamentales. Una alternativa al conflictivismo", en Martínez-Pujarte, A.L. y De Domingo, T., *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional,* Lima, Palestra Editores, 2010, págs. 135-137.

[35] Señala el artículo 2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 lo siguiente: "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".

[36] Recuerda el artículo 63.1 de la Ley de Discapacidad que: "Se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, definidas en el artículo 4.1, cuando, por motivo de o por razón de discapacidad, se produzcan discriminaciones directas o indirectas, discriminación por asociación, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas".

[37] De Asís, R: *Sobre discapacidad y derechos*, Madrid, Dykinson, 2013, pág. 79.

sino también la negociación colectiva. La supresión de determinados preceptos o su inaplicación en los contratos, reglamentos internos, convenios colectivos; así como la obligación de los Estados de adoptar las Directivas constituyen sólo algunos de los ejemplos que podrán operar en este escenario. Por su parte, la distinción entre estos dos instrumentos y las medidas de acción positiva radica en que, mientras que aquellos garantizan la igualdad de trato o igualdad formal -que no requiere de medidas de acción positiva-, estas últimas constituyen precisamente diferencias de trato en favor de las personas con discapacidad. Se fundamenta estas diferencias de trato, precisamente, en las desventajas que de partida presenta este colectivo para lograr su plena igualdad de oportunidades (se incardinan, pues, en la dimensión material del principio de igualdad)[38].

Estas medidas de acción antidiscriminatoria son el resultado, a nivel nacional, de la obligación que recoge el artículo 9.2 de la CE por la que se encomienda a los poderes públicos el ejercicio de acciones positivas. En esta línea se sitúa, igualmente, el artículo 5.3 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al señalar que: "... a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables".

Cualquier incumplimiento de ese mandato previsto por la CE, la Convención Internacional y la Ley de Discapacidad comportará "prima facie" una discriminación y una vulneración del derecho a la igualdad de trato, en cuanto que la persona afectada podrá exigir, con fundamento en el artículo 14 de la Carta Magna, la realización de las actuaciones necesarias para eliminar esos obstáculos. Ahora bien, si la medida de accesibilidad exige, por ejemplo, para una empresa un coste desproporcionado que puede comprometer su viabilidad (y, por supuesto, siempre que no haya una lesión de otros derechos fundamentales de la persona discapacitada) podrá ésta negarse, en base al derecho a la libertad de empresa que recoge el artículo 38 de la CE, a la adopción de dicha. En el caso de los ajustes razonables, habida cuenta de que también resultan necesarios para garantizar la igualdad de trato, su ausencia o denegación constituirá una discriminación, siempre que no constituya una carga excesiva o desproporcionada, límite que se encuentra expresamente establecido por el artículo 2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, que ha de ser considerado parámetro interpretativo, por lo que se refiere a las personas con discapacidad, del derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 de la Carta Magna. No obstante, a todo ello, habrá de incorporarse el correspondiente test de proporcionalidad, por lo que no puede interpretarse ampliamente el concepto de "carga excesiva", sino que la misma habrá de necesaria y proporcional para el logro del fin constitucional[39]. En cualquier caso, habrá de ponderarse la incidencia que esa denegación de ajuste sobre los derechos fundamentales de las personas con discapacidad se proyecta, por lo que sólo cuando esa incidencia sea limitada y el coste excesivo, entonces podrá fundamentarse la denegación en el derecho a la libertad de empresa que prevé el artículo 38 de la CE.

Con independencia del reconocimiento o no de la situación de discriminación por discapacidad, el apartado 2 del artículo 64 de la Ley de Discapacidad reconoce que el arbitraje y la acción judicial serán de aplicación a estas situaciones. Previsión ésta que se refuerza gracias al mandato dirigido a las Administraciones Públicas, por el que se otorga "... velar por evitar cualquier forma de discriminación que les afecte o pueda afectar". Y todo ello, con vistas a la consecución de los principios constitucionales de eficiencia del gasto público y estabilidad presupuestaría que recogen los artículos 31.2[40] y 135 de la Carta Magna[41].

[38] VV.AA., Pérez Bueno, L. C y Lidón Heras, L (Dirs)., *Derechos Fundamentales y discapacidad*, Madrid, Cinca, 2015, pág. 36.

[39] Monereo Pérez, J.L y Molina Navarrete, C: "El derecho a la protección de las personas minusválidas"... op.cit., págs. 1755-1802. De Asís, R: *Sobre discapacidad y derechos*... págs. 122 a 124.

[40] "El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía".

[41] Con carácter general el apartado 1 del artículo 135 de la Constitución indica que: "*Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria"*.

Finalmente, el apartado 3 del artículo 64 de la Ley de Discapacidad reconoce que para la consecución de ese principio de igualdad y no discriminación será indispensable la aplicación preferente de la normativa específica sobre discapacidad, antes que la legislación laboral.

3. Acceso y mantenimiento del empleo para las personas con discapacidad: la prohibición de discriminación

En los artículos 65 a 68 de la Ley de Discapacidad se recoge tanto el contenido de las medidas antidiscriminatorias, como de acción positiva. Previamente, el artículo 65 se detiene a definir qué se entiende por "medidas contra la discriminación", a saber: *Se consideran medidas contra la discriminación aquellas que tengan como finalidad prevenir o corregir que una persona sea tratada de una manera directa o indirecta menos favorable que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable, por motivo de o por razón de discapacidad*. Por lo tanto, el objetivo último y que se pretende es la eliminación de los obstáculos o de las barreras que dificultan la consecución del derecho fundamental a la igualdad de oportunidades, para lo cual los poderes públicos quedan obligados a adoptar las medidas necesarias para que puedan ejercerse de modo efectivo. Y es que, de lo que se trata es de hacer cumplir la Convención Internacional de 2006 -en virtud de la remisión operada por el artículo 10.2 CE[42]-, normativa ésta que permite definir el contenido y el alcance concreto, en el caso de las personas con discapacidad, de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución española, así como de las actuaciones exigibles para garantizar su pleno disfrute y para eliminar las barreras a que se enfrentan.

Las medidas antidiscriminatorias que podrán operar consisten en la "... prohibición de conductas discriminatorias y de acoso, exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos y de realizar ajustes razonables". Este contenido se proyecta sobre múltiples escenarios de la vida cotidiana, entre otros el laboral. Es por ello que, la Ley de Discapacidad (atendiendo al mandato que recoge el artículo 9.2 de la CE) adopte una actividad de fomento o de promoción positiva a través de las medidas de políticas activas de empleo. A buen ejemplo, la actual Ley de Empleo[43] encomienda a los distintos agentes de intermediación la función de velar por el cumplimiento del principio de igualdad de trato. Por su parte, la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social tiene atribuidas importantes funciones en materia de igualdad de trato, por lo que podrá perseguir la comisión de las distintas infracciones al principio de no discriminación recogido en la Ley de infracciones y sanciones en el orden social (LISOS). La aplicación preferente de este régimen de infracciones que prevé la LISOS se recoge, expresamente, por la disposición adicional sexta de la Ley de Discapacidad.

En el ámbito privado, las empresas quedan obligadas 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 (como se ha señalado en el apartado anterior) que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. Precisamente, en este ámbito privado, la Constitución prohíbe igualmente que se puedan producir discriminaciones a la hora de la contratación, debiendo ser el "orden público" quien imponga límites a esa libertad de contratación (artículo 1255 del Código Civil)[44]. El respeto a los derechos a la igualdad, no discriminación y a la dignidad deberán aplicarse en todas las fases de la relación contractual (tanto en la precontractual, como en la de mantenimiento del empleo). De este modo, habrán de ser considerarse contrarios al orden Constitucional (y, por ende, a la prohibición de discriminación

[42] En la Convención vendrían recogidos estos derechos a la igualdad y no en el artículo 5. Ahora bien, para las mujeres con discapacidad habrá de remitirse al artículo 6 y al artículo 12 para la "igualdad ante la ley".

[43] Aprobada mediante Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley de Empleo.

[44] "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público".

por razón de discapacidad) los actos o negocios jurídicos privados que, en términos comparativos, se celebren con un fin discriminatorio, por ejemplo: para excluir a trabajadores discapacitados o en donde no se tengan en cuenta aspectos personales del solicitante. Cuando, claramente, una oferta de empleo atente contra la dignidad de la persona y/o el derecho a la igualdad podrá declarase la invalidez del acto[45].

Desde el ámbito europeo se ha proyectado esa necesidad de respeto del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad, aunque constriñendo su eficacia únicamente hacia determinados ámbitos concretos, como son: el empleo y la ocupación, la protección social, la educación, el acceso a bienes y servicios públicos (incluyendo la vivienda[46]). El orden comunitario ha proyecto ese principio de igualdad de trato exclusivamente hacia aquellos bienes y servicios "... disponibles para el público", dejando así fuera el ámbito de la vida privada o familiar[47]. Ello evidencia una preocupación por evitar la contratación en masa, pues el fin último no es otro que el de vincular el empleo a la consecución de una efectiva igualdad de trato y no discriminación[48].

Las medidas antidiscriminatorias tienen como finalidad prevenir que una persona (en este caso, con discapacidad), en una situación análoga o comparable con la de otra, sea tratada (directa o indirectamente) menos favorable. A este fin, "... los poderes públicos adoptarán medidas de acción positiva en beneficio de aquellas personas con discapacidad susceptibles de ser objeto de un mayor grado de discriminación, incluida la discriminación múltiple, o de un menor grado de igualdad de oportunidades, como son las mujeres, los niños y niñas, quienes precisan de mayor apoyo para el ejercicio de su autonomía o para la toma libre de decisiones y las que padecen una más acusada exclusión social, así como las personas con discapacidad que viven habitualmente en el medio rural" (artículo 67 de la Ley de Discapacidad).

El trato diferenciado, correlato de a dimensión material de la igualdad que consagra el artículo 9.2 de la Carta Magna, podrá consistir "... en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables. Las medidas de igualdad de oportunidades podrán ser ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios auxiliares para la comunicación... En particular, las administraciones públicas garantizarán que las ayudas y subvenciones públicas promuevan la efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, así como las personas con discapacidad que viven habitualmente en el ámbito rural" (artículo 68 de la Ley de Discapacidad). Las medidas de acción positiva y su

[45] Navarro Martínez, C: "Derechos a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación"... op.cit., págs. 155 a 157.

[46] La referencia a la vivienda tiene un significado especial en cuanto que incide en la necesidad de garantizar el acceso y habitabilidad de la misma a las personas discapacitadas, lo que puede implicar la imposición de cargas, bien a los vecinos del inmueble, bien a los constructores. Respecto de estos últimos, cabe mencionar la reserva de viviendas para personas con discapacidad, que conlleva la exigencia de programar un mínimo del 4% en los proyectos de viviendas protegidas con las características constructivas y de diseño adecuadas que garanticen el acceso y desenvolvimiento cómodo y seguro de las personas con discapacidad. Obligación que se extiende a los proyectos de viviendas de cualquier otro carácter que se construyan, promuevan o subvencionen por las Administraciones públicas y demás entidades dependientes o vinculadas al sector público (art. 32). Por otra parte, las normas técnicas sobre edificación incluirán previsiones relativas a las condiciones mínimas que han de reunir los edificios de cualquier tipo para permitir la accesibilidad de las personas con discapacidad (art. 26). En este sentido, el Código Técnico de la Edificación, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, ya fue modificado en materia de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad por Real Decreto 173/2010, de 19 de febrero.

[47] Véase el artículo 3.1 letra h) de la Directiva Comunitaria 2000/43/CE y los artículos 3.1 y 5 de la Directiva 2004/113/CE.

[48] La Ley de Discapacidad refleja, fielmente, este cometido en su artículo 29 al señalar. Con carácter general señala el apartado 1 lo siguiente: " Todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o en el privado, suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar, estarán obligadas, en sus actividades y en las transacciones consiguientes, al cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por motivo de o por razón de discapacidad".

contenido podrán exigirse, en un Estado Social y democrático de Derecho, como valor supremo para el cumplimiento del Texto Constitucional[49].

Ello legitima el ejercicio de acciones positivas proporcionales a su finalidad y con vistas a la consecución de ese efectivo derecho a la igualdad y no discriminación. Por lo tanto, las medidas de acción positiva para las personas con discapacidad se podrán proyectar, incluso con carácter temporal, y siempre que persista la situación antidiscriminatoria, siendo evidentemente necesaria su revisión periódica[50]. Entre las medidas de acción positiva más destacadas se encuentran la de reserva de plazas, obligación que la Ley de Discapacidad proyecta tanto para las empresas privadas, como para las empresas públicas. Indica la Ley que las empresas públicas y privadas que empleen a 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2% sean trabajadores con discapacidad. Por su parte, en las ofertas de empleo público se reservará un cupo del 7% para ser cubierto por personas con discapacidad (artículo 59 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público[51]). El objetivo que pretende el legislador con la imposición de esta medida, no es otro que incorporar de forma progresiva dicho tanto por ciento en las distintas Administraciones Públicas[52].

La fijación de los criterios a tener en cuenta para el cumplimiento de la obligación empresarial se efectúa por criterios amplios y flexibles, en el sentido de que el cómputo de número de trabajadores para alcanzar los cincuenta se realizará sobre el total de la plantilla correspondiente (incluyendo a los trabajadores discapacitados), cualquiera que sea el número de centros de trabajo y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores con la empresa. Asimismo, se incluyen en este cómputo a los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en las empresas públicas o privadas en virtud de contratos de puesta a disposición celebrados con empresas de trabajo temporal. Respecto a los trabajadores beneficiados por la cuota de reserva, la norma vigente no establece distinciones por razón del tipo y grado de discapacidad y tampoco exige requisito alguno sobre las modalidades contractuales que deben tener los trabajadores con discapacidad que se computan en dicha cuota[53].Respecto al empleo protegido, cabe indicar que en los centros especiales de empleo[54] la plantilla habrá de estar constituida por el mayor número de personas trabajadoras con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70% de aquélla (artículo 43 de la Ley de Discapacidad). Las Administraciones Públicas podrán establecer compensaciones económicas, destinadas a los centros, para ayudar a la viabilidad de los mismos, estableciendo para ello, además, los mecanismos de control que se estimen pertinentes (artículo 44 de la Ley de Discapacidad).

---

[49] Ver la sentencia del Tribunal Constitucional 269/1994, de 3 de octubre (BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 1994).

[50] Sentencia del Tribunal Constitucional 269/1994, de 3 de octubre (BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 1994).

[51] Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE núm. 261 de 31 de octubre de 2015). De igual modo, habrá que tener en cuenta la Ley 30/1984 de la Función Pública.

[52] Esta reserva de empleo público se refiere a la totalidad de las plazas convocadas por una determinada Administración, debiendo aparecer especificadas las plazas reservadas en la correspondiente Oferta Pública de Empleo y su distribución en cada una de las convocatorias. En todo caso el legislador señala la necesidad de que los aspirantes superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas. Esta cuota de reserva en el ámbito del empleo público se completa, desde el enfoque de acción positiva, con el deber de adoptar las medidas necesarias para establecer los ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo, y una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad. Llano Sánchez, M: "Trabajadores con discapacidad", en VV.AA., Monereo Pérez, J.L; Fernández Bernat, J.A y López Insua, B.M (Dirs y Coords)., *Las políticas activas de empleo. Configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Cizur Menor (Navarra), Thompson/Aranzadi, 2016.

[53] Llano Sánchez, M: "Trabajadores con discapacidad"...op.cit.

[54] Son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad.

Esta obligatoriedad de establecer un cupo de reserva tiene por finalidad crear una vía o trampolín que actúen pro a la normalización e inclusión de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo (tanto público, como privado). Aparte, para las empresas que contraten a trabajadores con discapacidad se han previsto una serie de incentivos y bonificaciones a la contratación[55] que han sido, en muchos casos, objeto de crítica por parte de la doctrina científica. Y ello es porque, en la práctica, las empresas han empleado estas medidas de estímulo a la contratación más como medio para la contratación temporal y precaria, antes que para el mantenimiento indefinido de la relación laboral. Efectivamente, si el fin que persigue la UE es incentivar el mantenimiento del empleo de las personas discapacitadas, claramente, se puede afirmar que ese objetivo no se ha conseguido, puesto que sobre todo ese conjunto de bonificaciones temporales no ha logrado todavía calar esa noción de trabajo decente[56].

En relación a las concretas medidas de acción positiva dirigidas a la reserva de plazas cabe preguntarse lo siguiente: ¿se trata ésta de una medida obligatoria tanto para los poderes públicos, como para particulares? La doctrina científica entiende que cómo el principio de igualdad de oportunidades (artículo 9.2 de la CE) se proyecta e incide directamente sobre el ámbito de los derechos fundamentales, cabe aplicar estas medidas de acción positiva en todos los ámbitos (público y privado) para así asegurar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales. En este orden de ideas, reserva de plazas a personas con discapacidad en el acceso a la función pública constituye una medida de acción positiva necesaria para garantizar el derecho reconocido por el artículo 23.2 de la CE. Así lo ha reconocido el mismo Tribunal Constitucional, a saber: "... constituye un cumplimiento del mandato contenido en el artículo 9.2 CE"[57] e "intenta promocionar la inserción profesional de sujetos con dificultades de acceso al empleo, lo que en sí mismo no solo no es contrario a la igualdad, sino que la hace posible y efectiva"[58]. Por lo tanto, el objetivo es corregir la desigualdad material de un colectivo en riesgo de exclusión social, evitando así una desventaja objetiva e indubitada dentro de esa lucha por alcanzar un modelo social de discapacidad acorde con una sociedad inclusiva. De conformidad con esta doctrina, cabe considerar contraria a la CE y, por tanto, ilegal por conculcar la previsión del artículo 9.2 de la CE (en conexión con los artículos 23.2 y 35 de la CE), toda ley que suprima tal reserva. Y es que, todos tienen un igual derecho a un determinado puesto de trabajo, siempre que cumplan con los requisitos de capacitación que se exigen[59].

Empero a la anterior, el artículo 42.1 de la Ley de Discapacidad (en su párrafo segundo) indica que, de forma excepcional, las empresas pueden quedar exentas del cumplimiento de esta obligación, ya sea total o parcialmente, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial estatal o, en su defecto, de ámbito inferior, y todo ello a tenor de lo dispuesto en el artículo 83.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores. De igual modo, podrá voluntariamente la empresa quedar exenta cuando el empresario comunique debidamente dicha decisión a la autoridad laboral y siempre que, en ambos supuestos, se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente.

---

[55] Gracias a la publicación de la ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Ahora bien, cabe tener en cuenta también lo previsto por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre; la Ley 43/2006, de 29 de diciembre y la Ley 45/2002, de 12 de diciembre. Para el empleo por cuenta propia de las personas discapacitadas cabe mencionar: la Ley 6/2017, de 24 de octubre y el apartado 4 de la Disposición Final 3ª del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

[56] VV.AA., Monereo Pérez, J.L, Gorelli Hernández, J., De Val Tena, Á.L (Dirs) y López Insua, B.M (Coord)., *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018. En esta línea, Monereo Pérez, J.L y López Insua, B.M: "La garantía internacional del derecho a un trabajo decente", *Nueva Revista española de Derecho del Trabajo*, Nº177, 2015, págs. 27 a 72.

[57] Sentencia del Tribunal Constitucional 269/1994, de 3 de octubre (BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 1994).

[58] Véase la sentencia del Tribunal Constitucional 269/1994, de 3 de octubre (BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 1994).

[59] Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, de 2 de julio (BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981).

A través del Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, se regula todo el procedimiento que habrá de llevarse a cabo ante los servicios públicos de empleo cuando se trata de resolver la solicitud empresarial de declaración de excepcionalidad y la autorización de la medida alternativa propuesta por el empresario. En este real decreto se concretan las circunstancias que podrán determinar una situación de excepcionalidad, a saber: 1) la imposibilidad de los servicios públicos de empleo o agencias de colocación de dar respuesta al requerimiento de la empresa y 2) la imposibilidad de las empresas, motivada por razones empresariales (esto es, causas técnicas, económica, organizativas o de producción) que presenten una especial dificultad para incorporar a personas discapacitadas. En ese caso, se han previsto por dicho real decreto toda una serie de medidas alternativas, entre otras: a) que el empresario puede celebrar una contrata con un Centro Especial de Empleo o un contrato con un trabajador autónomo discapacitado que tengan por objeto suministro de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa o servicios accesorios a la misma; b) que el empresario realice donaciones y patrocinios, de carácter monetario, con fundaciones o asociaciones de utilidad pública cuyo objeto social sea la creación de empleo y la inserción laboral de personas con discapacidad y, finalmente, que el empresario constituya un enclave laboral, previa suscripción del correspondiente contrato con un Centro Especial de Empleo[60]. El incumplimiento de la cuota de cuota de reserva o de cualquiera de las medidas alternativas constituye una infracción administrativa grave, de acuerdo con el artículo 15.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000 sobre infracciones y sanciones en el orden social.

III. FORMAS DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD

La participación plena y efectiva de todas las personas discapacitadas, en igualdad de condiciones con los demás, se convierte para la ONU en un importante reto a lograr. Por lo que, en sintonía con el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE[61], la Convención de la ONU define la discriminación por razón de discapacidad como "... 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 2.4 de la Convención de la ONU). Para la jurisprudencia comunitaria el concepto de discapacidad debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la normativa pretende alcanzar, desde los que debe entenderse que la discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que supongan un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional, pero no incluyendo la enfermedad[62].

A este respecto, la Directiva 2000/78/CE prohíbe en sus artículos 11, 12, 15 y 31 la discriminación por motivos de discapacidad. Interpretando conjuntamente ambos textos, se trata de asegurar el derecho al empleo y a la adaptación "razonable" del puesto de trabajo para así romper las barreras que dificulten o impidan que los discapacitados puedan participar plena y efectivamente en sociedad. Igualmente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (elevada al rango de Tratado de la Unión ex artículo 61 del Tratado de la Unión Europea), en cuyo artículo 21.1 garantiza el principio de no discriminación por razón de discapacidad[63].

---

[60] Llano Sánchez, M: "Trabajadores con discapacidad"...op.cit.

[61] De 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

[62] Ver la sentencia del Tribunal de la Comunidad Europea de 11 de julio de 2006, C-13-05, Asunto *Chacón Navas.*

[63] Monereo Pérez, J.L: "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", en *Revista Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, Volumen 9, nº 1 de 2019. Indica el autor que: "Interesa retener asimismo el art. 24 ("Derecho a protección en caso de despido") de la Carta Social Europea Revisa y el "Anexo a la Carta Social Europea (Revisada) relativo a dicho artículo, a cuyo tenor: "3 A

Ahora bien, la cuestión se vuelve problemática cuando atendemos al concepto de discapacidad ya que ni la Directiva comunitaria, ni la Convención de la ONU la definen. Por ello, el concepto de "discapacidad" ha de entenderse referido a una "incapacidad cualificada o agravada" que inhabilita a la persona no ya para una actividad, sino para una pluralidad de actividades que cualquier otro ser humano podría llevar a cabo de no padecer dicha incapacidad, impidiendo "su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás"[64].

1. Incapacidad temporal versus discapacidad: tutela antidiscriminatoria y perspectiva de género

El concepto de discapacidad no debe de confundirse con el de IT, puesto que la incapacidad temporal tiene tasada legalmente su duración. Precisamente, en esta lógica de superación del modelo médico-asistencia y enfatización del modelo social de igualdad e integración de las personas discapacitadas[65] es en donde se mueve la doctrina del TJUE más reciente. La STJUE de 1 de diciembre de 2016 en el asunto C-395-15, Mohamed Daouidi, precisa que puede existir discriminación en bajas médicas prolongadas que ocasionan una limitación duradera. De este modo, el TJUE abre el camino hacia la tutela antidiscriminatoria de la discapacidad de la Directiva 2000/78. El TJUE subraya que, a estos efectos, la "limitación debe ser duradera" y afirma que "en la fecha del hecho discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento". A pesar del avance en esta materia, lo cierto es que el TJUE no establece que un despido por motivo de enfermedad revista sin más la consideración de discriminatorio a efectos de la Directiva 200/78/CE, sino que consagra un criterio de asimilación o equiparación de las enfermedades de larga duración y/o cronificadas (y frecuentemente de pronóstico incierto) a efectos de discapacidad. Por lo que, amplia el concepto de discapacidad a efectos de la tutela antidiscriminatoria a la que se refiere la Directiva. De forma que, le corresponde al Juez Nacional (técnica de reenvío) verificar, a la luz del conjunto de indicios apartados en cada caso, si una enfermedad de larga duración puede ser calificada como de discapacidad[66].

Rompiendo con la doctrina que hasta ahora se seguía de calificar los despidos producidos durante la IT como de improcedentes, los jueces españoles, a la vista de la jurisprudencia europea pueden ahora declarar como nulos y fraudulentos los despidos durante una IT, con la consiguiente

efectos de este artículo, no se considerarán motivos válidos para el despido, en particular (…) f) la ausencia temporal del trabajo debida a enfermedad o lesión". Estas garantías de eficacia específicas (o de efectividad del derecho) sobre los motivos injustificados o ilegítimos de despido suponen una mejora importante del sistema de garantías mínimas previsto en el art. 24 CSE de la Parte II de la CSE. Así se protege los derechos fundamentales del trabajo y especialmente el principio de igualdad y no discriminación y señaladamente la protección de la persona en situación de incapacidad temporal (apartado f)". Véase también, en este sentido, Monereo Pérez, J.L y Maldonado Molina, J.A: "Integración de las personas discapacitadas (Artículo 26)", en VV.AA., 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, págs. 573 y 590. Cuenca Gómez, P y De Asís Roig, R: "Derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, inclusión y participación en la vida de la comunidad (Artículo 15)", en VV.AA., Monereo Atienza, C y Monereo Pérez, J.L (Dirs y Coords)., *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, págs. 683- 695.

[64] Monereo Pérez, J.L: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales*, Albacete, Bomarzo, 2018.

[65] Monereo Pérez, J.L: "Capítulo 3. La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de la persona", en VV.AA., Rodríguez Iniesta, G., Ortiz Castillo, F y López Insua, B.M (Coords.): *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2017, págs. 870 y siguientes.

[66] Monereo Pérez, J.L: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales*, Albacete, Bomarzo, 2018. Monereo Pérez, J.L: "Capítulo 3. La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de la persona"...op.cit., págs. 862 y siguientes.

obligación de readmisión. Cada supuesto de hecho puede ser valorado con este criterio, que exige diferenciar las situaciones de enfermedad prolongada y duradera de las que no lo son. Los indicadores de una IT "prolongada y de limitación duradera" son indeterminados, lo que conducen siempre a un inevitable juicio casuístico. Además, el carácter duradero y especialmente limitador de una dolencia solo se puede comprobar con el paso del tiempo y es de difícil apreciación en el momento de un despido. El juez valorará el supuesto de hecho tras el transcurso del tiempo, situando a la empresa en una complicada inseguridad jurídica, puesto que el despido fue realizado sin esta comprobación real. Aparte, cabe tener en cuenta que, la legislación de protección de datos impide acceder a la empresa a la realidad médica para actuar en consecuencia[67]. Por lo que cobrará aquí una enorme relevancia el sentido técnico-jurídico que el juez nacional otorgue al concepto de discapacidad, conforme al artículo 2. a) del Real Decreto Legislativo 1/2013 y la normativa comunitaria.

En aplicación del marco normativo y de la doctrina del TJUE (asuntos C-13/05, Chacón Navas; C-335/11 y C-337/11, Ring; C-345/15, Daouidi; y, C-270/16, Ruiz Conejero), el TSJ concluye en ambas sentencias (de 9 de noviembre de 2018 y 18 de enero de 2019) declarando la nulidad del despido. Por todo ello, a partir de los hechos probados, entiende que hay indicios suficientes para poder afirmar que la situación de las trabajadoras es de discapacidad y no de una enfermedad, por tratarse la causa de la baja, un cáncer de útero (sentencia del TSJ de Cantabria de 18 de enero de 2019) y cáncer de mama (TSJ de Castilla-La Mancha de 9 de Noviembre de 2018), de una limitación duradera de la actividad laboral, "al tratarse de un proceso morboso que no presenta una perspectiva bien delimitada de finalización a corto plazo" y tratamiento cierto (empleando las palabras del TJUE y de los mismos TSJ), sino más bien la necesidad de tratamiento prolongado en el tiempo y con obvias consecuencias en términos de impedir la normal participación de las trabajadoras afectadas en la vida laboral.La "limitación duradera" de las dolencias queda confirmada, por otra parte, gracias a todos los informes médicos aportados, siendo en sendos casos la situación irreversible. Lo que, en definitiva, lleva a la Sala a concluir que las situaciones jurídicas de las trabajadoras quedan incluidas en el concepto de discapacidad al que se refiere la Directiva 2000/78/CE.

No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (nº de Recurso: 2766/2016)[68] considera que en un supuesto de despido disciplinario mientras la trabajadora se encuentra de baja por IT habrá de calificarse la extinción contractual como improcedente. En particular, la trabajadora (con categoría profesional de limpiadora de la empresa multiservicios Clece S.A) padece un trastorno depresivo grave E P I recurrente que le lleva a estar de baja durante un año. Tres meses antes del alta médica por agotamiento de la duración por IT, la trabajadora es despedida disciplinariamente por la empresa Clece S.A (artículo 54.1 y 2 e) del ET) quien alega un rendimiento laboral inferior al pactado dado que en el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2014 y el 31 de julio de 2015 estuvo de alta en la empresa 453 días de los cuales solo prestó servicios en forma efectiva durante 164 días. Los motivos del despido no estaban acreditados por la empresa, por lo que la recurrente plantea la declaración de improcedencia o nulidad. En primera instancia, el Juzgado de lo Social declaró la nulidad del despido. Fallo que es igualmente confirmado posteriormente en sentencia de suplicación, al considerar que el despido por enfermedad asimilado a discapacidad es discriminatorio y, por lo tanto, nulo (se apela a las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictadas el 11 de junio de 2006, el 13 de abril de 2013 y de 1 de diciembre de 2016).

En contra de todo pronóstico en términos de argumentación jurídica y de la doctrina más reciente del TSJ, el Supremo considera que no procede aquí la declaración de nulidad, sino la de

[67] Lahera Forteza, J: "Despidos durante la baja médica", ver en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/02/20/economia/1487611309_151243.html#articulo-comentarios . Entiende este autor que: "Este nuevo escenario incierto debe abrir un debate político sobre esta cuestión. Hay que tasar la nulidad del despido por enfermedad a cambio de flexibilizar más el despido objetivo, desde la mera perspectiva funcional de la incapacidad para desarrollar el trabajo convenido. A la vez, hay que distribuir mejor los costes empresariales y públicos durante las bajas médicas, desincentivando este tipo de despidos durante la enfermedad".

[68] En esta misma línea cabe citarse las sentencias de 30 de mayo de 2016 y 21 de septiembre de 2017.

improcedencia del despido[69]. A juicio del TS la enfermedad en cuanto tal, o sea, considerada únicamente y de forma abstracta como enfermedad -sin elementos adicionales de calificación- "*no entra dentro de los motivos de discriminación"* (cuestión, ésta, que en el fondo no se pone en duda ni en la doctrina científica más solvente, ni del TJUE ni en la mantenida en algunos pronunciamientos recientes de los Tribunales Superiores de Justicia). Ahora bien, matiza en su sentencia que "esto no obsta a que la enfermedad que comporte una discapacidad a largo plazo, esté ya incluida como discapacidad y por tanto protegida por la Directiva europea". Tras el estudio de las diversas sentencias del TJUE (incluyendo la sentencia de 18 de enero de 2018), el Tribunal Supremo deja claro lo siguiente: a) si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, deriva en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78. En este caso, cabría declarar la nulidad del despido, b) Una enfermedad que no suponga una limitación (en el sentido explicado en el guion anterior) no estará comprendida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78. Y en este sentido, el Tribunal Supremo entiende que la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación. En este caso, el despido (si no hay motivos o no están justificados será improcedente, pero nunca nulo) y c) hay que distinguir entre "la enfermedad en cuanto tal" y "la discapacidad". En este sentido, a ojos del Supremo, la discapacidad radica en la limitación que para la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones supone la interacción de las dolencias con diversas barreras diferenciando esa situación, compatible con la asistencia al trabajo, de la simple baja por enfermedad.

En la Sentencia de 15 de marzo de 2018, el Tribunal Supremo entiende que la situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que todavía disfruta de una IT y no había sido valorada por el Equipo de Valoración de Incapacidades, no permite identificarla con la noción de "discapacidad", distinta de "la enfermedad en cuanto tal" en la que apoya la discriminación la interpretación dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus últimas resoluciones. De esta interpretación, argumenta erróneamente el Tribunal Supremo, que la Directiva 2000/78 del Consejo se opone a la normativa nacional cuando las ausencias sean debidas a "enfermedades atribuidas a la discapacidad de ese trabajador". Por lo que, "no es posible incardinar la baja temporal de la demandante en un supuesto de discriminación gravado con la calificación de nulidad sino mantener la de improcedencia derivada de la falta de justificación como despido disciplinario que en todo caso exige un componente intencional, ausente en la actuación de la trabajadora".

Idéntico pronunciamiento es que se produce con la sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 21 de septiembre de 2017 (Nº de Recurso: 782/2016). En este caso, el TS analiza la existencia de causa de discriminación en un despido por causas objetivas efectuado al amparo del art. 52.d) ET por ausencias justificadas e intermitentes al puesto de trabajo. En concreto, la trabajadora que estaba de baja por IT cumplía con las ausencias mínimas fijadas en la norma, esto es, había faltado durante al menos el 25% de jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, excluyéndose las ausencias que fija el propio precepto (huelga legal, accidente de trabajo, maternidad, cáncer o enfermedad grave…). Tras ser despedida al amparo de lo dispuesto en el art. 52.d) ET, el Juzgado de instancia declara procedente el despido, siendo revocada tal sentencia por otra del TSJ Galicia que lo declara nulo por entender que se vulnera el derecho a la no discriminación

[69] Fernández Ramírez, M: "Igualdad y discapacidad. Especial atención a la mujer y a la infancia. Respecto a la privacidad del hogar y de la familia", en VV.AA., Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, MªN., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F y Maldonado Molina, J.A (Dirs) y López Insua, B.M y Ruiz Santamaría, J.L (Coords)., *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustiv*o, Murcia, Laborum, 2020.

por razón de discapacidad, al considerar la Sala que el estado de salud de la trabajadora tenía encaje en la descripción de discapacidad que recoge la Directiva 2000/78 y doctrina del TJUE (Sentencia de 11 de abril de 2013). Sin embargo, el Tribunal Supremo revoca la citada sentencia al considerar que no nos encontramos ante un supuesto de 'discapacidad' sino de mera enfermedad, no teniendo encaje el supuesto de hecho en la doctrina más reciente del TJUE (Sentencia de 01.12.2016, asunto 395/15, Daouidi) ni en lo dispuesto en la normativa interna que regula esta materia (art. 52.d) ET)[70]. Argumenta, además, el Alto Tribunal que el artículo 52.d) ET[71] ya excluye de la consideración a efectos de la utilización de esta modalidad extintiva las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de 'cáncer o enfermedad grave', que no concurren en el supuesto enjuiciado, por lo que con mayor motivo ha de ser rechazada la pretensión de nulidad[72].

Igualmente, cabe citar el pronunciamiento del TJUE de 11 de septiembre de 2019 (asunto C-397/18, caso DW y Nobel Plastiques Ibeérica S.A) en donde se resuelve la cuestión prejudicial planteada mediante auto[73], emitido por el Juzgado de lo Social Nº3 de Barcelona a fecha de 30 de

[70] Monereo Pérez, J.L y Guindo Morales, S: "Extinción contractual y discapacidad. Soluciones jurídicas como alternativa a la extinción de la relación laboral por incapacidad sobrevenida", en VV.AA., Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, MªN., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F y Maldonado Molina, J.A (Dirs) y López Insua, B.M y Ruiz Santamaría, J.L (Coords)., *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustiv*o, Murcia, Laborum, 2020.

[71] La letra d) del artículo 52 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los Trabajadores ha quedado derogada por medio del Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero (BOE núm.43 de 19 de febrero de 2020).
Destaca la justificación que, a tal derogación, concede el Preámbulo de este Real Decreto-Ley: "La cuestión del despido por causa de absentismo es de gran trascendencia porque obliga a confrontar, de un lado, el legítimo interés de la empresa a contar con la fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo del proyecto empresarial y a no tener que asumir los costes derivados de su falta y, de otro, el derecho de las personas trabajadoras a no ser penalizadas por circunstancias personales de las que no son responsables, como son las relacionadas con la enfermedad. El despido de personas enfermas no solo entronca con el derecho a la no discriminación por razón de discapacidad, como ha señalado en numerosas ocasiones el TJUE, sino que también genera en la persona trabajadora que ve extinguido su contrato una situación de gran vulnerabilidad profesional, personal y social. En este contexto, el actual artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores no está sirviendo para dar una adecuada respuesta a la cuestión planteada...".

[72] Es importante señalar que, en torno al artículo 52.1 letra d) del ET sobre el despido objetivo por absentismo, se ha planteado un enorme debate a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 118/2019, de 16 de octubre, por la que se declara la constitucionalidad de esta causa extintiva.
Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de enero de 2020 (recurso de suplicación: 5532/2019) por el que se declara que el despido por absentismo resulta contrario al Convenio 158 OIT y a la Carta Social Europea. Se entiende, por tanto, que el despido por absentismo resulta contrario: 1) al derecho a no ser despedido sin justa causa; 2) derecho a la prevención de riesgos laborales y a la 3) a la perspectiva de género. En contra, la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 118/2019, de 16 de octubre, por la que se avala la constitucionalidad del despido objetivo por absentismo "aún justificado" al puesto de trabajo. En concreto, considera el Tribunal Constitucional que la minuciosa y cuidada regulación por la que ha optado el legislador español compagina, adecuadamente, los derechos concernidos: de un lado, el derecho al trabajo y a la salud del empleado y, de otro, el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado que garantiza el artículo 38 de la Constitución". Véase el interesante comentario jurídico-crítico que, a esta sentencia, realizan 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", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Nº 7 de 2019, págs. 1-11.

[73] En definitiva, la cuestión prejudicial elevada al TJUE contiene las siguientes preguntas: 1. ¿Deben ser consideradas como personas con discapacidad a los efectos de la aplicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, tal como ha sido interpretad[a] por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las personas trabajadoras calificadas como especialmente sensibles a determinados riesgos cuando, por sus propias características personales o estado biológico conocido, son especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, y que por dicha razón no pueden desempeñar determinados puestos de trabajo al suponer un riesgo para su propia salud o para otras personas?
Si la respuesta a la primera pregunta es afirmativa, se formulan las siguientes: 2. ¿Constituye un acto de discriminación directa o indirecta en el sentido del artículo 2.2.b de la Directiva 2000/78 la decisión de despedir a una trabajadora por

mayo de 2018, y cuyo principal punto radica sobre si una trabajadora especialmente sensible a los riegos derivados del trabajo es asimilable al concepto de "discapacidad" a efectos de declarar nulo o no su despido[74].

Se analiza aquí el caso de una trabajadora que había sido declarada como *"trabajadora especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo"* y adicionalmente, tras todas sus bajas médicas, se sometía a reconocimientos médicos, declarándose en todos ellos a la trabajadora como *"apta con limitaciones"*[75]. En particular, la trabajadora padecía epicondilitis, que es definida así: "conocida también como codo de tenista, es una lesión caracterizada por dolor en la cara externa del codo, en la región del epicóndilo, eminencia ósea que se encuentra en la parte lateral y externa de la epífisis inferior del húmero. Es provocada por movimientos repetitivos de extensión de la muñeca y supinación del antebrazo, lo que ocasiona microrroturas fibrilares y reparación inadecuada de los tendones de los músculos que se originan en la región del epicóndilo, principalmente del tendón del músculo extensor radial corto del carpo".

A pesar de los antecedentes que se han señalado, el TJUE vuelve a reiterar aquí su criterio al señalar que debe entenderse por "discapacidad" cuando existe una limitación de la capacidad derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona y suponer un obstáculo para la realización de una actividad profesional. Asimismo, recuerda que la Directiva 2000/78 no limita el concepto de discapacidad a aquella que tiene su origen en el nacimiento o en accidentes, sino que debe incluirse también las propias causadas por enfermedades, aunque sean parciales. Ahora bien, no debe olvidarse que esa "discapacidad" debe contener el carácter de "duradera", debiéndose valorar la misma en el momento en que se produjo el hecho supuestamente discriminatorio.

---

causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, cuando esta persona tiene reconocida una discapacidad, al ser especialmente sensible para desempeñar algunos puestos de trabajo por causa de sus dolencias físicas, y por ello tiene dificultades para alcanzar los niveles de productividad requeridos para no ser candidata al despido?

3. ¿Constituye un acto de discriminación directa o indirecta en el sentido del artículo 2.2.b de la Directiva 2000/78 la decisión de despedir a una trabajadora por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, cuando esta persona tiene reconocida una discapacidad, al ser especialmente sensible para desempeñar algunos puestos de trabajo por causa de sus dolencias físicas, y la decisión se toma, entre otros criterios de afectación, [basándose] en la polivalencia en todos los puestos de trabajo, incluidos los que no puede desempeñar la persona discapacitada?

4. ¿Constituye un acto de discriminación indirecta en los términos [en los] que se define en el artículo 2.2.b de la Directiva 2000/78 la decisión de despedir a una trabajadora por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, cuando esta persona tiene reconocida una discapacidad y por ello ha sido reconocida como especialmente sensible para desempeñar algunos puestos de trabajo por causa de sus dolencias físicas, las cuales han provocado largos períodos de tiempo de ausencias o baja médica antes del despido y la decisión se toma, entre otros criterios de afectación, [basándose] en el absentismo de esta persona trabajadora?

[74] Se alega por la demandante que, de acuerdo a la normativa española de prevención de riesgos laborales y a la jurisprudencia del TJUE (asuntos HD Danmark y Daouidi), ya que la trabajadora "… ha estado en situación de incapacidad temporal -y lo estaba en el momento en que fue despedida- debido a dolencias relacionadas con el trabajo desempeñado y porque ha sido declarada "apta con limitaciones", por lo que tiene una limitación en la capacidad de trabajo duradera, lo cual se pone de manifiesto con la declaración de personal "especialmente sensible"…".

La tesis de la parte demandante es rechazada de plano por la empresa demandada, enfatizando que los criterios eran objetivos y sin ninguna carga peyorativa, en términos jurídicos para ninguna persona trabajadora, y que además, en base a la utilización de tales criterios, se designaban "a personas concretas -y no a los puestos de trabajo que ocupan, ya que los otros tres parámetros (productividad inferior al 95%, menor polivalencia y mayor índice de absentismo) estaban relacionados directamente con las circunstancias y condiciones personales de cada afectado, y desde esta perspectiva tenía sentido seleccionar las personas cuyo rendimiento es inferior a otras". Recordemos que el primer criterio era que las personas afectadas trabajaran en un determinado departamento en el que se habían implantado mejoras técnicas que implicaban la disminución de personal.

[75] El interés del caso radica en el estado físico de la trabajadora y el impacto que el mismo puede tener, a juicio del juzgador, en la resolución del supuesto si se constata que las largas ausencias por problemas físicos pudieran considerarse como una situación de discapacidad y por tanto ser merecedora de la misma protección que estas frente a decisiones empresariales que pudieran ser calificadas, con arreglo a la normativa comunitaria, de discriminación directa o indirecta.

Sin embargo, tras repasar el TJUE su doctrina y recordar los concretos hechos de la trabajadora analizada, señala que el hecho de que haya sido calificada como especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, no implica *per se* que automáticamente se reconozca la condición de persona con discapacidad en el sentido de la Directiva. Por lo que, concluye el Alto Tribunal europeo subrayando que ha de ser el órgano jurisdiccional nacional quien deba comprobar si se cumplen los requisitos previamente expuestos para determinar la existencia de la discapacidad, trasladando la responsabilidad directamente a éste.

Precisamente, en esta lógica de superación del modelo médico-asistencia y enfatización del modelo social de igualdad e integración de las personas discapacitadas[76] es en donde se mueve la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) y el TJUE más reciente[77].

Al hilo del despido de un trabajador con discapacidad que realizaba un periodo en prácticas para el *Service public fédéral "Sécurité sociale"* (Servicio Público Federal de la Seguridad Social, Bélgica) el TJUE vuelve a pronunciarse, tratando así de definir el concepto de "discapacidad", La garantista sentencia del TJUE de 10 de febrero de 2022 (en el asunto C-485/20 -HR Rail-)[78] recoge como hechos controvertidos los siguientes: "La sociedad HR Rail es el empleador exclusivo del personal de los ferrocarriles belgas. En noviembre de 2016 contrató un trabajador de mantenimiento especializado en vías férreas, que comenzó un período de prácticas en Infrabel, organismo encargado de gestionar la infraestructura para los ferrocarriles belgas. En diciembre de 2017 se diagnosticó al agente en prácticas una patología cardíaca que precisó la colocación de un marcapasos, dispositivo sensible a los campos electromagnéticos emitidos, en particular, por las vías férreas. Por ello, el *Service public fédéral «Sécurité sociale»* (Servicio Público Federal de la Seguridad Social, Bélgica) reconoció su discapacidad.

En junio de 2018, el *centre régional de la médecine de l'administration* (Centro Regional de Medicina de la Administración, Bélgica), encargado de evaluar la aptitud médica de los agentes estatutarios de los ferrocarriles belgas, declaró que el agente no era apto para ejercer las funciones para las que había sido contratado. Se le destinó entonces a un puesto de operario de almacén en la misma empresa.

Por otra parte, el 26 de septiembre de 2018, el Consejero Jefe de HR Rail le comunicó su despido con efectos a partir del 30 de septiembre de 2018, el cual llevaba aparejada una prohibición de contratación por un período de cinco años para el mismo grado para el que había sido contratado. Un mes más tarde el Director General de HR Rail informó al agente de que se ponía fin a su período de prácticas debido a su imposibilidad total y definitiva para realizar las funciones para las que había sido contratado. En efecto, en virtud del Estatuto y del Reglamento aplicables al personal de los ferrocarriles belgas, a diferencia de los agentes nombrados con carácter definitivo, los trabajadores en prácticas a los que se reconoce una discapacidad y que, por tanto, ya no son capaces de desempeñar su función, no tienen derecho a un cambio de puesto en la empresa.

---

[76] Monereo Pérez, J.L: "Capítulo 3. La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de la persona", en VV.AA., Rodríguez Iniesta, G., Ortiz Castillo, F y López Insua, B.M (Coords.): *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2017, págs. 870 y siguientes.

[77] Monereo Pérez, J.L: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales*, Albacete, Bomarzo, 2018. Monereo Pérez, J.L: "Capítulo 3. La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de la persona", en VV.AA., Rodríguez Iniesta, G., Ortiz Castillo, F y López Insua, B.M (Coords.): *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2017, págs. 870 y siguientes.

[78] Para un conocimiento más exhaustivo véase Monereo Pérez, J.L y López Vico, S: "Trabajadores con discapacidad: principio de igualdad de trato y alcance del concepto de ajustes razonables (STJ 3ª 10 de febrero de 2022, as. C-485/20: HR Rail)", *Revista La Ley (UE)*, Nº102 de 2022.

Finalmente, el agente instó ante el *Conseil d'État* (Consejo de Estado, actuando como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Bélgica) la anulación de la decisión de despido. Este órgano jurisdiccional solicita al Tribunal de Justicia aclaraciones en relación con la interpretación de la Directiva para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y, en particular, del concepto de «ajustes razonables para las personas con discapacidad".

Para el Alto Tribunal Europeo queda claro que el concepto de "discapacidad" evoluciona, debiendo en todo momento el mismo interpretarse desde una perspectiva teleológica y garantista. Así es, el hecho de que un trabajador que realiza un periodo en prácticas tras su incorporación haya sido declarado no apto para desempeñar las funciones esenciales del puesto que ocupa, no le imposibilita a que sea destinado a otro puesto de trabajo para el que esté capacitado, siempre que dicha medida no suponga una carga excesiva para el empresario.

Como bien recuerda el TJUE, la Directiva 2000/78/CE se encarga de establecer el marco general para la garantía de una igualdad de trato de todas las personas. Protección que se extiende también al ámbito del "empleo y la ocupación" (tanto por cuenta propia, como por cuenta ajena, formación profesional, orientación profesional, reciclaje de trabajadores… etcétera), buscando así ofrecer una protección eficaz contra todas las discriminaciones, entre las que se encuentra la discapacidad. En efecto, los términos que emplea la Directiva son lo suficientemente amplios como para englobar a los trabajadores discapacitados en periodo en prácticas y ello es así porque, los términos-no exhaustivos- en los que se define la Directiva, deben de entenderse en un sentido general o de *numerus apertus*. En consecuencia, el hecho de que el agente no fuera, en la fecha de su despido, un agente contratado con carácter definitivo, no impide que su situación profesional esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva.

El principio de igualdad de trato deberá erigirse en guía para la consecución de una efectiva y justa aplicación de la Directiva comunitaria del año 2000, toda vez que en ella se contempla la posibilidad de realizar ajustes razonables. En este sentido, los empresarios han de tomar las medidas adecuadas (ya sean de carácter físico, organizativo o educativo) en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, formar parte en el mismo o progresar profesionalmente o, a fin de que, se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.

Es más, la Directiva prevé "medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo, adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre". Por todo ello, cuando un trabajador deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a la aparición de una discapacidad, un cambio de puesto puede ser una medida adecuada y, en este sentido, un "ajuste razonable". Esta interpretación es conforme con dicho concepto, que debe entenderse en el sentido de que se refiere a la eliminación de las barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas discapacitadas en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

En definitiva, la Directiva no puede obligar a que un empresario adopte medidas que supongan una "carga excesiva" para él. En este sentido, deberá operar aquí el principio de proporcionalidad, lo que supone tener en cuenta: "… los costes financieros que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda". En cualquier caso, la posibilidad de destinar a una persona discapacitada a otro puesto de trabajo sólo operará cuando exista un puesto vacante que el mismo pueda ocupar.

2. Discriminación por razón de discapacidad en el acceso a las prestaciones por incapacidad permanente

La discapacidad y la incapacidad son términos que se relacionan, pero que se diferencian desde el punto de vista conceptual[79]. Ambas figuras producen cierta confusión, sobre todo cuando se trata de una incapacidad de carácter permanente. Por esta razón, el Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2020 (Nº de recurso 156/2020) ha aclarado que el reconocimiento de una incapacidad permanente (ya sea total, absoluta o por gran invalidez) no da derecho al reconocimiento de una situación de discapacidad. Parecía que la cuestión estaba clara, no obstante, la práctica evidenciaba una cierta confusión que ha traído -como consecuencia- una cierta judicialización, así como una constante tira y afloja en sede doctrinal[80].

Empero a lo anterior, el tema se complica cuando de lo que se trata es de acceder a una prestación por incapacidad permanente desde una situación de jubilación anticipada. Existe, en este punto, diferencias dependiendo de si la persona es o no discapacitada, lo cual se traduce en una discriminación por razón de discapacidad. Aspecto que prohíbe, claramente, el artículo 14 de la Carta Magna A este fin, resulta interesante el estudio a la sentencia del Tribunal Constitucional 5/2022 de 24 de enero (número de recurso de amparo 4120/2020)[81].

Los hechos que describe el TC son los siguientes: "La demandante, nacida el 5 de febrero de 1954 y de profesión vendedora de la ONCE, pasó el 30 de junio de 2015 a la situación de jubilación anticipada por razón de discapacidad en aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre. El 26 de julio de 2016 presentó solicitud de reconocimiento de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, en grado de gran invalidez, con derecho a percibir una pensión del 150 por 100 de su base reguladora. Pretensión desestimada en la vía administrativa, por no suponer las lesiones que padece la actora una disminución de su capacidad laboral, al ser anteriores a la profesión valorada, puesto que en el momento de iniciar su actividad laboral como vendedora de la ONCE ya eran de entidad suficiente como para ser catalogadas como constitutivas de una gran invalidez. La reclamación previa fue desestimada argumentando que había prescrito el derecho al reconocimiento de la prestación por haber transcurrido más de cinco años sin que hubiese empeorado su situación funcional, de conformidad con lo establecido en el art. 43 de la Ley General de la Seguridad Social.

La actora presentó entonces demanda contra dicha decisión, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de lo Social núm. 3 de Vitoria-Gasteiz. El Juzgado de lo social revocó la resolución administrativa impugnada y declaró que la actora es beneficiaria de una prestación de incapacidad permanente en grado de gran invalidez, argumentando, en cuanto a la posibilidad de declarar la gran invalidez en situación de jubilación, que aplica la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2015, por referencia a otras anteriores, que concluye con la posibilidad de que los pensionistas de jubilación anticipada puedan ser beneficiarios de prestaciones de incapacidad permanente.

---

[79] La Incapacidad se refiere a la situación que impide desempeñar una actividad laboral (de manera transitoria -sería el caso de la IT- o permanente -hablaríamos de una IP-), mientras que la Discapacidad se relaciona con la dificultad para desempeñar -en la vida cotidiana- un rol en la vida diaria que sería el normal en función de la edad, sexo y factores sociales y culturales.

[80] Por todo ello, cuando se le reconoce a un trabajador una prestación por incapacidad permanente no deberá entenderse que se le ha reconocido -automáticamente- un certificado de minusvalía del 33% (y por el que se obtiene beneficios adicionales). En efecto, la persona discapacitada deberá ser valorada y evaluada por la Administración conforme al baremo establecido en el Real Decreto 1971/1999 y por el que se regula el porcentaje de discapacidad. Seoane Rodríguez, J. A: "La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de derechos", en VV.AA., Blázquez Peinado, M. D. y Biel Portero. I. (Coords), *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: incidencia en la Comunidad Valenciana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

[81] Véase Lousada Arochena, J.F: "Aplicando el enfoque de derechos humanos: la discriminación por discapacidad en el acceso a prestaciones de incapacidad permanente", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 3/2022.

Contra la anterior resolución interpusieron recurso de suplicación el INSS y la TGSS, que fue estimado por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en la que revocó la sentencia de instancia y desestimó la demanda rectora del proceso. Advierte la Sala que la actora accedió a la jubilación anticipada por la vía excepcional del art. 206 LGSS, con una edad rebajada por tener un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100, sin que el caso sea equiparable a los resueltos por el Tribunal Supremo, que se refieren a jubilación anticipada por pérdida de empleo del trabajador en edad cercana a la fecha ordinaria de jubilación, mientras que en este caso se estaría ante el acceso voluntario a jubilación anticipada por discapacidad con coeficientes reductores.

Frente a dicho pronunciamiento interpuso la actora recurso de casación para la unificación de doctrina. El recurso fue desestimado por sentencia del Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2020. En los fundamentos de derecho se afirma que la recurrente accedió a la jubilación anticipada por la vía excepcional del artículo 206.2 LGSS, y que no es este el caso resuelto en las sentencias citadas por el magistrado de instancia (de 21 de enero de 2015 y anteriores), siendo lo razonable que, habiéndose accedido por esta vía excepcional, se fije como tope para acceder a la incapacidad permanente la edad ordinaria de jubilación reducida en los percentiles que se consideraron para acceder a la jubilación por discapacidad. La sentencia cuenta con un voto particular".

El Tribunal Constitucional recuerda que constituye una discriminación por razón de discapacidad una diferencia no prevista por la norma, en donde sin causa objetiva y razonada, se otorga un trato diferente a los que se jubilan anticipadamente por discapacidad, respecto a los que lo hacen por otras causas[82], máxime cuando se cumplen con todos los requisitos que establece el Real Decreto Legislativo 8/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (artículo 195.1 párrafo 2, que remite al artículo 205.1 de la LGSS). Las normas hay que interpretarlas de manera teleológica y conforme a las exigencias constitucionales, así como la normativa europea e internacional. Es por ello que el Alto Tribunal invoque la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad del año 2006, buscando corregir así todas aquellas discriminaciones que en materia de discapacidad se producen en la práctica[83].

[82] Señala acertadamente el Tribunal Constitucional: "No existe justificación alguna para distinguir entre las diversas situaciones de jubilación anticipada, porque lo relevante es que se cumple el único requisito exigido por la norma para acceder a la prestación por incapacidad permanente, que es una determinada edad, según el tenor literal del art. 195.1, párrafo segundo, LGSS, por remisión al art. 205.1 a) LGSS. Y tampoco existe razón objetiva alguna para excluir a la recurrente de la situación de incapacidad permanente. De hecho, las resoluciones judiciales admiten que concurren los requisitos y los presupuestos para reconocer esta situación. En este caso, además, de forma especialmente motivada en atención a las circunstancias físicas de la demandante, que exigen el apoyo de una tercera persona precisamente para garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades más básicos en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos, en coherencia con los principios y valores que inspiran la normativa nacional e internacional en materia de discapacidad.

La interpretación de las resoluciones impugnadas produce como resultado una discriminación no justificada para la recurrente con discapacidad. Conforme a ese criterio interpretativo, toda persona que se encuentre en situación de jubilación anticipada podría acceder a una prestación por incapacidad permanente, salvo las personas con discapacidad, a pesar de cumplir el único requisito exigido por la normativa, que es una determinada edad. Se genera con ello una diferencia de trato no prevista en la norma, sin justificación objetiva y razonable, derivada exclusivamente del hecho de haber accedido a una situación de jubilación anticipada precisamente por su situación de discapacidad".

[83] Otras sentencias del Tribunal Constitucional que caminan en esta línea son las siguientes: la 208/2013, de 16 de diciembre; la 3/2018, de 22 de enero; la 51/2021, de 15 de marzo y la 113/2021, de 21 de mayo.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Cuenca Gómez, P y De Asís Roig, R: "Derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, inclusión y participación en la vida de la comunidad (Artículo 15)", en VV.AA., Monereo Atienza, C y Monereo Pérez, J.L (Dirs y Coords)., *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017.

De Asis, R: "De nuevo sobre Constitución y discapacidad", *Universitas*, Nº31, 2020.

De Asís, R: *Sobre discapacidad y derechos*, Madrid, Dykinson, 2013.

De Domingo, T: "La *Drittwirkung* de los derechos fundamentales. Una alternativa al conflictivismo", en Martínez-Pujarte, A.L. y De Domingo, T., *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional,* Lima, Palestra Editores, 2010.

Engisch, K: *Introducción al pensamiento jurídico*, edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2001.

Lahera Forteza, J: "Despidos durante la baja médica", ver en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/02/20/economia/1487611309_151243.html#articulo-comentarios .

Llano Sánchez, M: "Trabajadores con discapacidad", en VV.AA., Monereo Pérez, J.L; Fernández Bernat, J.A y López Insua, B.M (Dirs y Coords)., *Las políticas activas de empleo. Configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Cizur Menor (Navarra), Thompson/Aranzadi, 2016.

Lousada Arochena, J.F: "Aplicando el enfoque de derechos humanos: la discriminación por discapacidad en el acceso a prestaciones de incapacidad permanente", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 3/2022.

Monereo Pérez, J.L y López Insua, B.M: "La garantía internacional del derecho a un trabajo decente", *Nueva Revista española de Derecho del Trabajo*, Nº177, 2015.

Monereo Pérez, J.L y López Vico, S: "Trabajadores con discapacidad: principio de igualdad de trato y alcance del concepto de ajustes razonables (STJ 3ª 10 de febrero de 2022, as. C-485/20: HR Rail)", *Revista La Ley (UE)*, Nº102 de 2022.

Monereo Pérez, J.L y Maldonado Molina, J.A: "Integración de las personas discapacitadas (Artículo 26)", en VV.AA., 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 y Molina Navarrete, C: "El derecho a la protección de las personas minusválidas ("discapacitadas") (Artículo 49 de la Constitución Española)", en VV.AA., Monereo Pérez, J.L, Molina Navarrete, C y Moreno Vida, Mª.N (Dirs y Coords)., *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002.

Monereo Pérez, J.L: "Capítulo 3. La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de la persona", en VV.AA., Rodríguez Iniesta, G., Ortiz Castillo, F y López Insua, B.M (Coords.): *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2017.

Monereo Pérez, J.L: "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", en *Revista Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, Volumen 9, nº 1 de 2019.

Monereo Pérez, J.L: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales*, Albacete, Bomarzo, 2018.

Monereo Pérez, J.L: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Laborum, 2019.

Muñoz Ruiz, A.B: "El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los ciudadanos. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 2008, Coleman y otros, C-303/06", *Temas Laborales*, Nº 101, 2009.

Navarro Martínez, C: "Derechos a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación", en VV.AA., Arenas Escribano, R y Cabra de Luna, M.A (Coords)., *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, Madrid, La Ley, 2015.

Pérez Bueno, L.C: "La configuración jurídica de los ajustes razonables", en VV.AA., Pérez Bueno, L. C (Ed)., *2003-2012: Diez años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, Madrid, Cinca, 2012.

Seoane Rodríguez, J. A: "La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de derechos", en VV.AA., Blázquez Peinado, M. D. y Biel Portero. I. (Coords), *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: incidencia en la Comunidad Valenciana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

VV.AA., Monereo Pérez, J.L, Gorelli Hernández, J., De Val Tena, Á.L (Dirs) y López Insua, B.M (Coord)., *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018.

VV.AA., Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, MªN., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F y Maldonado Molina, J.A (Dirs) y López Insua, B.M y Ruiz Santamaría, J.L (Coords)., *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustiv*o, Murcia, Laborum, 2020.

VV.AA., Pérez Bueno, L. C y Lidón Heras, L (Dirs)., *Derechos Fundamentales y discapacidad*, Madrid, Cinca, 2015.

Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

3. La Atención A La Dependencia En Andalucía

Juan Romero Coronado
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0001-7869-1233

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA EN ANDALUCÍA. III. LA GESTIÓN DEL SAAD: LA AGENCIA DE SERVICIOS SOCIALES Y DEPENDENCIA DE ANDALUCÍA. IV. PRESTACIONES DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA EN ANDALUCÍA. 1. *ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA.* A) RECONOCIMIENTO DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA EN ANDALUCÍA. B) PRESTACIONES ECONÓMICAS PARA ATENDER A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA GESTIONADAS POR LA AGENCIA DE SERVICIOS SOCIALES Y DEPENDENCIA DE ANDALUCÍA. C) SERVICIO DE AYUDA A DOMICILIO EN ANDALUCÍA. D) SERVICIO DE ATENCIÓN RESIDENCIAL Y DE CENTROS DE DÍA Y NOCHE EN ANDALUCÍA. 2. *PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA EN PERSONAS MAYORES Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD.* A) SERVICIO DE TELEASISTENCIA. B) EMISIÓN DE LA TARJETA ANDALUCÍA JUNTA SESENTAYCINCO. C) OTRAS PRESTACIONES PARA LA PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA EN PERSONAS MAYORES Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 3. *APOYO A LAS PERSONAS QUE EJERCEN LOS CUIDADOS NO PROFESIONALES.* 4. *MEDIDAS ENCAMINADAS A LA DETECCIÓN Y ASESORAMIENTO EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y MALTRATO EN PERSONAS MAYORES Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD.* V. CONCLUSIONES. VI. BILIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Una vez planteadas las bases para la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, por la propia Ley 39/2006, la aplicación efectiva de las medidas ha requerido de la estructura organizativa propia del Estado Autonómico con la finalidad de garantizar el reconocimiento de las prestaciones establecidas en la misma. En consecuencia, a raíz de esa derivación estatal, la Comunidad Autónoma de Andalucía, en asunción de sus responsabilidades, ha venido atribuyéndose la gestión de estas medidas mediante la dotación de los recursos públicos correspondientes, bien mediante la transferencia de rentas económicas o, bien, a través de la prestación directa de servicios, por parte de las propias entidades administrativas o mediante la concertación con entidades privadas o particulares que se encargan de la realización de estos servicios.

Esta situación se vio particularmente puesta en cuestión como consecuencia de las repercusiones que tuvieron las medidas de ajuste económico como consecuencia de la crisis económica concatenada que se ha venido produciendo en el país durante un largo periodo de tiempo. Este hecho ha dinamitado las posibilidades de implantación de la Ley de Dependencia en Andalucía limitando su desarrollo dentro de una consideración técnica de carácter estrictamente asistencial, frente a un reconocimiento subjetivo universal y, a la primacía de una gestión burocrática particularmente determinista frente a la implementación efectiva del derecho de la persona.

Consecuencia de todo ello es un sistema burocratizado donde la gestión se convierte en el eje vertebral sobre el que poder analizar el conjunto de prestaciones y servicios que se otorgan por parte del mismo. El papel de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía resulta imprescindible para poder entender todo el entramado jurídico de la atención a las personas en situación de dependencia en Andalucía. Tomando en consideración sus estatutos y profundizando en los distintos planes plurianuales de gestión se pueden percibir los axiomas fundamentales en los que se estructura el sistema para la autonomía y atención a la dependencia en Andalucía. Partiendo de estos parámetros estandarizados se ha podido arbitrar un elenco prestacional para aproximarse de una

forma, más o menos precisa, a una sistemática de las medidas aplicadas que de partida, a simple vista, resulta compleja y fragmentaria.

II. EL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA EN ANDALUCÍA

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, consagra el derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, configurando el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia como medio para garantizar su ejercicio en condiciones de igualdad. Dentro de este Sistema adquiere un papel relevante la participación de las Comunidades Autónomas, como pone de manifiesto para el caso andaluz, la inclusión de las prestaciones contempladas en la Ley 39/2006 y en su normativa de desarrollo en la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía, consagrando el Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía[1].

En Andalucía, actualmente cerca de 220 mil personas se benefician de prácticamente 300 mil prestaciones contempladas en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (en adelante, SAAD), y concretamente más de 130 mil prestaciones están relacionadas con los servicios mencionados objeto del Sistema. El SAAD en esta comunidad autónoma se presenta como un mecanismo para facilitar la prestación de los servicios que son su objeto de actuación, tanto en su ejecución presupuestaria como en la calidad de los mismos.

A través del SAAD se pretende desarrollar un sistema de gestión de calidad aplicado a todas las prestaciones de dependencia de Andalucía. En la línea de mejora continua del SAAD este objetivo de gestión de calidad pretende afectar a todas las prestaciones y permitir una ampliación gradual y paulatina del mismo tanto en las prestaciones económicas; servicio de atención residencial; servicio de centros de día y servicio de prevención y promoción de la autonomía personal[2]. Para lograr este objetivo estratégico de calidad en la gestión de las prestaciones por dependencia se ha planteado por parte de la Junta de Andalucía una serie de objetivos operativos básicos para el buen funcionamiento del SAAD en cuanto institución pública.

Dentro de estos objetivos o instrumentos imprescindibles para garantizar la calidad del Sistema destacan los siguientes:

- Desarrollo de la ética aplicada en el SAAD.

El gobierno de la Junta de Andalucía tiene el firme propósito de impulsar una cultura ética en el Sistema Público de Servicios Sociales, lo que involucra a toda la red de servicios integrada por las Administraciones Públicas, así como por las entidades privadas proveedoras de estos servicios[3], incluyendo al SAAD, como no podría ser de otra manera, al ser uno de los referentes de la gestión de las políticas sociales en Andalucía. Para lograr este objetivo resulta imprescindible la medición de la

[1] Sobre la participación de las Comunidades Autónomas en el SAAD véase Maldonado Molina, J.A.: "La protección social de los mayores durante la pandemia del Covid-19. Efectos en su asistencia sanitaria, dependencia, servicios sociales y pensiones", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social,* núm. 3, 2021, p. 130 y Maldonado Molina, J.A, "La protección a la dependencia en Andalucía", *Revista Temas Laborales*, núm. 100, 2009, pág. 416.

[2] Siguiendo los principios de actuación recogidos en el artículo 6 de sus Estatutos, la Agencia tiene implantado un Sistema de Gestión que describe los recursos, estructura, responsabilidades, procesos y protocolos necesarios para lograr una gestión de calidad.

[3] En esta línea de trabajo, la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación ha elaborado el documento Estrategia Ética de las Servicios Sociales de Andalucía 2019-2022, en el que se establecen los valores y principios éticos que deben inspirar el desarrollo de la intervención social y de los servicios sociales. Para el despliegue de esta estrategia en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, la ASSDA participa en los grupos de trabajo que se establecen desde la Consejería

satisfacción de las personas atendidas. Y es que, como elemento de entrada para la mejora continua de su gestión, la Agencia necesita conocer la percepción que tienen de dicha gestión las personas usuarias a quienes, de manera directa o indirecta, presta servicio[4].

Para hacer posible esta medición ser arbitran una serie de instrumentos dentro del propio SAAD que contribuyen a la mejora continua de la gestión y a la toma de decisiones en el ámbito de la gestión de la Dependencia, sus servicios y prestaciones, ofreciendo un marco de referencia cuantitativo y cualitativo[5]. Se incluyen aquí una serie de actividades estadísticas sobre Dependencia que se difunden con periodicidad mensual. Un mapa de indicadores clave de la dependencia, este mapa permite conocer, por un lado, las necesidades de los distintos municipios, zonas básicas de servicios sociales, áreas de servicios sociales y provincias y, por otro lado, la cobertura de estos territorios en cuanto a la atención residencial y a los centros de día se refiere.

De esta forma se pretende proporcionar a la Dirección de la Agencia una herramienta que facilite la toma de decisiones. Y por último, un Sistema seguimiento, gestión y control servicios (CPI). La monitorización de la gestión de los servicios incrementa la participación activa entre todos los actores, entidades prestadoras, personas beneficiarias y Administración, minimizando la posibilidad de fraude e incrementando la garantía de los derechos legalmente reconocidos a las personas en situación de dependencia.

- Establecimiento de cauces de gobernanza colaborativa.

Se pretende en este sentido reforzar la participación de las entidades locales en la gestión de las prestaciones por dependencia, así como de las organizaciones que representan a las personas mayores y las personas con discapacidad. En el primero de los casos se plantea el refuerzo de los recursos humanos destinados a atender el SAAD en corporaciones locales. Se trata del control y seguimiento de las personas contratadas y de los importes destinados a dicha contratación con cargo al refuerzo de personal establecido en virtud de los correspondientes Acuerdos de Consejo de Gobierno por los que se distribuyen los créditos entre los Ayuntamientos de más de 20.000 habitantes y las 8 Diputaciones Provinciales de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Las Entidades Locales han de presentar una certificación emitida por su Intervención que justifique el destino de los fondos recibidos. Para ello, cuentan con el plazo de un año, desde la fecha de materialización del pago. En este sentido debe insistirse en que el cumplimiento de los indicadores marcados depende de la actuación de las Corporaciones Locales[6].

En el segundo, se promueve la participación de las organizaciones que representan a las personas mayores y las personas con discapacidad, de forma particular en la revisión y actualización de los programas de fomento de la autonomía personal y vida independiente. De esta forma, se colabora con la Dirección General de Personas con Discapacidad e Inclusión en la revisión de los

[4] Actualmente se realiza la medición de la satisfacción de personas usuarias de la TAJ65 y de sus programas asociados; entidades y profesionales de empresas colaboradoras de los programas asociados a la TAJ65; personas usuarias de Teleasistencia y personas usuarias del Programa Incorpora. Se pretende ampliar la medición de la satisfacción a: Personas usuarias del servicio de ayuda a domicilio; Personas usuarias del del servicio de centro de día; Personas usuarias del del servicio de atención residencial y Personas beneficiarias de prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar.

[5] Vid. Marín Castro, B., "Implantación del SAAD en el estado de las autonomías: análisis multidimensional en Andalucía". en Monereo Pérez, J.L., Maldonado Molina, J.A. y Rubio Herrera, R. (Dirs.), *Prevención y Protección de la Dependencia: un enfoque transdisciplinar*. Ed. Comares, Granada, 2014.

[6] Debe destacarse que el Acuerdo de 22 de diciembre de 2015, que establece la distribución de los créditos para 2016,y posteriores, prevén que las Entidades Locales deberán aportar la documentación en el plazo de 6 meses desde la materialización del pago. En el Acuerdo de 19 de diciembre de 2017 se añade que una vez abonado el importe previsto y en el plazo de un mes desde la finalización del período financiado, las Entidades Locales deberán presentar una certificación emitida por la Intervención de que los fondos recibidos han sido destinados a la finalidad prevista.

programas existentes de fomento de la autonomía personal y vida independiente, contando con la participación de las entidades especializadas[7].

- Planificación de las prestaciones de dependencia.

Para lograr el objetivo de estabilidad presupuestaria se establece, en primer lugar, un modelo de seguimiento del gasto destinado a la financiación de las distintas prestaciones económicas y de servicios de la Dependencia y, en segundo lugar, una herramienta de planificación que permita integrar los objetivos presupuestarios con la gestión que se lleva a cabo en los Servicios Territoriales[8]. Por esta razón, se ha diseñado un modelo de estimación y planificación territorial de la gestión de la dependencia que permite establecer una correlación entre la disponibilidad presupuestaria, las directrices marcadas por la Dirección y el número de personas en situación de dependencia atendidas en las distintas prestaciones y en los diferentes sectores. El modelo incorpora una herramienta de reparto provincial basada en un indicador compuesto que integra diferentes indicadores clave y que posibilita la corrección de desigualdades territoriales.

El esquema general de este modelo de financiación del SAAD se conforma a través de cuatro vías principales. El nivel acordado[9] ; El nivel mínimo de protección garantizado establecido y financiado por la Administración General del Estado; La aportación de la Comunidad Autónoma y las aportaciones de las personas usuarias. Según establece el Real Decreto 1050/2013, de 27 de diciembre, por el que se regula el nivel mínimo de protección, la determinación de las cantidades mensuales a financiar se efectuará considerando el número de personas beneficiarias, grado de dependencia, y número y tipo de prestaciones reconocidas, y en base a la información incorporada al Sistema de Información del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia. Actualmente se está trabajando para implementar un sistema que contribuya, en la medida de lo posible, al seguimiento y control de la financiación recibida en concepto de nivel mínimo de protección y en la homogeneización de los criterios relativos a la determinación de la capacidad económica y la participación en el coste de las prestaciones[10].

Por otra parte hay que tener también en cuenta que las personas beneficiarias de las prestaciones de dependencia participan en el coste de las mismos en un porcentaje variable, en función de su capacidad económica. En materia de determinación de dicha capacidad económica, existe una importante dispersión normativa, así como constatables diferencias en los criterios de gestión aplicados para el cálculo de la misma, en función de los distintos recursos[11]. Esta situación implica la necesidad de analizar la gestión que se está llevando a cabo en los distintos Servicios Territoriales de la Agencia Andaluza y plantear, con arreglo a la normativa aplicable y a un enfoque adecuado de los criterios de gestión, un documento que clarifique el régimen jurídico y unifique los criterios interpretativos y de gestión aplicables en esta materia. Todo ello para conseguir una gestión coherente y uniforme en todas las provincias.

[7] Con el fin de fomentar la gobernanza colaborativa se creó, mediante la orden de 26 de febrero de 2014, que modifica la de 30 de agosto de 1996, la Comisión de Participación en materia de concertación con centros de atención especializada a personas mayores y centros de atención especializada a personas con discapacidad, cuya presidencia ostenta la persona titular de la Secretaría General de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía o persona en quien ésta delegue.

[8] Moreno de Toro, C., "El sistema para la autonomía y atención para la dependencia en Andalucía", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (Dir), *Las Prestaciones Españolas por Dependencia en el Derecho de la Unión,* Laborum, Murcia, 2011, p. 151.

[9] Fue suspendido por la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012.

[10] El Real Decreto 1050/2013, de 27 de diciembre, regula el nivel mínimo de protección establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

[11] Monereo Pérez, J.L., María Nieves Moreno Vida, Maldonado Molina, J.A., González de Patto, R.M., *Manual de Derecho de la Dependencia*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 274 a 279.

III. LA GESTIÓN DEL SAAD: LA AGENCIA DE SERVICIOS SOCIALES Y DEPENDENCIA DE ANDALUCÍA

La gestión del SAAD en la Comunidad Autónoma de Andalucía se encomienda a la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía (en adelante, ASSDA) que se creó por la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía. En el artículo 18 de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, se estableció la creación de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía como una agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, y determina los fines generales de la misma[12]. Según el párrafo 1 del artículo único del Decreto 44/2022 la Agencia goza de personalidad jurídica pública diferenciada, con plena capacidad jurídica y de obrar para el cumplimiento de sus fines, autonomía de gestión, así como patrimonio y tesorería propios, conforme disponga la normativa vigente[13].

Los Estatutos originarios de la Agencia, que se aprobaron por el Decreto 101/2011, de 19 de abril, dotaron a la ASSDA de las potestades, competencias, funciones y actuaciones necesarias para el cumplimiento de sus fines y la adscriben a la Consejería competente en materia de servicios sociales. De esta forma, la ASSDA quedó adscrita a la Consejería competente en materia de políticas sociales, sin embargo, las actuales circunstancias han provocado que de conformidad con el Decreto 44/2022 está adscripción no se pueda realizar sin perjuicio de la Consejería competente en materia de adicciones en todo lo relacionado con la dirección, coordinación y gestión de su actividad en materia de drogodependencia y adicciones, así como se establece la adscripción conjunta temporal a ambas consejerías en todo lo relacionado con la dirección, coordinación y gestión de los centros residenciales de mayores, mientras persista la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19[14].

Según el párrafo 3 del artículo 1 del Decreto 44/2022 la ASSDA debe actuar atendiendo a los principios recogidos en el artículo 3 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, inspirándose igualmente en los principios del artículo 25 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía, y el artículo 3 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. De esta forma la ASSDA garantiza el carácter público de las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia; La universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación, en los términos establecidos por la Ley; La atención a las personas en situación de dependencia de forma integral e integrada; La transversalidad de las políticas de atención a las personas en situación de dependencia; La valoración de las necesidades de las personas, atendiendo a criterios de equidad para garantizar la igualdad real; La personalización de la atención, teniendo en cuenta de manera especial la situación de quienes requieren de mayor acción positiva como consecuencia de tener mayor grado de discriminación o menor igualdad de oportunidades[15].

---

[12] La creación de esta Agencia es consecuencia de la atribución competencial que realiza el artículo 47.1.1.ª del Estatuto de Autonomía para Andalucía que reconoce la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma sobre la estructura y regulación de los órganos administrativos públicos de Andalucía y de sus organismos autónomos. Por otra parte, el artículo 158 dispone que la Comunidad Autónoma podrá constituir empresas públicas y otros entes instrumentales, con personalidad jurídica propia, para la ejecución de funciones de su competencia.

[13] Moreno de Toro, C., "El sistema para la autonomía y atención para la dependencia en Andalucía", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (Dir), *Las Prestaciones Españolas por Dependencia en el Derecho de la Unión,* op. cit., pp. 145 a 153.

[14] De conformidad con lo anterior, según el párrafo 2 del artículo único del Decreto 44/2022 la Agencia queda adscrita a la Consejería competente en materia de políticas sociales.

[15] También se garantiza por la ASSDA el establecimiento de las medidas adecuadas de prevención, rehabilitación, estímulo social y mental y la colaboración de los servicios sociales y sanitarios en la prestación de los servicios a los usuarios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia que se establecen en la presente Ley y en las correspondientes normas de las Comunidades Autónomas y las aplicables a las Entidades Locales. Sobre coordinación sociosanitaria en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía ver Maldonado Molina,

En última instancia también desde la Agencia se favorece la participación de la iniciativa privada en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia; La participación del tercer sector en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia; La cooperación interadministrativa; La integración de las prestaciones por dependencia en las redes de servicios sociales de las Comunidad Autónoma Andaluza, en el ámbito de las competencias que tienen asumidas, y el reconocimiento y garantía de su oferta mediante centros y servicios públicos o privados concertados y La inclusión de la perspectiva de género, teniendo en cuenta las distintas necesidades de mujeres y hombres, atendiendo de manera preferente a las personas en situación de gran dependencia.

Los Estatutos originarios de la ASSDA se aprobaron por el Decreto 101/2011, de 19 de abril, y, de esta forma, se configuró, desde su inicio, en el año 2011, como uno de los instrumentos esenciales de gestión de la Dependencia en Andalucía, al ser el eje vertebral del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, ejerciendo, en el marco de sus fines, la gestión de los servicios, recursos y prestaciones de servicios sociales que se le asigna por la Consejería a la que se encuentra adscrita[16].

En el contexto actual, para garantizar las nuevas necesidades de adscripción tras la pandemia, se han modificado sus Estatutos por el Decreto 44/2022, de 15 de marzo, por el que se modifican los Estatutos de la ASSDA aprobados por el Decreto 101/2011, de 19 de abril[17]. En su tramitación se ha actuado conforme a los principios de buena regulación previstos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Así, el decreto se dicta de acuerdo con los principios de necesidad y eficacia, atendiendo a una razón de interés general, identifica los fines perseguidos y sirve de instrumento para garantizar su consecución.

En garantía del principio de seguridad jurídica, el decreto resulta coherente con el resto del ordenamiento jurídico, autonómico, nacional y de la Unión Europea, contribuyendo a generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre. En relación con el principio de transparencia, el proyecto de decreto ha sido sometido tanto al trámite de consulta pública previa como a los trámites de audiencia e información pública, mediante su publicación en la sección de transparencia del Portal de la Junta de Andalucía. Por último, en relación con el principio de eficiencia, el decreto no establece ninguna carga añadida, innecesaria o accesoria.[18]. El decreto 44/2022 contiene las modificaciones imprescindibles para mejorar la eficacia y la eficiencia en la gestión de la ASSDA, teniendo en cuenta sus necesidades actuales y a la vista de la experiencia acumulada en su funcionamiento desde su creación, las actividades asumidas desde entonces y los cambios normativos producidos hasta la fecha, adaptándose a los mismos.

J.A.: "La protección social de los mayores durante la pandemia del Covid-19. Efectos en su asistencia sanitaria, dependencia, servicios sociales y pensiones", *op. cit.*, p. 129-134.

[16] No obstante, sus competencias se han visto afectadas por el Decreto del Presidente 2/2019, de 21 de enero, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de Consejerías, así como por el Decreto 105/2019, de 12 de febrero, por el que se estableció la estructura orgánica de la Consejería de Salud y Familias y del Servicio Andaluz de Salud, y el Decreto 106/2019, de 12 de febrero, por el que se estableció la estructura orgánica de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación.

[17] Con esta modificación se ha pretendido adecuar su organización y funcionamiento a la doble adscripción prevista en los Decretos 105/2019, de 12 de febrero, y 106/2019, de 12 de febrero, en la redacción dada por el Decreto 228/2020, de 29 de diciembre, al amparo de lo dispuesto en los artículos 56.1 y 68.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, y en el marco de los principios generales de organización y funcionamiento de su artículo 3.

[18] De conformidad con lo dispuesto en el artículos 27.8 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a propuesta conjunta de las Consejerías de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación y de Salud y Familias, de acuerdo con el Consejo Consultivo de Andalucía y previa deliberación del Consejo de Gobierno, en su reunión del 15 de marzo de 2022, igualmente, la norma cumple con el principio de proporcionalidad al ser el medio necesario y suficiente para cubrir las necesidades detectadas sin que se establezcan cargas u obligaciones innecesarias o que excedan de los requisitos legales.

En este sentido, además de los cambios necesarios que conlleva el esquema de la doble adscripción, las modificaciones más importantes de los Estatutos de la Agencia afectan a su ámbito competencial y a aspectos organizativos de la misma. En especial, se incorporan expresamente a su catálogo competencial la gestión y el seguimiento del Servicio Andaluz de Teleasistencia, así como la gestión de la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco y los servicios asociados a la misma, que, dada su relevancia, requieren de un reconocimiento específico como competencia de la Agencia, y se modifica además su estructura directiva[19].

IV. PRESTACIONES DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA EN ANDALUCÍA

1. Atención a las personas en situación de Dependencia

Según el punto 5 del artículo único del Decreto 44/2022 la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, para el desarrollo de las actividades de organización y prestación de los servicios necesarios para la gestión del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía, actuará de acuerdo con los fines que le corresponden, sin perjuicio de las competencias propias de la persona titular de la Consejería o las Consejerías a que esté adscrita y en el marco de la planificación establecida en los planes plurianuales de gestión[20].

A su vez, dentro del plan plurianual de Gestión de la ASSDA 2020-2022 en el marco del objetivo estratégico 1.1 relativo a la Mejora de la calidad de vida de las personas se concentran las actuaciones específicas del SAAD. Dentro de este objetivo estratégico se integran a su vez los siguientes objetivos operativos específicos basados en la atención a las personas en situación de dependencia, promoción de la autonomía de las personas mayores y personas con discapacidad, apoyo a las personas que ejercen cuidados no profesionales y atender a las personas mediante teléfonos especializados. Dentro de este plan plurianual se han establecido una serie de medidas por parte de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía destinadas a mejorar la atención de las personas en situación de dependencia, desde el reconocimiento de su situación, hasta la atención de sus necesidades mediante los servicios y prestaciones económicas establecidos en el catálogo de prestaciones incluidos en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

A) Reconocimiento de la situación de Dependencia en Andalucía

En esta actuación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía se incluye el desarrollo y ejecución de la fase de valoración, dentro del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y el derecho a las

[19] Así, se mantiene la Secretaría General, la Dirección del Área de Dependencia y Autonomía pasa a denominarse Dirección del Área de Dependencia y Promoción de la Autonomía, la Dirección del Área de Drogodependencia e Inclusión Social pasa a denominarse Dirección del Área de Adicciones, y se crean la Dirección del Área de Promoción de la Participación, Atención a la Ciudadanía e Inclusión Social y la Dirección del Área de Planificación, Tecnología e Innovación.

[20] De conformidad con este artículo 5 del Decreto 44/2022 dentro de las competencias, funciones y actuaciones de la Agencia en materia de Dependencia se encuentran las siguientes: "(…) b) La gestión de los servicios, recursos y prestaciones necesarios para la valoración, promoción de la autonomía, prevención y atención a la dependencia. c) La coordinación de los Servicios Sociales con los Servicios Sanitarios en la valoración de la dependencia, así como en las prestaciones y servicios dirigidos tanto a la prevención y atención a la dependencia como a la promoción de la autonomía personal (…) i) La acreditación de entidades prestadoras del servicio de ayuda a domicilio, así como la de aquellos servicios y centros vinculados al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en los términos que se determinen en la distribución de competencias de la Consejería de adscripción(…)".

prestaciones[21]. La fase de valoración comienza con la presentación de la solicitud por parte de las personas interesadas en el registro administrativo correspondiente y concluye, tras la aplicación del baremo correspondiente por parte del personal valorador, con la emisión y notificación de la resolución administrativa donde se reconoce, en su caso, la situación de dependencia en alguno de los grados establecidos: grado I (dependencia moderada), grado II (dependencia severa) o grado III (gran dependencia)[22].

En la valoración de la situación de dependencia se tienen en cuenta sendos informes sobre la salud de la persona y sobre el entorno en que ésta vive, así como las ayudas técnicas, órtesis y prótesis que le hubiesen sido prescritas. En concreto, en Andalucía, la petición del informe de salud se realiza de oficio al Sistema Andaluz de Salud, a través de una aplicación de forma no integrada-interoperable con el procedimiento que se desarrolla en estos momentos. Con la interoperabilidad entre el procedimiento de valoración de la situación de dependencia y el sistema para la generación de informe de salud para dependencia, se tendría una mayor agilidad, eficiencia y eficacia que redundaría en beneficios para la ciudadanía y profesionales[23].

Actualmente dentro de los objetivos planteados dentro del plan plurianual 2020-2022 de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía para la modernización de las políticas públicas que permitan promover la racionalización de los procesos administrativos y agilización de trámites mediante el desarrollo normativo se pretende la modificación del decreto regulador del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema. Consiste en revisar el actual modelo de gestión del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema, con el objetivo de optimizar las relaciones y comunicaciones entre los distintos agentes que intervienen, así como introducir las mejoras detectadas en la experiencia de gestión en los últimos años.

Conlleva el análisis actual y el planteamiento de medidas concretas a incorporar en la regulación del procedimiento dirigidas a dotar de mayor eficiencia al sistema. Asimismo, se persigue la adaptación de la norma a las exigencias de la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, particularmente, en lo relativo a la necesidad de facilitar la relación de cualquier persona, física o jurídica, con la Agencia por medios electrónicos[24].

En la tramitación del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones se desarrollan actuaciones técnicas en el contexto de la valoración de la situación de dependencia, aplicación del baremo de valoración de la dependencia teniendo en cuenta el informe de condiciones de salud e informe del entorno y de la elaboración y aprobación del

[21] Maldonado Molina, J.A., "El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia tras sus reformas", en Monereo Pérez, J.L., Maldonado Molina, J.A. y Rubio Herrera, R. (Dirs.), *Prevención y Protección de la Dependencia: un enfoque transdisciplinar*. Ed. Comares, Granada, 2014.

[22] Para realizar la solicitud hay que tener en cuenta los requisitos establecidos por la Orden de 6 de noviembre de 2014, por la que se modifica el modelo de solicitud del Procedimiento para el Reconocimiento de la Situación de Dependencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Para la valoración hay que estar al Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

[23] El reconocimiento de la situación de dependencia se rige por el Decreto 168/2007, de 12 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como los órganos competentes para su valoración y por la Orden de 1 de octubre de 2007, por la que se aprueban los modelos de informe social, trámite de consulta y propuesta de programa individual de atención del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en Andalucía.

[24] Sobre las dificultades en la aplicación de este procedimiento y de manera particular durante la situación de pandemia véase Maldonado Molina, J.A.: "La protección social de los mayores durante la pandemia del Covid-19. Efectos en su asistencia sanitaria, dependencia, servicios sociales y pensiones", *op. cit.*, p. 148.

programa individual de atención (PIA)[25]. Con la finalidad de normalizar procesos la Agencia andaluza propone el establecimiento de criterios técnicos homogéneos durante este procedimiento.

Esta actuación implica analizar las cuestiones que en ambos procesos requieren la necesidad de articular criterios homogéneos y propiciar la normalización de los mismos. La gestión del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones conlleva la realización de diferentes trámites sobre los que se detectan, en ocasiones, diferentes fórmulas de gestión en función de provincias distintas. En este sentido, esta actuación implica el análisis de las cuestiones que en la tramitación del procedimiento administrativo requieren la necesidad de articular criterios homogéneos y propiciar la normalización de los mismos[26].

La gestión por procesos en el reconocimiento de la situación de dependencia implica un continuo análisis y revisión de los procesos de la organización[27]. En esta línea, se analizan los principales procesos del procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia y de la aprobación del programa individual de atención. Se tienen en consideración las diferentes actividades asociadas a cada proceso, sus inputs, outputs y responsables, identificando aquellas que agregan valor, es decir, trabajo, y aquellas que no lo hacen, al objeto de detectar los puntos de eficiencia e ineficiencia en la tramitación y gestión de los procedimientos en el reconocimiento de las situaciones de dependencia, identificando áreas y oportunidades de mejora[28].

De esta forma, se facilita a las jefaturas correspondientes la toma de decisiones tendentes a simplificar y estandarizar los flujos de operación; mejorar los flujos de información; reducir los tiempos de gestión y tramitación; eliminar actividades sin valor agregado; aumentar la eficiencia; mejorar el catálogo de indicadores de gestión y ampliar los indicadores de resultados; reducir las cargas administrativas para la ciudadanía y hacer el trabajo más sencillo facilitando la gestión[29].

Para adaptar el proceso de solicitud para el reconocimiento de la situación de dependencia a las nuevas exigencias provocadas por el desarrollo de las tecnologías en el ámbito de la administración pública la Agencia Andaluza ha creado la ventanilla electrónica de dependencia. Esta ventanilla electrónica permite la presentación telemática de las solicitudes de reconocimiento de situación de dependencia. Además del módulo de ventanilla electrónica se implementa otro módulo de Gestión de Solicitudes para validar las solicitudes tanto presenciales como telemáticas.

En una primera fase, la ventanilla electrónica sólo permite la presentación de las solicitudes iniciales. Todas las solicitudes presentadas telemáticamente se vuelcan al módulo de gestión de solicitudes. Inicialmente se realizará un pilotaje en una provincia al que acceden tanto las Corporaciones Locales como los Servicios Territoriales. En este módulo, se realiza la grabación y verificación de las solicitudes presenciales y telemáticas y se verifica la documentación preceptiva. Una vez consolidada la solicitud, se remite al Sistema de Información del Sistema para la Atención y Autonomía a la Dependencia del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) mediante

[25] En concreto, para la atención a la dependencia en el ámbito de las personas con enfermedad mental una de las actuaciones de la Agencia es la creación de un Protocolo de coordinación social y sanitaria para el reconocimiento de la situación de dependencia y la elaboración del PIA, tendente a la aplicación de un recurso adecuado, en los casos de personas con Trastorno Mental Grave, en el que participan la Agencia, el Centro de Valoración y Orientación, las Unidades de Gestión Clínica de Salud Mental y la fundación FAISEM, de manera que se normalice un mismo procedimiento para toda la Agencia.

[26] Dentro de esta tendencia racionalizadora se circunscribe la Orden de 3 de marzo de 2021, por la que se delegan competencias en las personas titulares de los órganos directivos de la Consejería.

[27] Vid. Durán Bernardino, M., *La protección de las personas en situación de dependencia. Balance y perspectivas de su régimen jurídico-político*, Comares, Granada, 2015, p. 73.

[28] Para culminar estos objetivos se adoptó el Acuerdo de 28 de agosto de 2020, del Consejo de Gobierno, por el que se adoptan medidas para la mejora de la atención a las personas en situación de dependencia.

[29] Para contribuir a esta mejora en la gestión se ha desarrollado el Decreto-ley 9/2021, de 18 de mayo, por el que se adoptan, con carácter urgente, medidas para agilizar la tramitación del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia.

interoperabilidad para que se continúe con la tramitación del procedimiento de reconocimiento de situación de dependencia[30].

Por parte de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía se esta pretendiendo implantar un sistema propio de información para la gestión del procedimiento de reconocimiento de situación de dependencia. Consiste en la implementación de un sistema para la gestión del procedimiento de reconocimiento de situación de dependencia que permita dejar de usar el módulo correspondiente del Sistema de Información del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia del IMSERSO. Este sistema pretende englobar la gestión completa tanto de la solicitud inicial como de las revisiones de grado tanto a instancias de parte o iniciadas de oficio por lo que pretende absorber el Módulo de Gestión de Solicitudes, formando parte del Sistema Integral de Dependencia[31].

Para facilitar el acceso a la información sobre la solicitud del reconocimiento de la situación de dependencia en Andalucía y su correspondiente valoración la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía pone a disposición de las posibles personas beneficiarias una serie de teléfonos. En primer lugar el teléfono de información sobre discapacidad y accesibilidad. Se trata de un servicio de información que se presta a la ciudadanía andaluza en general, y en particular a las personas con discapacidad y a sus familias, proporcionando información sobre los Centros de Valoración y Orientación, el reconocimiento del grado de discapacidad, las Tarjetas acreditativas del grado de discapacidad y aparcamiento, e información de expedientes y certificados.

De forma más específica la Agencia también ofrece un servicio de atención telefónica centrado exclusivamente en el área de Dependencia. Se trata del teléfono de atención a la ciudadanía en materia de dependencia. Es un cauce de comunicación que pretende ofrecer una atención personalizada en función de las necesidades de la ciudadanía, creando una relación de confianza entre las personas demandantes de información en materia de Dependencia y la Administración, ofreciendo una respuesta directa, óptima y de calidad a las cuestiones planteadas mediante tres vías de atención. La ciudadanía puede realizar consultas telefónicas, de manera escrita o bien de acudiendo directamente a la Sede de la agencia. Igualmente se ofrece información a los profesionales que demandan cuestiones relacionadas con la aplicación de la ley de dependencia, así como consultas dirigidas a otros organismos de la Junta de Andalucía en esta materia y que tales organismos derivan para su gestión a la propia agencia[32].

[30] El Capítulo III del Título II de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, establece que la Administración General del Estado debe generar un Sistema de Información que garantice la disponibilidad de la información relativa al SAAD y la comunicación recíproca entre las administraciones públicas. En el seno del Consejo Territorial, órgano de cooperación interadministrativo del sistema, se deberán acordar los objetivos y contenidos de información referida al catálogo de servicios, datos de población protegida, recursos humanos, infraestructuras de la red, resultados obtenidos y calidad en la prestación de los servicios. El Sisaad se regula en la Orden SSI/2371/2013, de 17 de diciembre, con la finalidad de garantizar una mejor disponibilidad de la información y de la comunicación recíproca entre las administraciones públicas.

[31] La puesta en producción de este proyecto está vinculada a la colaboración necesaria del IMSERSO para el volcado de los datos remitidos por interoperabilidad al módulo de RUI en el módulo GCA de SISAAD. En caso de no existir colaboración por parte del IMSERSO, el módulo no podrá llevarse a producción hasta la finalización del módulo del derecho a las prestaciones de dependencia (PIA).

[32] Atendiendo a la Orden de 13 de marzo de 2012, por la que se aprueba la Carta de Servicios de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, el artículo 5 reconoce el Derecho a la Información y Comunicación de las actuaciones desarrolladas por la Agencia dentro de los niveles de participación de la ciudadanía y difusión de la propia carta de servicios. Así, además de los medios telefónicos específicos asociados al reconocimiento de la situación de dependencia y mencionados se incluyen: La página web de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, la Plataforma de Relación con la Ciudadanía Andaluza (CLARA), el Observatorio para la Mejora de los Servicios Públicos de la Consejería de Justicia y Administración Pública, envío de correos electrónicos a todo el personal de la Agencia (mecanismo de comunicación interna), publicación electrónica en la web y en la intranet de la Agencia (interna-externa)., folletos divulgativos de la Carta de Servicios y Elaboración y redacción de notas de prensa.

B) Prestaciones económicas para atender a las personas en situación de dependencia gestionadas por la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía

Las prestaciones económicas para atender a las personas en situación de dependencia en Andalucía vienen reguladas en la Orden de 3 de agosto de 2007. Sin embargo, atendiendo a las sucesivas modificaciones en la normativa estatal y la experiencia en gestión de los últimos años se plantea una adecuación y actualización de esta orden reguladora a la intensidad de protección de los servicios y las prestaciones económicas. Ello implica la incorporación a la regulación de cuestiones y criterios importantes para la gestión, como la efectividad de las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar: aplicación del plazo suspensivo máximo, supresión del requisito de la suscripción del convenio especial, supuesto específico de grado I nivel2; Los requisitos para el reconocimiento de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar; El nuevo régimen aplicable a la determinación de la cuantía de la prestación económica de asistencia personal; La incorporación de la regulación relativa al grado I de dependencia moderada, y, por último, la clarificación de los conceptos que inciden en la determinación de la cuantía de las prestaciones económicas, para evitar problemas de gestión ante las Intervenciones Provinciales[33]

Para garantizar una mayor eficiencia en la gestión de estas prestaciones económicas se está procediendo a la creación de diversos sistemas de información por parte de la Agencia Andaluza que se estructura en tres niveles. Un sistema de información para la gestión del procedimiento del derecho a las prestaciones de dependencia mediante la implementación de un módulo para la gestión del procedimiento de derecho a prestaciones a través del Plan Individual de Atención (PIA)[34].

Y un sistema de información para la gestión de las prestaciones económicas de la dependencia, formando parte del Sistema Integral de Dependencia, para la gestión de las prestaciones económicas derivadas de la ley de Dependencia. Este sistema sustituye al módulo SISS-Depende y contempla la funcionalidad necesaria para el cálculo de cuantías, gestión de nóminas tanto ordinarias como de aplazamientos de efectos retroactivos y tramitación de los procedimientos devengadas y no percibidas. Este módulo se implementa con financiación de Red.es[35].

Por último, un sistema de información para la gestión del procedimiento de reintegro de cantidades indebidamente percibidas de la dependencia. Se trata de un módulo, que forma parte del Sistema Integral de Dependencia, para la gestión de los procedimientos de recaudación de las cantidades indebidamente percibidas en prestaciones económicas. En este módulo se implementan los distintos procedimientos que hasta ahora se habían venido gestionando en distintas aplicaciones satélites desacopladas entre sí (Cuenta bancaria, Retrocesiones Bancarias, Reintegro, Fraccionamiento). Este módulo se implementará también con financiación de Red.es[36]. Dentro de estas prestaciones económicas para atender a las personas en situación de dependencia que se gestiona por parte de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía se pueden enumerar las siguientes:

[33] Sobre la regulación actual de las prestaciones económicas hay que atender al Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

[34] Toda la información de los procedimientos se remite a SISAAD mediante interoperabilidad. Este módulo sustituirá a Netgefys, sistema actual utilizado para gestión del PIA. Actualmente este módulo se encuentra a la espera de construcción y formará parte del Sistema Integral de Dependencia. Esta actuación podría verse afectada por la posible fusión y modificación de los procedimientos de reconocimiento de situación de dependencia y derecho a prestaciones.

[35] Orden de 3 de agosto de 2007, por la que se establece la intensidad de la protección de los servicios, el régimen de compatibilidades de las Prestaciones y la Gestión de las Prestaciones Económicas del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia.

[36] Resolución de 8 de febrero de 2022, de la Intervención General de la Junta de Andalucía, por la que se establece el control previo de las prestaciones económicas de atención a la dependencia, gestionadas por la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía.

- Prestación económica para cuidados en el entorno familiar. Representa la incorporación de personas al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia como beneficiarias de prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar, ya sea como consecuencia de un alta inicial o de una revisión. La actuación comprende tanto el alta como todo el seguimiento posterior de los expedientes relativos a personas que cuentan con alguna prestación económica reconocida como modalidad de atención más adecuada en su correspondiente programa individual de atención, que integran la nómina ordinaria mensual de prestaciones económicas de dependencia[37].
- Prestación económica vinculada al servicio. Supone la incorporación de personas al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia como beneficiarias de prestaciones económicas vinculadas al servicio, ya sea como consecuencia de un alta inicial o de una revisión. La actuación comprende tanto el alta como todo el seguimiento posterior de los expedientes relativos a personas que cuentan con alguna prestación económica reconocida como modalidad de atención más adecuada en su correspondiente programa individual de atención, que integran la nómina ordinaria mensual de prestaciones económicas de dependencia[38].
- Prestación económica para asistencia personal. Se trata de la incorporación de personas al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia como beneficiarias de prestaciones económicas para asistencia personal, ya sea como consecuencia de un alta inicial o de una revisión. La actuación comprende tanto el alta como todo el seguimiento posterior de los expedientes relativos a personas que cuentan con alguna prestación económica reconocida como modalidad de atención más adecuada en su correspondiente programa individual de atención, que integran la nómina ordinaria mensual de prestaciones económicas de dependencia[39].

C) Servicio de Ayuda a domicilio en Andalucía

Mediante este servicio se produce la incorporación de personas al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía, en virtud de los correspondientes programas individuales de atención en los que se establece como modalidad de intervención más adecuada el mismo. Desde noviembre de 2007, que entró en vigor la normativa sobre este servicio la experiencia acumulada en la gestión, así como la necesidad de revisión de la regulación actual

[37] Para llevar a cargo la supervisión y seguimiento de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y el servicio de ayuda a domicilio en el ámbito de la dependencia se está diseñando, planificando y poniendo en marcha un programa de visitas al domicilio de las personas beneficiarias de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar (PECEF) y del servicio de ayuda a domicilio (SAD) a efectos del control y seguimiento de las mismas, la garantía de la atención adecuada a las personas, así como del destino de las mismas a la finalidad para la que fue prevista, derivando las actuaciones, en su caso, a la Inspección General de Servicios Sociales.

[38] Para el seguimiento de las prestaciones económicas vinculadas al servicio se requiere la realización de actuaciones de verificación de cumplimiento de los requisitos que dieron origen al reconocimiento de la prestación y los términos de la misma (las personas siguen en el centro, centro acreditado, coste del servicio no superior a la prestación que recibe). Estas actuaciones son articuladas por la Agencia de forma directa o mediante las visitas realizadas en el contexto del Plan de Inspección de Servicios Sociales 2020-2021 que ha conllevado la participación de la Agencia en lo que respecta a previsión de muestras y gestión correspondientes como consecuencia de las actuaciones inspectoras.

[39] La prestación económica de asistencia personal en el contexto autonómico y nacional está resultando una prestación con poco impacto y desarrollo por ello se está proponiendo una revisión en su regulación. Las necesidades del colectivo de personas con discapacidad, derivadas a través de la Dirección General de Personas con Discapacidad, así como el impulso realizado por el IMSERSO en relación a la determinación de criterios comunes en relación a la citada prestación en todo el ámbito nacional, hace necesario revisar la regulación autonómica de la citada prestación actualmente prevista en la Orden de 3 de agosto de 2007, por la que se establecen la intensidad de protección de los servicios, el régimen de compatibilidad de las prestaciones y la gestión de las prestaciones económicas del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

del servicio, tanto en el ámbito de los Servicios Sociales Comunitarios como del ámbito del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, hacen exigible la modificación de la actual norma reguladora del servicio[40].

El procedimiento de revisión del texto normativo está liderado por la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación bajo la consideración de que la norma actualmente vigente ha sufrido diversas modificaciones atendiendo a la normativa estatal de aplicación en materia de dependencia o a cambios que se han propiciado en el modelo de financiación a las Entidades Locales, por lo que se hace necesario consolidar el régimen jurídico actualmente aplicable, además de incorporar las nuevas cuestiones que resultan del proceso de revisión[41].

Un aspecto clave en la gestión de este Servicio es la necesidad de acreditar las entidades prestadoras de este servicio. La Acreditación es el acto por el cual la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía certifica que un centro previamente autorizado, ofrece garantía de calidad e idoneidad para las personas usuarias conforme a los criterios determinados por la normativa vigente tanto de requisitos materiales como funcionales. Esta Acreditación es necesaria para poder concertar plazas de los Servicios de Centro de Día y de Atención Residencial, así como para poder conceder una prestación económica vinculada a estos servicios[42]. Con ello se garantiza a las personas beneficiarias de los servicios un estándar de calidad en la prestación de estos servicios. La acreditación debe ser solicitada por la persona titular o representante de la entidad, mediante el formulario de solicitud establecido, acompañado de la documentación preceptiva. Si se cumplen los requisitos de acreditación, se concede por un periodo de cuatro años, transcurridos los cuales, tendrá que renovarse. El plazo máximo para resolver y notificar es de tres meses, siendo positivos los efectos del silencio[43].

D) Servicio de atención residencial y de centros de día y noche en Andalucía

La Jefatura de Centros y Servicios asume la gestión de los Servicios de Atención Residencial y del servicio de centros de día y de noche. Por ello debe tramitar la concertación de las plazas, así como ejecutar la correcta aplicación económica y seguimiento que la prestación de estos servicios implica. Las principales actuaciones que se desarrollan para la gestión de los Servicios de Atención Residencial son: el mantenimiento y actualización del Directorio de Centros y entidades con concierto así como

[40] Orden de 15 de noviembre de 2007, por la que se regula el servicio de ayuda a domicilio en Andalucía y Orden de 28 de junio de 2017, por la que se modifica la Orden de 15 de noviembre de 2007, por la que se regula el Servicio de Ayuda a Domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

[41] En este sentido hay que tener en consideración la Resolución de 25 de febrero de 2021, de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, por la que se revisa el coste/hora máximo del servicio de ayuda a domicilio en el ámbito del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Sobre la situación particular producida en periodo de pandemia vid. Maldonado Molina, J.A.: "La protección social de los mayores durante la pandemia del Covid-19. Efectos en su asistencia sanitaria, dependencia, servicios sociales y pensiones", *op. cit.*, pp. 160 y 161.

[42] En cuanto al régimen jurídico de esta acreditación hay que tener en cuenta la Orden de 7 de octubre de 2019, por la que se aprueba el modelo actualizado de convenio de colaboración para la prestación del servicio de ayuda a domicilio como prestación del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía y las resoluciones de 29 de junio de 2016, de la Dirección-Gerencia de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, por la que se desarrolla y convoca el procedimiento para la concesión de la habilitación de forma excepcional de personas cuidadoras, gerocultoras y auxiliares de ayuda a domicilio mayores de 55 años con experiencia laboral y de 28 de julio de 2015, conjunta de la Dirección-Gerencia de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía y de la Secretaría General de Servicios Sociales, por la que se establecen medidas en materia de acreditación de la cualificación profesional del personal de atención directa en instituciones sociales y en el domicilio.

[43] La acreditación es el acto por el que la Administración garantiza que las entidades a las que se otorga reúnen los requisitos y estándares de calidad necesarios para la prestación del servicio de ayuda a domicilio. Comprende la tramitación de las solicitudes o de renovación de la misma, formulada por las entidades prestadoras del servicio y de conformidad con lo dispuesto en la orden reguladora. Es preciso indicar que, en virtud del Decreto 187/2018, de 2 de octubre, esta competencia se derivará a la Consejería y dejará de asumirla la Agencia en octubre 2020.

la base de datos de contratos y convenios; el estudio de recursos y cobertura, mediante recursos concertados y acreditados no concertados, por provincia, localidad y área; el control y actualización de los principales indicadores respecto a los servicios mediante el control de vacantes quincenal y el sistema de evaluación mensual; el análisis de los criterios técnicos y establecimiento de los procedimientos, unificando criterios; la gestión de las liquidaciones y seguimiento de la facturación de los servicios; gestión de las incidencias informáticas que los programas de gestión de la facturación y liquidación requieren, actuando en la resolución y seguimiento de las mismas, en coordinación con las Unidades de Apoyo Administrativo y la Jefatura de Tecnologías de la Información y Comunicaciones y la elaboración de propuestas de mejora en dichos sistemas informáticos[44].

Para la mejora en la aplicación de estos servicios se ha procedido a la reducción de la aportación económica de las personas usuarias de los centros de día para personas mayores en situación de dependencia con la finalidad de garantizar la igualdad de las personas usuarias de los centros de servicios sociales sin que exista distinción alguna por sector de población atendida[45]. También se ha estimado el incremento del coste máximo de plazas objeto de concertación en centros de atención a personas mayores y personas con discapacidad. Por ello se ha incidido en el estudio, revisión y elaboración de una nueva normativa reguladora para incrementar los costes máximos establecidos de todas las tipologías de plazas objeto de concertación en centros de atención a personas mayores y personas con discapacidad[46].

Dentro de la gestión de la contratación pública y concertación de plazas en residencias y centros de día para personas mayores y personas con discapacidad en situación de dependencia y plazas de respiro familiar se plantea un proyecto normativo para la unificación de las normas reguladoras del servicio de atención residencial y servicio de centro de día y de noche. La normativa referente a los Servicios de Atención Residencial y Centros de día y noche ha sido modificada tras la publicación sucesiva a lo largo de los años de modificaciones parciales de las órdenes que la regulan.

Esto hace necesario que desde la agencia andaluza de servicios sociales y dependencia se impulse unificar dicha norma con el objetivo de poder contar con un marco normativo actualizado[47]. Dentro de estas medidas resulta particularmente relevante el seguimiento y control. La finalidad de esta actuación es contribuir al buen funcionamiento del Sistema de Servicios Sociales, garantizar los derechos de las personas usuarias de las entidades, servicios y centros sociales en Andalucía. De esta

[44] Sobre su régimen jurídico hay que atender a la siguiente normativa: Decreto-ley 3/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para mejorar la financiación de los centros de atención residencial y de los centros de día y de noche de atención a personas en situación de dependencia; el Decreto-ley 23/2021 de 3 de noviembre, de medidas extraordinarias y urgentes de apoyo económico a los centros de atención residencial, centros de día y centros de día con terapia ocupacional para personas en situación de dependencia y el Decreto-ley 15/2021, de 20 de julio, por el que se adopta una medida extraordinaria y urgente de apoyo económico a las entidades prestadoras de los servicios de atención residencial, centro de día y centro de día con terapia ocupacional para personas en situación de dependencia, como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (COVID-19). Sobre estos aspectos vid. Maldonado Molina, J.A.: "La protección social de los mayores durante la pandemia del Covid-19. Efectos en su asistencia sanitaria, dependencia, servicios sociales y pensiones", *op. cit.*, p. 149 a 159.

[45] Elaboración y publicación de una nueva normativa reguladora, que modifique los porcentajes de participación en la financiación de los programas de las personas usuarias recogidas en la Orden de 6 de mayo de 2002, de Estancia Diurna y Respiro Familiar, con el fin de equiparar la aportación de las personas mayores en situación de dependencia usuaria de centros de día, con los porcentajes de participación aplicados en la Orden de 5 de mayo de 2009 por la que se establecen las tarifas y se regula la aportación de las personas usuarias que regirán en los centros residenciales y de día de atención a personas con discapacidad concertados y convenidos con la Consejería.

[46] Adecuándolos así a la realidad actual del mercado, con el fin de mantener la garantía de la optimización de los recursos y sostenibilidad de los servicios mediante la actualización de precios.

[47] A este respecto hay que tener en consideración la Orden de 19 de diciembre de 2019, por la que se modifican la de 30 de agosto de 1996, por la que se regula la concertación de plazas con centros de atención especializada para los sectores de Personas Mayores y Personas Discapacitadas, y la de 7 de mayo de 2002, por la que se regula la financiación de los programas de estancia diurna y respiro familiar.

forma ser revisan datos suministrados por el Servicio de Inspección relativas a las visitas enmarcadas dentro del Plan General de Inspección de Servicios Sociales[48].

2. Promoción de la autonomía en personas mayores y personas con discapacidad

La Agencia Andaluza planifica, gestiona y evalúa el Servicio de Promoción de la Autonomía Personal y Prevención de la Dependencia para mejorar la calidad de vida de las personas beneficiarias, especialmente personas con grado I de dependencia y personas mayores. Esta gestión consta de dos modalidades, por un lado, la que se lleva a cabo en centros de participación activa de titularidad de la Junta de Andalucía a través de actividades grupales dirigidas a personas con grado I de dependencia y personas mayores, y por otro, la que se lleva a cabo a través de convenios con corporaciones locales para que presten estos servicios a personas con grado I reconocido en sus instalaciones[49].

De conformidad con lo anterior, dentro de las competencias, funciones y actuaciones de la ASSDA establecidas por el punto 5 del artículo único del Decreto 44/2022 en materia de Dependencia se encuentra "(…) a) La planificación, ordenación, coordinación y dirección de los servicios de promoción de la autonomía personal, prevención y atención a las personas en situación de dependencia (…)".

De forma tangencial también, dentro de las actuaciones de la agencia para la promoción, desarrollo y gestión de recursos de atención social a las personas, a las familias y a los grupos para favorecer su bienestar, el punto 5 del artículo único del Decreto 44/2022 en materia de Dependencia plantean acciones de atención social que afectan directamente al ámbito de la dependencia como la gestión de la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco y los servicios asociados a la misma y la gestión de programas dirigidos a personas, grupos y colectivos excluidos socialmente para favorecer su incorporación social[50].

Por su parte, para favorecer la autonomía e independencia de las personas mayores y personas con discapacidad el plan plurianual de gestión de la ASSDA 2020-2022 se compromete al desarrollo de medidas como el servicio de teleasistencia, la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco y los programas asociados a ésta, como el programa de transporte bonificado B50, el programa ópticos, el programa de orientación jurídica y el programa de comedores en centros de participación activa.

La atención telefónica es también un factor clave en los servicios que gestiona la Agencia a través de los teléfonos de atención a personas mayores, así como diferentes líneas de información en materia de dependencia, discapacidad y accesibilidad, maltrato infantil y violencia intrafamiliar. La mejora de la prestación de los servicios se centra en este plan entre otras medidas, en reducir la participación de las personas en el coste de los servicios y en una mayor accesibilidad y adecuación del servicio de teleasistencia a las necesidades de personas con diversidad funcional auditiva, con

[48] Orden de 26 de febrero de 2014, por la que se modifican la de 30 de agosto de 1996, por la que se regula la concertación de plazas con centros de atención especializada para los sectores de personas mayores y personas discapacitadas, y la Orden de 7 de mayo de 2002, por la que se regula la financiación de los programas de estancia diurna y respiro familiar, y se crea la comisión de participación en materia de concertación con dichos centros.

[49] Orden de 22 de marzo de 2017, por la que se establece el marco de colaboración con las Corporaciones Locales para la prestación de los servicios de promoción de la autonomía personal y prevención de la dependencia a personas reconocidas en grado I.

[50] Así, según el artículo 5 del Decreto 44/2022 se incluyen "(…) a) La gestión y el seguimiento del Servicio Andaluz de Teleasistencia; b) La atención de teléfonos especializados en el ámbito social, conforme a las directrices emanadas de la Consejería competente; c) La promoción y el fomento de la investigación y la innovación, así como los sistemas de información y documentación, relacionados con las materias objeto de su competencia; d) La promoción y el impulso de la formación de las personas que prestan sus servicios en los sectores y áreas de su competencia; e) La promoción de la participación de instituciones, entidades, sectores y personas relacionadas con los servicios sociales y la dependencia; f) La colaboración con Administraciones Públicas, corporaciones, entidades públicas o privadas y particulares, cuya competencia o actividad tenga incidencia o sea de interés para el cumplimiento de los fines atribuidos a la Agencia (…)".

esclerosis lateral amiotrófica (ELA) y ofreciendo también la posibilidad de traducción simultánea en diferentes lenguas.

A) Servicio de Teleasistencia

El Servicio de Teleasistencia es un servicio domiciliario que utiliza como instrumento de trabajo una tecnología de vanguardia, destaca la facilidad de uso de los dispositivos, un terminal fijo y uno remoto, y un equipo de profesionales preparados para resolver las distintas situaciones que puedan presentarse[51]. Cuando la persona pulsa el botón ante cualquier necesidad, la llamada es atendida en la central, reconociéndola inmediatamente, disponiendo de toda la información necesaria para ofrecer una atención personalizada de calidad. Tiene como objetivo mejorar la calidad de vida de las personas mayores, con discapacidad o en situación de dependencia, favoreciendo su autonomía y la permanencia e integración en su entorno, proporcionándoles acompañamiento, atención y apoyo ante situaciones de emergencia, constituyéndose así en un refuerzo a las familias que asumen su cuidado. La Ley para la Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia lo incluye expresamente en el Catálogo de Servicios[52].

Para implementar eficazmente este servicio se está trabajando en la incorporación de traducción simultánea en el servicio de teleasistencia ya que son numerosas las personas usuarias de la teleasistencia que no hablan castellano, haciéndose en ocasiones muy complicada la comunicación telefónica con ellas, debido a las deficiencias idiomáticas en el personal de teleasistencia. Por esta razón, y con el objetivo de prestar un adecuado servicio, se ha considerado implantar un servicio de traducción simultánea basado en la contratación de empresas especializadas en el sector, que mediante conferencias a tres, permitan a los teleasistentes residentes en Andalucía mantener conversaciones seguras con las personas usuarias no hispanoparlantes. Por su parte también se plantea el desarrollo de una aplicación para prestar el servicio de teleasistencia mediante Smartphone[53].

También resulta particularmente relevante la adecuación del servicio de teleasistencia a personas con diversidad funcional auditiva. Debido a la necesidad existente, y al derecho que poseen las personas con diversidad funcional, es imprescindible adaptar el Servicio Andaluz de Teleasistencia para asegurar el acceso al servicio estos colectivos. Para ello, se procede a la adaptación de las aplicaciones usadas en la central de llamadas, así como incorporación de dispositivos de teleasistencia que permitan el acceso a personas con deficiencias auditivas.

Y también, se actúa en la adecuación del servicio de teleasistencia a personas con diversidad funcional motora (ELA)[54]. Por su parte y para mejorar el servicio se persigue la modificación de la norma reguladora del servicio de teleasistencia y crear un catálogo homologado de dispositivos de teleasistencia. La orden que regula la teleasistencia necesita ser adaptada a la nueva realidad del servicio de teleasistencia. Así, se trata de proceder partiendo de un estudio previo analizando

[51] Vid. Monereo Pérez, J.L., María Nieves Moreno Vida, Maldonado Molina, J.A., González de Patto, R.M., *Manual de Derecho de la Dependencia*, op. cit., p. 182.

[52] La normativa reguladora se concentra en la Orden de 10 de enero de 2002, por la que se regula el Servicio Andaluz de Teleasistencia y la Resolución de 15 de marzo de 2002, del Instituto Andaluz de Servicios Sociales, por la que se establece la tarifa del servicio. Sobre la normativa particular en periodo de pandemia ver Maldonado Molina, J.A.: "La protección social de los mayores durante la pandemia del Covid-19. Efectos en su asistencia sanitaria, dependencia, servicios sociales y pensiones", *op. cit.*, p. 161.

[53] Se trata del desarrollo e implantación de una aplicación (APP) para teléfonos móviles que permita el acceso al servicio Andaluz de Teleasistencia a través de la misma, sin necesidad de disponer de dispositivos específicos y dedicados. Dicha app debe ser compatible tanto con sistema Android, como IOS. Además, a través de dicha aplicación se podrán acceder a servicios adicionales tales como mensajería instantánea con la central de teleasistencia, facilitando así su uso también al colectivo con diversidad funcional auditiva.

[54] Debido a la necesidad existente, y al derecho que poseen las personas con diversidad funcional, es imprescindible adaptar el Servicio Andaluz de Teleasistencia para asegurar el acceso al servicio estos colectivos. Para ello, hay que adaptar las aplicaciones usadas en la central de llamadas, así como incorporar dispositivos de teleasistencia que permitan el acceso a personas con deficiencias motoras, en este caso ELA.

posibles modificaciones: adaptación a la definición dada por la Ley de Dependencia así como incluir la teleasistencia avanzada, inclusión de nuevos colectivos, personas menores de 65 años, personas cuidadoras, etc., requisitos y procedimientos para el acceso, prestación y financiación del servicio[55].

En relación con el catálogo homologado de dispositivos de teleasistencia, en la actualidad, la adquisición de dispositivos de teleasistencia en cualquiera de sus modalidades se realiza mediante licitación pública, obligando a repetir este procedimiento de forma periódica. Sin embargo, la adquisición de dispositivos es algo inherente al desarrollo del servicio, lo que justifica la creación de un catálogo de dispositivos homologado (similar al catálogo de bienes y servicios de la Junta de Andalucía), de tal forma que cuando se haya aprobado, se permita la compra de dispositivos de una forma más ágil. Para optimizar los recursos del servicio de teleasistencia se crea un sistema de información para la gestión y control de la sala del servicio de teleasistencia.

Con el objetivo de poder tener un amplio y riguroso conocimiento de los trabajos realizados en sala, se procede a la utilización de una herramienta software que permita, tanto conocer en tiempo real la actividad de los operadores, como la posterior explotación de los datos referidos a esta actividad. Esto permite desde, definir objetivos basados en datos estadísticos reales, como tomar decisiones en tiempo real sobre la planificación de los recursos en la sala de atención de llamadas, adaptándose a la situación particular de cada momento. Para redundar en su eficacia este sistema se apoya en un sistema automático de emisión de llamadas en el servicio de teleasistencia[56] y en un sistema de comunicación interna mediante un panel de anuncios digital para el personal de teleasistencia[57].

B) Emisión de la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco

La Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco (TAJ65) es un instrumento gratuito orientado a las personas mayores de 65 años. La TAJ65 supone, para las más de un millón de personas que la disfrutan, un sistema más ágil de acceso a prestaciones relacionadas con el envejecimiento activo y la promoción de la autonomía a las que tienen derecho mediante un solo documento, eliminando trámites y procedimientos. Los principales procesos vinculados a la emisión de tarjetas son el de expedición, renovación y reexpedición. La gestión persigue garantizar que los distintos procesos relacionados con su tramitación se lleven a cabo de manera que se ofrezca el mejor servicio posible a la ciudadanía. Para facilitar esta gestión existe un servicio de atención telefónica, teléfono de información de la tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco, a disposición de la ciudadanía para ofrecer información relacionada con la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco y sus programas asociados. Por su parte también se prevé la racionalización normativa de este servicio con el propósito de actualizarla para adaptarla a los distintos cambios normativos y de la propia gestión de la Tarjeta que se han venido produciendo en sus casi dos décadas de vigencia[58].

---

[55] Durán Bernardino, M., *La protección de las personas en situación de dependencia. Balance y perspectivas de su régimen jurídico-político*, op. cit., pp. 151 a 156.

[56] Actualmente, aproximadamente el 35% de las llamadas salientes de seguimiento son llamadas que no progresan por no ser atendidas por las personas usuarias. Esto supone un consumo de recursos notable que podría resolverse en parte con la puesta en marcha en el servicio de un ACD (Automatic Call Dialer) que genere llamadas salientes de forma autónoma, y progresen en sala solamente si son descolgadas.

[57] La información es una herramienta fundamental de motivación y de involucración en los proyectos. En la Jefatura de Teleasistencia son más de 500 personas las que trabajan a turnos, y el llegar a todos de una forma clara es un desafío. Por ello, se propone implantar un sistema de información a modo de panel digital de anuncios que aparezca en la pantalla de los teleasistentes, lo que facilita esta tarea, y haciendo esta comunicación más efectiva.

[58] Para ello se propone la elaboración de un nuevo texto para la modificación del Decreto 76/2001, de 13 de marzo, por el que se regula la concesión y uso de la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco, cuya finalidad es establecer el régimen de concesión, uso y prestaciones de la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco como documento personal e intransferible que acredita el derecho de su titular para acceder a las prestaciones y servicios previstos en la Ley 6/1999, de 7 de julio, en materia de atención y protección de personas mayores que reglamentariamente se determinen.

También se está planteando una evolución tecnológica y modernización de la Tarjeta Andalucía Junta Sesentaycinco para adaptar la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco a la tecnología actual y evitar que vaya quedando obsoleta. Para ello se plantea la necesidad de implantar una nueva tecnología más evolucionada y acorde a los tiempos actuales. La Tarjeta cuenta actualmente con chip y banda magnética que son leídas por máquinas lectoras por contacto. Se trataría de incorporar una tarjeta más moderna sin contacto que permita ser leída con más facilidad por una variedad más amplia de establecimientos que aplican sus ventajas. De la misma forma podría facilitar nuevas funcionalidades, por ejemplo, usarla como tarjeta monedero, incorporando un nuevo mapa de memoria adaptable a distintas necesidades de servicios, por ejemplo una futura tarjeta social única. Este cambio tecnológico implicaría la adaptación de los terminales lectores de Tarjeta de las empresas de transportes conveniadas, si bien la mayoría tienen incorporado un sistema de lectura sin contacto que podría ser compatible con la nueva Tarjeta.

Por último, también se plantea un plan de captación y fidelización de empresas colaboradoras de la Tarjeta Andalucía Junta Sesentaycinco. Consiste en desarrollar un proyecto para llevar a cabo nuevas directrices y estrategias orientadas a incrementar el número de entidades que ofrecen ventajas exclusivas a los titulares de la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco. Se deben incorporar nuevos recursos humanos y materiales para el desarrollo del plan. Se espera que tras la implantación del mismo, se incremente el número de convenios firmados con entidades y por ende se amplíe la oferta recogida en la guía de ventajas y descuentos de la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco.

C) Otras prestaciones para la promoción de la autonomía en personas mayores y personas con discapacidad

Dentro de estas prestaciones se encuentra en primer lugar el programa de transporte bonificado. El servicio consiste en propiciar la movilidad y el uso del transporte público de personas titulares de la tarjeta mediante la aplicación de un descuento del cincuenta por ciento sobre el precio de venta al público del billete. El servicio, no obstante, se establece para aquellos viajes interurbanos que se realicen en territorio andaluz y bajo el paraguas de aquellas empresas de transporte que previamente tengan formalizado un convenio de colaboración con la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía. Este programa también se incardina en otras políticas europeas y regionales como el IV Plan Andaluz de Salud, de fomento de la movilidad a través del transporte público. También dentro de estas prestaciones se encuentra el programa de ópticos. Este programa consiste en favorecer que las personas mayores de sesenta y cinco años puedan adquirir productos ópticos en condiciones de precio ventajosas. Para ello se cuenta con la colaboración del Colegio de Ópticos y Optometristas de Andalucía, como principal interlocutor de los establecimientos ópticos colaboradores[59].

Además se incluye un programa de orientación jurídica en centros de participación activa. El programa de orientación jurídica se articula teniendo como referencia los convenios de colaboración firmados con los 11 Colegios de Abogados de Andalucía. Esencialmente el programa consiste en un servicio de información jurídica gratuita a las personas mayores titulares de la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco en sus dos modalidades, siempre que sean socias de un Centro de Participación Activa de Mayores (CPA) dependiente de la Administración de la Junta de Andalucía. Con él se persigue promover la autonomía de las personas mayores ofreciéndoles una mayor seguridad jurídica.

[59] Si se tiene en cuenta que la edad es un factor directamente proporcional con el deterioro visual de las personas, la aplicación de descuentos de hasta un 55% en el caso de las personas titulares de la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco "Oro", 30% para las personas titulares de la modalidad "verde", posibilita que un gran número de personas mayores pueda adquirir gafas, monturas y cristales a precios asequibles, al tiempo que mejora su calidad de vida. Para mejorar su gestión se pretende formalizar un nuevo convenio con el Colegio de Ópticos y Optometristas de Andalucía para optimizar el programa de Ópticos para titulares de la TAJ65. Dado que se pretende continuar prestando el servicio, el convenio actual que regula el programa debe actualizarse conforme a la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público. Por tanto, el nuevo convenio deberá extender su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2022 desde su firma, contemplando una prórroga de idéntico periodo a la vigencia del mismo.

Las consultas jurídico-legales se plantean a profesionales del derecho que deberán emitir un informe verbal con las conclusiones de las consultas planteadas. La naturaleza de las consultas planteadas por las personas usuarias de este programa suele ser de ámbito cotidiano: herencias, pensiones, comunidades de vecinos, impuestos, y otras de índole similar. Por último, también está el programa de comedores en centros de participación activa. El programa de Comedores permite a las personas mayores titulares de la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco, que además sean socias de un centro de participación activa, acceder a menús saludables en condiciones ventajosas. El programa incide en la promoción de la autonomía, posibilitando a las personas beneficiarias llevar a cabo una alimentación saludable a un precio asequible y propiciando además la relación social con otras personas con perfiles e inquietudes similares[60].

3. Apoyo a las personas que ejercen los cuidados no profesionales

La ASSDA se compromete en el plan plurianual de gestión 2020 2022 al apoyo y mejora de la calidad de vida de las personas cuidadoras de las personas en situación de dependencia sobre las que recae dicha responsabilidad, con objeto de mitigar el impacto negativo que ocasiona. Para ello se desarrollan medidas encaminadas a mejorar su autocuidado a través del servicio de teleasistencia y medidas de régimen residencial, servicio de respiro familiar, dirigidas a apoyar a las familias andaluzas[61].

Dentro de estas medidas se incluye la atención a las personas mediante el servicio de respiro familiar. Dentro del conjunto de medidas que instaura el plan de apoyo a las familias andaluzas, está enmarcado el programa de Respiro Familiar, cuya principal meta es colaborar y servir de soporte y apoyo a las familias en las tareas de atención que prestan a sus familiares mayores de 65 años o menores con discapacidad en situación de dependencia. Este programa está dirigido a colaborar con la familia cuidadora de una persona dependiente, a la que se presta apoyo mediante un servicio residencial de duración transitoria. Las actuaciones se concretan en la atención integral a personas mayores de sesenta y cinco años y a personas con discapacidad, mediante ayuda en las actividades diarias, terapia ocupacional, acompañamiento y otras, con el fin de mejorar o mantener el nivel de autonomía personal de los usuarios[62].

Por otra parte también se permite la atención a las personas cuidadoras mediante el servicio de teleasistencia. Consiste en ofrecer a las personas cuidadoras, un conjunto de recursos e instrumentos que faciliten su labor diaria en el cuidado de la persona dependiente, así como mejorar su autocuidado, contribuyendo de esta forma a la mejora de la calidad de vida de las familias que se encuentran en esta situación. También se han establecido alianzas con los servicios de atención primaria de salud para la generación de grupos de ayuda mutua de personas cuidadoras para impulsar su bienestar. Son mecanismos de colaboración con la Consejería de Salud y Familias para coordinar la intervención entre los sistemas social y sanitario para impulsar el bienestar de personas cuidadoras de personas en situación de dependencia. Esta colaboración se materializa en la creación de grupos de trabajo entre

[60] Las empresas concesionarias encargadas de dispensar el servicio deben suscribir un contrato con la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, que subvenciona parte del precio de los menús a todas las personas mayores de sesenta y cinco años titulares de la modalidad de tarjeta "Oro". En el caso de la modalidad verde, se oferta un precio máximo de 4.83 €/menú.

[61] Sobre su protección generalizada ver Monereo Pérez, J.L., María Nieves Moreno Vida, Maldonado Molina, J.A., González de Patto, R.M., *Manual de Derecho de la Dependencia*, op. cit., pp. 221 a 231.

[62] Estas actuaciones se realizan en régimen residencial, incluyendo alojamiento y manutención completo, en periodos que oscilan entre 24 horas y un mes, en caso de descanso, enfermedad, hospitalización, emergencia, y otras circunstancias análogas de los familiares. Seguimiento trimestral de las personas usuarias con estancias prolongadas, con el fin de adecuar la prestación de dependencia resuelta en el caso de tener Resolución PIA a la realidad de la persona en situación de dependencia, o de realizar las actuaciones oportunas para la inclusión de la misma en el Sistema de Atención a la Dependencia y Autonomía.

las consejerías de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación y la de Salud y Familias en un marco de colaboración social y sanitario.

4. 4 Medidas encaminadas a la detección y asesoramiento en materia de violencia de género y maltrato en personas mayores y personas con discapacidad

Entre las actuaciones de la ASSDA se ha previsto un protocolo para la detección de violencia de género en personas mayores y personas con discapacidad en el servicio de teleasistencia[63]. Además de paliar la soledad, y atender las llamadas de emergencias, uno de los objetivos de la teleasistencia es detectar posibles situaciones de riesgo de nuestras personas usuarias a través de las llamadas de seguimiento que se realizan. Por este motivo, se hace necesaria la inclusión de herramientas efectivas que permitan reconocer dichas situaciones. Así pues, se pretende, mediante colaboraciones con expertos en cada materia, incluir protocolos para la detección de violencia de género en nuestras personas usuarias. También se incluye el asesoramiento jurídico a víctimas de violencia de género titulares de la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco.

En cuanto a situaciones de maltrato se ha planteado la elaboración de un protocolo para la detección y actuación ante posibles situaciones de maltrato o trato malo a personas en situación de dependencia en Andalucía[64]. Además de atender las necesidades de promoción de autonomía y atención a la dependencia, otro de los objetivos de los servicios gestionados por la agencia es detectar posibles situaciones de riesgo de las personas usuarias a través de la prestación de los servicios o en el seguimiento que se realiza a los mismos. Por este motivo, se hace necesaria la inclusión de herramientas efectivas que permitan reconocer dichas situaciones. Así pues, se pretende, mediante colaboraciones con expertos en cada materia, incluir protocolos para la detección de situaciones de maltrato en nuestras personas usuarias. Para ello también resulta de utilidad el servicio prestado por el teléfono de atención a personas mayores[65].

V. CONCLUSIONES

Inicialmente la aplicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia recibió un fuerte impulso en Andalucía. Sin embargo, con posterioridad, se han producido diferentes circunstancias que han venido dificultando o, por lo menos, modificando, los elementos originarios con los que se partía. La principal problemática inicial fue la dificultad en la gestión ya que en ella se implicaban distintas entidades administrativas con estructuras organizativas y modelos de gobernanza muy diferenciados.

A esta complejidad también se une la especial problemática de la descentralización administrativa andaluza, con un extenso territorio en el que implementar las políticas de protección

[63] Y es que dentro de las competencias, funciones y actuaciones de la ASSDA establecidas por el punto 5 del artículo único del Decreto 44/2022 en materia de Dependencia se encuentran "(…) e) La evaluación periódica del funcionamiento del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía; f) El control, seguimiento y revisión de la calidad en la atención, tanto en los centros como en el domicilio de las personas en situación de dependencia; g) Velar por el respeto de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones de las personas beneficiarias del Sistema, h) La promoción de la transparencia en la gestión e información de la dependencia(…). En cualquier caso la Agencia, en su actuación siempre tendrá en cuenta las distintas realidades y necesidades de mujeres y hombres, incluirá en todas sus actuaciones la perspectiva de género".

[64] Sobre reconocimiento del derecho a un trato digno e igualitario de las personas mayores ver Maldonado Molina, J.A.: "La protección social de los mayores durante la pandemia del Covid-19. Efectos en su asistencia sanitaria, dependencia, servicios sociales y pensiones", *op. cit.*, pp. 170 a 174, Maldonado Molina, J.A., "Los derechos de las personas mayores. Especial referencia a la prevención del maltrato", en Maldonado Molina, J.A. (Dir.), Materiales docentes de Gerontología y protección de las personas Mayores, Ed. Dykinson, Madrid, 2018, pág. 266.

[65] Se trata de un servicio que proporciona información general sobre los recursos para personas mayores en Andalucía, que permite canalizar posibles situaciones de riesgo de maltrato hacia las personas mayores, tanto en el ámbito familiar y social, como en el institucional, para el establecimiento de los mecanismos de intervención que se estimen necesarios en cada caso, en función de los protocolos indicados desde la Consejería.

social. Pero, sin duda, el hecho más significativo que ha incidido en la aplicación de la Ley de Dependencia en Andalucía en la última década ha sido la crisis económica del año 2008 que creó fuertes tensiones entre la administración andaluza y la central como consecuencia de los recortes que han afectado al Estado del Bienestar en España fomentados por la Unión Europea y que han dado como resultado un replanteamiento en la aplicación de esta Ley en Andalucía.

Uno de los aspectos más decisivos de la aplicación de la Ley es, en consecuencia, las implicaciones administrativas que, para el reconocimiento de las prestaciones y derechos, se derivan del sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía. De esta forma, el acceso efectivo a las prestaciones, así como el acceso a determinados servicios requieren del cumplimiento de todo un conjunto de requisitos administrativos que se sustancian en procedimientos específicos y burocratizados. Estos trámites han sido encomendados desde el año 2011, en que se creó, a la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía. Precisamente en la Agencia se incluye el término Dependencia con la finalidad de resaltar el aspecto diferenciador que supone la gestión de esta materia por parte de la misma, de tal forma que se presenta como objetivo prioritario la agilización de la tramitación y en la prestación de los servicios.

No obstante, hay que tener en cuenta que la aplicación de estos procedimientos tan estrictamente definidos no ha estado exenta de críticas, en la medida en que se ha considerado que suponen una carga excesiva que ralentizan la accesibilidad a las prestaciones reconocidas por la propia Ley e impiden que se reconozcan los derechos que la mismas pretendía implantar con su entrada en vigor. Así, desde la implantación de la Ley, uno de los principales problemas ha sido el largo tiempo que transcurre desde que una persona inicia los trámites para solicitar la atención a su necesidad específica de cuidado, hasta que definitivamente se le reconoce la situación y, en consecuencia, se deriva todo el conjunto de prestaciones y servicios que se desprenden de la misma. Pero, sin duda, una de las críticas más acentuadas ha sido que con el paso del tiempo el Sistema Andaluz se ha centrado en el reconocimiento de las prestaciones por dependencia dejando a un lado el otro pilar básico de la protección de las personas dependientes como es el de la promoción de la autonomía personal.

Todo ello ha puesto de manifiesto la escasa eficiencia de los recursos disponibles, con desequilibrios a nivel territorial sin que se haya atendido a toda la complejidad de la lógica de los derechos del cuidado, sobre la base del principio de igualdad de trato. De esta forma, se ha descuidado el deber de cuidado de las personas dependientes en Andalucía, mediante un reduccionismo técnico, de carácter burocrático, que en muchos casos ha supuesto una relegación o un estancamiento en el reconocimiento de los derechos. De esta forma, se ha puesto en cuestión el reconocimiento del derecho subjetivo y la propia vocación de universalidad que la Ley 39/2006 había previsto inicialmente.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Durán Bernardino, M., *La protección de las personas en situación de dependencia. Balance y perspectivas de su régimen jurídico-político*, Comares, Granada, 2015.

Maldonado Molina, J.A., *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Maldonado Molina, J.A., "La protección a la dependencia en Andalucía", *Revista Temas Laborales*, núm. 100, 2009.

Maldonado Molina, J.A., "Las prestaciones por dependencia en el Sistema Español de Protección Social", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (Dir), *Las Prestaciones Españolas por Dependencia en el Derecho de la Unión,* Laborum, Murcia, 2011.

Maldonado Molina, J.A., "El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia tras sus reformas", en Monereo Pérez, J.L., Maldonado Molina, J.A. y Rubio Herrera, R. (Dirs.), *Prevención y Protección de la Dependencia: un enfoque transdisciplinar*. Ed. Comares, Granada, 2014.

Maldonado Molina, J.A., "Los derechos de las personas mayores. Especial referencia a la prevención del maltrato", en Molina, Maldonado J.A. (Dir.), *Materiales docentes de Gerontología y protección de las personas Mayores*, Ed. Dykinson, Madrid, 2018.

Maldonado Molina, J.A., "La protección social de los mayores durante la pandemia del Covid-19. Efectos en su asistencia sanitaria, dependencia, servicios sociales y pensiones", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 3, 2021.

Marín Castro, B., "Implantación del SAAD en el estado de las autonomías: análisis multidimensional en Andalucía". en Monereo Pérez, J.L., Maldonado Molina, J.A. y Rubio Herrera, R. (Dirs.), *Prevención y Protección de la Dependencia: un enfoque transdisciplinar*. Ed. Comares, Granada, 2014.

Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., "Artículo 25. Derechos de las Personas Mayores", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs.), *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Ed. Comares, Granada, 2012.

Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., "Derecho de las personas de edad avanzada a la protección social (artículo 23)", en VV.AA., *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa,* Comares, Granada, 2017.

Monereo Pérez, J.L., María Nieves Moreno Vida, Maldonado Molina, J.A., González de Patto, R.M., *Manual de Derecho de la Dependencia*, Tecnos, Madrid, 2014.

Moreno de Toro, C., "El sistema para la autonomía y atención para la dependencia en Andalucía", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (Dir), *Las Prestaciones Españolas por Dependencia en el Derecho de la Unión,* Laborum, Murcia, 2011.

Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

4. Derechos Y Garantías De Las Personas Con Discapacidad Usuarias De Centros Residenciales Y Centros De Día En Andalucía

Amparo María Molina Martín
Profesora Titular de Universidad
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0003-2546-4402

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN RESPECTO DE SU CONTEXTO GENERAL. II. ANÁLISIS PRELIMINAR DEL OBJETO DEL ESTUDIO. 1. *MARCO NORMATIVO PRINCIPAL*. 2. *CONTENIDOS GENÉRICOS*. 3. *EL ESPACIO DE LOS CENTROS RESIDENCIALES Y LOS CENTROS DE DÍA*. III. DERECHOS Y GARANTÍAS ESPECÍFICOS. 1. *PARTICIPACIÓN*. 2. *INTERVENCIÓN JUDICIAL*. IV. APRECIACIONES FINALES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN RESPECTO DE SU CONTEXTO GENERAL

En este tercera anualidad de andadura de nuestro Proyecto *"Instrumentos para la protección integral de las personas discapacitadas en una sociedad inclusiva y del bienestar. Especial referencia a Andalucía en el marco de las estrategias nacionales y de la Unión Europea"*, presentamos ahora una investigación acerca de los derechos y garantías de dicha colectividad, en particular, en su condición de usuarios[1] de centros residenciales y centros de día. Se trata éste -solamente lo recordamos- de un estudio que se inserta en el Bloque dedicado a *"La protección social de las personas con discapacidad en Andalucía"* dentro de la obra -esta obra- *"Empleo y protección social de las personas con discapacidad en Andalucía"*.

El modo en el que nuestra investigación queda plantea en las siguientes líneas responde a su conformación respecto de dichos elementos que le dan contexto (Proyecto, obra y Bloque), de tal manera que la misma va quedando determinada, especificada o definida, por su paso por ellos cual diferentes estratos. Así, manteniendo en todo momento sus interconexiones, se van poniendo en relación progresiva la una con los otros (la investigación con el Proyecto, y también con la obra, y asimismo con el Bloque).

De tal manera, en esta disertación sobre los derechos y garantías de las personas con discapacidad usuarias de centros residenciales y centros de día en Andalucía, la óptica que predomina es la de su adscripción al Bloque temático de la Protección Social, pues, no en vano, centros residenciales y centros de día tienen la consideración oficial y pública de *"servicios sociales de promoción de la autonomía personal y de atención a la dependencia"*, en expresión del art. 15.1 LPAPAD (o Ley de Dependencia)[2]. Nótese que no con ello hacemos identificación de la discapacidad con la dependencia, sino que nos acogemos a la definición que de esta última se da -ahora- en el art. 2.2 de dicha norma para interrelacionarla con la primera (en tanto la discapacidad es considerada como causa, entre otras, de la dependencia)[3].

[1] Todos los términos que en este texto hacen referencia a personas y se encuentran en masculino, cuando no se acompañan de indicaciones expresas en contrario, han de entenderse indistintamente en femenino, y viceversa.

[2] LPAPAD (o Ley de Dependencia): Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia [BOE de 15 de diciembre de 2006, nº 299 (en https://www.boe.es/eli/es/l/2006/12/14/39/con, a 22 de abril de 2022)].

[3] Art. 2.2 LPAPAD (o Ley de Dependencia): *"Dependencia: el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la*

Naturalmente, contribuimos con ello a la investigación general -la del Proyecto- de instrumentos para la protección integral de las personas con discapacidad, siendo el empeño nuestro la indagación de sus derechos y garantías como usuarias de centros residenciales y centros de día -estos últimos en tanto, precisamente, instrumentos para dicha protección en su vertiente de Protección Social-. No insistimos más en ello salvo para subrayar que fuera han de quedar, y a nuestro pesar así es, reflexiones de índole diversa a las que de tanto en tanto (re)conduce el presente estudio, y que siquiera sí hemos preferido dejar apuntadas para una eventual toma en consideración ulterior. Tal sería el caso -aunque, como decimos, ello no nos corresponde, sin por eso restarle ni el más mínimo interés- de intervincular la estancia de las personas con discapacidad en centros residenciales o en centros de día con ciertas y eventuales posibilidades de empleo (entendido aquí el empleo en el sentido más amplio). Podríamos, si así hubiese sido, haber dado cabida -y por ejemplo, pero significativamente- a lo que como oportunidades de inserción laboral aportan las actividades en la Terapia Ocupacional. No en vano, con ella se procura -en palabras de su Federación Mundial- *"promover la salud y el bienestar a través de la ocupación (...) trabajando con personas y comunidades para mejorar su capacidad de participar en las ocupaciones que quieren, necesitan o se espera que hagan, o modificando la ocupación o el entorno para apoyar mejor su compromiso ocupacional"*[4]. Pero, sin embargo, de ello no se trata -como decimos, del Empleo (Bloque I)-, sino de la Protección Social (Bloque II), y más concretamente de la Protección Social en dichos ámbitos objetivo y subjetivo, y también espacial (derechos y garantías de las personas con discapacidad usuarias de centros residenciales y centros de día en Andalucía).

II. ANÁLISIS PRELIMINAR DEL OBJETO DEL ESTUDIO

1. Marco normativo principal

Con las necesarias actualizaciones terminológicas que se hacen precisas en el momento presente, hemos de recordar que el art. 49 CE[5] dispone que *"Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos"*. En aplicación de ello -y de su último inciso en particular, por lo que a nuestro estudio más interesa- se detectan numerosos textos normativos que se consagran a la determinación de tales derechos, y también garantías, de los disminuidos/personas con discapacidad.

Sin ánimo de exhaustividad, hemos siquiera de mencionar, habida cuenta así sus contenidos cuanto su relevancia, las siguientes referencias (y sin perjuicio del resto de textos normativos utilizados para la investigación, y del mismo modo referenciados como procede cada cual en su lugar correspondiente):

— Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de la Organización de Naciones Unidas, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (la Convención)[6].

pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal".

[4] WFOT (World Federation Of Occupational Therapists) *"About Occupational Therapy"*, 2012 (en https://www.wfot.org/about/about-occupational-therapy, a 24 de abril de 2022).

[5] CE: Constitución Española de 1978.

[6] La Convención: En https://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf, a 23 de abril de 2022 [También Instrumento de Ratificación (BOE de 21 de abril de 2008, nº 96) (en https://www.boe.es/eli/es/ai/2006/12/13/(1)/con, a 23 de abril de 2022) y Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la misma (BOE de 2 de agosto de 2011, nº 184) (en https://www.boe.es/eli/es/l/2011/08/01/26/con, a 23 de abril de 2022)].

— 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 (RDLeg. 1/2013)[7].

— Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía (LDAPDA)[8].

— Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía (LSSA)[9].

2. Contenidos genéricos

Procede seleccionar contenidos, pues resulta debido que nos ciñamos a nuestro cometido, omitiendo análisis de naturaleza distinta concernientes a dichos textos normativos -sin duda de interés en general y con acogida en otros pasajes de esta misma obra-. Así, por tanto, las disposiciones que consideramos necesario tener en cuenta han de resultar, al menos, aquéllas cuyo objeto se referencie a los derechos de las personas con discapacidad en sus interacciones con los servicios sociales.

En el marco de la Convención, destacamos en este punto el art. 28, que, bajo la rúbrica *"Nivel de vida adecuado y protección social"*, determina que *"Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad"* (apdo. 1), a lo que añade que *"Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho"* (apdo. 2)[10]. Y asimismo nos parece relevante hacernos eco de lo contenido en su art. 26 *"Habilitación y rehabilitación"* en tanto en cuanto convoca a los Estados Partes a adoptar *"medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida"* (apdo. 1)[11].

---

[7] RDLeg. 1/2013: BOE de 3 de diciembre de 2013, nº 289 (en https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2013/11/29/1/con, a 23 de abril de 2022).

[8] LDAPDA (o Ley 4/2017): BOJA de 4 de octubre de 2017, nº 191 (en https://www.juntadeandalucia.es/boja/2017/191/BOJA17-191-00039-16823-01_00121943.pdf, a 21 de abril de 2022) y BOE de 17 de octubre de 2017, nº 250 (en https://www.boe.es/eli/es-an/l/2017/09/25/4/con, a 21 de abril de 2022).

[9] LSSA (o Ley 9/2016): BOJA de 29 de diciembre de 2016, nº 248 (en https://www.juntadeandalucia.es/eboja/2016/248/BOJA16-248-00072-22896-01_00105102.pdf, a 22 de abril de 2022) y BOE de 21 de enero de 2017, nº18 (en https://www.boe.es/eli/es-an/l/2016/12/27/9/con, a 22 de abril de 2022).

[10] Entre ellas: *"a) Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad"* y *"c) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad y de sus familias que vivan en situaciones de pobreza a asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados"*.

[11] Añadiendo que *"A tal fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales, de forma que esos servicios y programas:*
Comiencen en la etapa más temprana posible y se basen en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona;
Apoyen la participación e inclusión en la comunidad y en todos los aspectos de la sociedad, sean voluntarios y estén a disposición de las personas con discapacidad lo más cerca posible de su propia comunidad, incluso en las zonas rurales".

Dentro del articulado del RDLeg. 1/2013, por su parte, consideramos como referente principal la regulación de su Capítulo VII *"Derecho a la protección social"* (Título I *"Derechos y obligaciones"*) en tanto que *"Las personas con discapacidad y sus familias tienen derecho a unos servicios y prestaciones sociales que atiendan con garantías de suficiencia y sostenibilidad sus necesidades, dirigidos al desarrollo de su personalidad y su inclusión en la comunidad, incrementando su calidad de vida y bienestar social"*[12]. En líneas subsiguientes ahondaremos en el resto de sus contenidos (arts. 49 y ss.), también por su singular interés.

Por lo que respecta a la Ley 4/2017 (LDAPDA), en tercer lugar, de su análisis se desprende la tan trascendental circunstancia de que alberga una disposición -el art. 65- que lleva por título parte importante del de nuestra contribución: *"Derechos y garantías de las personas con discapacidad usuarias de centros residenciales y centros de día"*, estableciendo tanto el de *"a participar y a ser oídos, por sí o a través de sus representantes legales, en aquellas decisiones o medidas relacionadas con la atención y convivencia en ellos"* (apdo. 1) como el de a que sea aprobada por la autoridad judicial *"toda decisión o medida tomada por la dirección del centro u organismo competente que suponga aislamiento, restricciones de libertades u otras de carácter extraordinario"* (apdo. 2) (excepciones aparte, comentadas *infra*)[13]. Tras esta mera cita, nos reservamos para más adelante el estudio de tales disposiciones, habida cuenta su extraordinaria relevancia en nuestra investigación, simplemente anotando que se trata de un precepto que conserva su redacción original (realmente como el resto del articulado, a salvo de la corrección de errores[14]).

A más de ello, por último, resulta debido agregar a dichos derechos lo que se dispone en la Ley 9/2016 (LSSA) por remisión, precisamente, de la referida Ley 4/2017 (LDAPDA). Y es que, en efecto, el art. 65 de esta última, ya en el comienzo de su apdo. 1, establece -válganos el artificio- que *"las personas con discapacidad usuarias de centros residenciales y centros de día tendrán"*, además de los formulados en dicho precepto (en él mismo), *"los derechos reconocidos en la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía"*. Es forzoso deducir de ello, por tanto, que los derechos y garantías de las personas con discapacidad usuarias de centros residenciales y de centros de día en Andalucía se componen, al menos, tanto de los de un referente normativo cuanto de los del otro. Pero de ello daremos cuenta algo más adelante, con ocasión del análisis específico de los mismos[15].

Quede dicho, ello no obstante, que su identificación -la de los derechos reconocidos en la Ley 9/2016 (LSSA)- no se produce del mismo modo a como lo está en el art. 65 Ley 4/2017 (LDAPDA), lo cual hace dificultosa la búsqueda rápida de la remisión hecha desde tal apdo. 1 (el de este último). Aún con todo, parece más que plausible que su hallazgo en dicha Ley 9/2016 (LSSA) se localice en su art. 11, sobre *"Derechos de las personas usuarias de centros residenciales y centros de día"*, sin perjuicio del resto de derechos de carácter incluso más general o inespecífico contenidos tanto en el art. 9 (*"Derechos de la ciudadanía en relación a los servicios sociales"*) como en el art. 10 (*"Derechos de las personas usuarias de los servicios sociales"*)[16]. Y, pues, a los referidos derechos y garantías *ex* art. 65 Ley 4/2017 (LDAPDA) añadiríamos, en virtud de dicho art. 11, los de:

— *"al ejercicio de la libertad individual para el ingreso, la permanencia y la salida del establecimiento, con las limitaciones establecidas en la legislación vigente para las*

[12] *Ex* art. 48.

[13] *Vid 2. Intervención judicial* en III. DERECHOS Y GARANTÍAS ESPECÍFICOS.

[14] En BOJA de 9 de noviembre de 2017, nº 215 (en https://www.juntadeandalucia.es/boja/2017/215/BOJA17-215-00001-19268-01_00124304.pdf, a 21 de abril de 2022) y BOE de 1 de diciembre de 2017, nº 292 (en https://www.boe.es/eli/es-an/l/2017/09/25/4/corrigendum/20171201, a 21 de abril de 2022).

[15] *Vid* III. DERECHOS Y GARANTÍAS ESPECÍFICOS.

[16] Omitimos en este punto la referencia textual a ambos preceptos, de relativo interés en formato de tipo "texto completo", emplazando al lector a la consulta de las referencias oportunas en el epígrafe III. DERECHOS Y GARANTÍAS ESPECÍFICOS.

personas menores de edad, con capacidad modificada judicialmente e incursas en medidas judiciales de internamiento" (a)

— *"al libre ejercicio de sus derechos y libertades, con el límite del respeto a la libertad y los derechos de las otras personas"* (b)

— *"a recibir información de una manera comprensible e individualizada sobre el reglamento interno del centro, a conocer los derechos y deberes que les incumben, así como el derecho a conocer el coste de los servicios que reciben y, en su caso, a conocer la contraprestación que les corresponde satisfacer como personas usuarias de los mismos"* (c)

— *"a recibir una atención personalizada de acuerdo con sus necesidades específicas y derecho a recibir atención general a todas las demás necesidades personales, orientada a conseguir un desarrollo personal adecuado y una vida plena"* (d)

— *"a la personalización del entorno, dentro de su espacio privado en el centro, con respeto a lo previsto en el reglamento de régimen interno del mismo"* (e)

— *"a participar en aquellas cuestiones relacionadas con el funcionamiento del centro que les afecten individual o colectivamente, así como a asociarse para favorecer tal participación"* (f)

— *"a la intimidad y privacidad en las acciones de la vida cotidiana y en sus relaciones personales"* (g)

— *"a comunicar y recibir libremente información por cualquier medio de difusión y al secreto de sus comunicaciones, salvo resolución judicial o administrativa que lo suspenda"* (h)

— *"al reconocimiento como domicilio, a todos los efectos, del establecimiento residencial donde vivan"* (i)

— *"a mantener relación con el entorno familiar y social"* (j)

— *"a la libertad ideológica, sexual y religiosa, respetando en su ejercicio el funcionamiento normal del establecimiento y la libertad de las demás personas"* (k)

— *"a obtener facilidades para hacer la declaración de voluntades anticipadas, de acuerdo con la legislación vigente"* (l)

— *"a no ser sometidas a ningún tipo de inmovilización o restricción de la capacidad física o intelectual por medios mecánicos o farmacológicos sin prescripción y supervisión facultativa, salvo que exista peligro inminente para la seguridad física de la persona usuaria o terceras personas"* (m)

3. El espacio de los centros residenciales y los centros de día

En este ejercicio preliminar de análisis del objeto de estudio, es nuestro parecer que conviene dejar apuntadas, siquiera someramente, las características principales tanto de los centros residenciales como de los centros de día (bien propios de las Administraciones Públicas, bien privados concertados

debidamente acreditados). No en vano, se trata -entre otras cualidades o atribuciones de los mismos- de servicios de *"prevención de las situaciones de dependencia"* en el sentido dispuesto por el art. 21 LPAPAD (Ley de Dependencia): Servicio -el de cualquier centro- que *"Tiene por finalidad prevenir la aparición o el agravamiento de enfermedades o discapacidades y de sus secuelas, mediante el desarrollo coordinado, entre los servicios sociales y de salud, de actuaciones de promoción de condiciones de vida saludables, programas específicos de carácter preventivo y de rehabilitación dirigidos a las personas mayores y personas con discapacidad y a quienes se ven afectados por procesos de hospitalización complejos. Con este fin, el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia acordará criterios, recomendaciones y condiciones mínimas que deberían cumplir los Planes de Prevención de las Situaciones de Dependencia que elaboren las Comunidades Autónomas, con especial consideración de los riesgos y actuaciones para las personas mayores"*.

— Centros residenciales: Establecimientos habilitados para la prestación del denominado "servicio de atención residencial" (para la cobertura de necesidades de carácter tanto personal como sanitario, variables según el tipo de dependencia y grado y alcance de la misma")[17], y que en el concreto marco de nuestro estudio han de ser del tipo *"Centro de atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad"*[18]. Es de notar, a propósito del particular, que por parte de la Junta de Andalucía aún se hace un uso frecuente de la modalidad de *"(Servicio de) Atención Residencial para personas con discapacidad"*, a diferencia del *"(Servicio de) Atención Residencial para personas mayores"*, tal y como regía antes de la entrada en vigor de la Ley de Dependencia (LPAPAD). En cualquier caso, la finalidad de tales centros es servirles de residencia/domicilio ante circunstancias de necesidad socio-familiar y económica (dificultades para ser atendidas en su unidad de convivencia o para vivir de forma independiente)[19].

---

[17] Cfr. art. 25 Ley de Dependencia (LPAPAD): *"1. El servicio de atención residencial ofrece, desde un enfoque biopsicosocial, servicios continuados de carácter personal y sanitario.*
2. Este servicio se prestará en los centros residenciales habilitados al efecto según el tipo de dependencia, grado de la misma e intensidad de cuidados que precise la persona.
3. La prestación de este servicio puede tener carácter permanente, cuando el centro residencial se convierta en la residencia habitual de la persona, o temporal, cuando se atiendan estancias temporales de convalecencia o durante vacaciones, fines de semana y enfermedades o periodos de descanso de los cuidadores no profesionales.
4. El servicio de atención residencial será prestado por las Administraciones Públicas en centros propios y concertados".

[18] Tipo (ii) dentro del apdo. e) del art. 15.1 LPAPAD, distinto del tipo (i) *"Residencia de personas mayores en situación de dependencia"*.

[19] Y así nos encontramos con las siguientes manifestaciones:
"Servicio de Atención Residencial para personas gravemente afectadas por discapacidad intelectual: Atiende de forma integral a personas con discapacidad intelectual que precisen la ayuda generalizada de otras personas para realizar las actividades de la vida diaria y que no pueden ser atendidas en su unidad de convivencia.
Servicio de Atención Residencial para personas adultas: Presta atención integral a personas con discapacidad con cierta autonomía personal que tienen dificultades para la integración social y familiar en su unidad de convivencia.
Servicio de Atención Residencial para personas gravemente afectadas por discapacidad física y/o visual o parálisis cerebral: Atiende de forma integral a personas con discapacidad física y/o parálisis cerebral que precisen la ayuda generalizada de otras personas para realizar las actividades de la vida diaria y que no pueden ser atendidas en su unidad de convivencia.
Servicio de Atención Residencial para personas con trastorno del espectro autista: Atiende de forma integral a personas con trastorno del espectro autista que precisen la ayuda de otras personas para realizar las actividades de la vida diaria y que no pueden ser atendidas en su unidad de convivencia.
Servicio de Atención Residencial para personas psicodeficientes: Orientado hacia aquellas personas con discapacidad intelectual con alteraciones graves y continuadas de conducta que no remiten con tratamiento ambulatorio y/o en unidades de agudos, y cuyas circunstancias familiares, sociales y económicas son tan graves que no pueden ser atendidas por su unidad de convivencia.

— Centros de día: Instalaciones donde se dispensa una atención integral durante el periodo diurno (necesidades de asesoramiento, prevención, rehabilitación, orientación para la promoción de la autonomía, habilitación o atención asistencial y personal, con el objetivo de mejorar o mantener el mejor nivel posible de autonomía personal y apoyar a las familias o cuidadores)[20], y que a los concretos efectos de nuestra investigación presenta la modalidad singular del *"centro de día de atención especializada"*[21]. Nótese aquí también, así como en el punto anterior, que aún en la Junta de Andalucía se hace alusión con naturalidad a la modalidad de *"(Servicio de) Centro de Día dirigido a personas con discapacidad"*, a diferencia del *"(Servicio de) Centro de Día dirigido a personas mayores"*, como ocurriera antes de la LPAPAD (Ley de Dependencia). Para el caso, la clave aquí se encuentra en que los discapacitados-usuarios, o bien no cuenten con atención privada (familiar, informal) durante ese tiempo, o bien no estén integrados en un medio laboral (especial o normalizado)[22].

Servicio de Atención Residencial en Casas-Hogar para personas con enfermedad mental: Servicio dirigido a personas con escaso nivel de autonomía personal como consecuencia de una enfermedad mental, debiendo garantizar la cobertura de sus necesidades de atención no sanitaria y con una función sustitutoria del hogar familiar.

Servicio de Atención Residencial en Viviendas tuteladas para personas con discapacidad: Unidades de alojamiento ubicadas en edificios o zonas de vivienda normalizadas, destinadas a aquellas personas con discapacidad con un grado suficiente de autonomía, y que tengan dificultad para una integración social y familiar en su unidad de convivencia.

Servicio de Atención Residencial en Viviendas supervisadas para personas con enfermedad mental: Unidades de alojamiento y convivencia ubicadas en edificios o zonas de viviendas normalizadas, destinadas a personas con enfermedad mental que posean un grado suficiente de autonomía personal, por lo que no precisan personal específico durante las 24 horas. Cuentan con la distribución de espacios de una vivienda familiar y están dotadas de todo el equipamiento y servicios necesarios para las personas que las habitan"

[Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Junta de Andalucía) "Servicios de atención residencial" (en https://www.juntadeandalucia.es/organismos/igualdadpoliticassocialesyconciliacion/areas/dependencia/prestaciones/paginas/atencion-residencial.html, a 23 de abril de 2022, así como en https://www.juntadeandalucia.es/agenciadeserviciossocialesydependencia/index.php/m-dependencia/m-prestaciones/m-servicioatencionresidencial, también a 23 de abril de 2022)].

[20] Cfr. art. 24 Ley de Dependencia (LPAPAD): *"1. El servicio de Centro de Día (o de Noche) ofrece una atención integral durante el periodo diurno (o nocturno) a las personas en situación de dependencia, con el objetivo de mejorar o mantener el mejor nivel posible de autonomía personal y apoyar a las familias o cuidadores. En particular, cubre, desde un enfoque biopsicosocial, las necesidades de asesoramiento, prevención, rehabilitación, orientación para la promoción de la autonomía, habilitación o atención asistencial y personal.*

2. La tipología de centros incluirá Centros de Día para menores de 65 años, Centros de Día para mayores, Centros de Día de atención especializada por la especificidad de los cuidados que ofrecen (y Centros de Noche), que se adecuarán a las peculiaridades y edades de las personas en situación de dependencia".

[21] Tipo (iii) dentro del apdo. d) del art. 15.1 LPAPAD, distinto de los tipos (i) *"Centro de Día para mayores"*, (ii) *"Centro de Día para menores de 65 años"*, y, por supuesto, tipo (iv) *"Centro de Noche"*.

[22] Y así existen las siguientes manifestaciones:

"Servicio de Centro de Día para personas con discapacidad intelectual.

Servicio de Centro de Día para personas con discapacidad física y/o visual o parálisis cerebral.

Servicio de Centro de Día para personas con discapacidad intelectual y graves trastornos de conducta.

Servicio de Centro de Día para personas con trastornos del espectro autista.

Servicio de Centro de Día con terapia ocupacional.

Servicio de Centro de Día para personas con enfermedad mental"

[Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Junta de Andalucía) "Servicios de centros de día y de noche" (en https://www.juntadeandalucia.es/organismos/igualdadpoliticassocialesyconciliacion/areas/dependencia/prestaciones/paginas/servicios-centros-dia.html, a 23 de abril de 2022, así como en https://www.juntadeandalucia.es/agenciadeserviciossocialesydependencia/index.php/m-dependencia/m-prestaciones/m-serviciocentro, también a 23 de abril de 2022)].

Aún con todo, al fin y a la postre, no se encuentra nuestro cometido en disertar sobre dichos centros y su significación para con el Sistema de Protección Social[23], destacando junto con las referencias anteriores las contenidas en los arts. 50.1 y 51 (vv. apdos.) RDLeg. 1/2013[24], sino en reflexionar acerca de los derechos y garantías que tienen las personas con discapacidad que son y cuando son usuarias activas de los mismos. Y a ello vamos a continuación.

III. DERECHOS Y GARANTÍAS ESPECÍFICOS

1. Participación

Tal y como hemos anticipado, el art. 65 LDAPDA (Ley 4/2017) determina el derecho de las personas con discapacidad usuarias de centros residenciales y centros de día *"a participar y a ser oídos, por sí o a través de sus representantes legales, en aquellas decisiones o medidas relacionadas con la atención y convivencia en ellos"* (apdo. 1). Se encuentra dicho precepto inserto en el Título X de la norma referida, sobre *"Protección jurídica de las personas con discapacidad"*, junto con cuatro disposiciones más que aluden a *"Autonomía en la toma de decisiones"* (art. 62), *"Interés superior"* (art. 63), *"Apoyo en el proceso de toma de decisiones"* (art. 64) y *"Especial protección de las personas con discapacidad en su condición de consumidoras"* (art. 66).

No comentamos de esta manera separada dicho art. 65.1 porque solamente en él nos encontremos con un único derecho que se predica respecto de dicho colectivo y en tales circunstancias, pues de hecho también reservamos otro epígrafe a continuación de éste al art. 65.2 de la misma norma por referirse igualmente a la susodicha materia de los derechos y garantías de las personas con discapacidad usuarias de centros residenciales y centros de día en Andalucía. Es más, estos sujetos -recuérdese- son asimismo beneficiarios del resto de derechos del Sistema de Servicios Sociales en Andalucía que hemos denominado *supra* como "derechos generales". Lo que sucede, sin embargo, es que la Ley 4/2017 (LDAPDA) señala, destacándolo, este derecho -aparentemente distinto y específico- de tanto a participar como a ser oídos, así los discapacitados como sus representantes, cuando los primeros sean usuarios de centros residenciales o centros de día, respecto de decisiones o medidas relacionadas con la atención o convivencia en ellos.

A nuestro modo de ver, sin embargo, resulta en cierta medida superflua la referencia separada al mencionado derecho habida cuenta lo contenido en el art. 11 LSSA (Ley 9/2016), concretamente en su letra f), acerca de que *"Las personas usuarias de centros residenciales y centros de día, ya sean estos de titularidad pública o privada, tendrán garantizado, además de los derechos reconocidos en los artículos 9 y 10, el ejercicio de los siguientes derechos: (...) A participar en aquellas cuestiones relacionadas con el funcionamiento del centro que les afecten individual o colectivamente, así como a asociarse para favorecer tal participación"*.

---

[23] A tal efecto, y entre otras referencias, *vid* Defensoría de la Infancia y Adolescencia de Andalucía "Guía sobre la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (LAAD)" (en https://defensordelmenordeandalucia.es/guia-sobre-la-ley-de-promocion-de-la-autonomia-personal-y-atencion-a-las-personas-en-situacion-de, a 2 de mayo de 2022).

[24] Respectivamente, y sin ánimo de exhaustividad:
"Las personas con discapacidad y sus familias tienen derecho a los servicios sociales de apoyo familiar, de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades, de promoción de la autonomía personal, de información y orientación, de atención domiciliaria, de residencias, de apoyo en su entorno, servicios residenciales, de actividades culturales, deportivas, ocupación del ocio y del tiempo libre".
"Los servicios de centro de día y de noche ofrecen una atención integral durante el periodo diurno o nocturno a las personas con discapacidad, con el objetivo de mejorar o mantener el mejor nivel posible de autonomía personal y apoyar a las familias. (...) Los servicios de residencias, centros de día y de noche, y viviendas tuteladas podrán ser promovidos por las administraciones públicas, por las propias personas con discapacidad y por sus familias, así como por sus organizaciones representativas. En la promoción de residencias, centros de día y viviendas tuteladas, realizados por las propias personas con discapacidad y por sus familias, así como por sus organizaciones representativas, éstas gozarán de la protección prioritaria por parte de las administraciones públicas".

No podemos afirmar precipitadamente, sólo alcanzado este punto de la investigación, que con dicho art. 65.1 LDAPDA (Ley 4/2017) nos encontremos ante la reiteración de este art. 11.f) LSSA (Ley 9/2016), pero tampoco deja de ser cierto que existe más que un mero vínculo semántico entre ambos preceptos (bajo los títulos, respectivamente, de *"Derechos y garantías de las personas con discapacidad usuarias de centros residenciales y centros de día"* y de *"Derechos de las personas usuarias de centros residenciales y centros de día"*).

Desde la perspectiva misma de sus títulos, tanto un precepto como el otro encuentran destinada su aplicación al espacio de los centros residenciales y centros de día, y a salvo de que el art. 65 LDAPDA alude a *"derechos y garantías"* mientras que el art. 11 LSSA solamente hace referencia a *"derechos"*, creemos poder afirmar que nos encontramos ante disposiciones que versan sobre una misma temática última. Con todo, entre ambas normas, aún a nivel meramente de su título, sí que existe una diferencia sustancial cual es la divergencia del hecho de que en la segunda se haga referencia como colectivo beneficiario a todos, o cualesquiera, usuarios de centros residenciales y centros de día, mientras que en la primera se concrete dicho colectivo en el subgrupo de las personas con discapacidad (usuarias de centros residenciales o centros de día).

En vista de esta primera diferenciación, era de esperar -o al menos para nosotros así sucedió- que nos encontrásemos una serie más o menos considerable de derechos y garantías específicos para dicho subgrupo o "subcolectivo", pero creemos poder afirmar -adelantando ya nuestra conclusión- que ello no resulta finalmente así, o al menos no en términos significativos.

Es ésta nuestra impresión por cuanto, por una parte, el contenido básico del derecho se identifica con "participar y ser oídos", lo cual no parece -a nuestro entender- que signifique como tal un doble canal de participación, o al menos que ese *"derecho a participar y a ser oídos"* implique a dos acciones sustancialmente diferentes. De lo que se trata, en suma, es de que se atiendan los intereses de las personas con discapacidad en tales circunstancias que describe el art. 65.1 LDAPDA (Ley 4/2017), lo que esencialmente supone reconocerles su derecho de participación, al modo en que ya se hace -hacía por ser de fecha anterior- en el art. 11.f) LSSA (Ley 9/2016).

Referir dicho derecho, por otro lado, a las personas con discapacidad usuarias de centros residenciales y centros de día, pero alternativamente también a sus representantes legales, entendemos que exhibe una concepción equivocada de la extensión de la capacidad jurídica y de obrar de los discapacitados en general. Así lo consideramos por cuanto la actuación mediata (por medio de una tercera persona en calidad de representante legal) no va ligada automática e inexorablemente a que la persona titular directa del derecho sea una persona con discapacidad, sino a que sea -en expresión de la Ley 9/2016 (LSSA)- una persona con su *"capacidad modificada judicialmente"*[25]. Es por todo ello que la intervención de un representante legal en nombre de la persona titular del derecho de participación tendría que venir, si acaso, expresamente contemplada respecto de cualquier usuario de centros residenciales y centros de día con independencia de su (dis)capacidad, pues en el ámbito de su intervención nos encontramos ante otro concepto de capacidad.

En fin, y por último, el derecho de participación del art. 65.1 LDAPDA se extiende, al menos conforme a los términos en los que queda redactado, a un amplio rango de situaciones (*"aquellas decisiones o medidas relacionadas con la atención y convivencia"*). Nuestra interpretación al respecto es que la participación tiene que contemplarse tanto respecto de cuestiones de competencia de la dirección/organización del centro (atención a los usuarios, *ergo*, decisiones o medidas de carácter interno), cuanto respecto de situaciones de las relaciones los usuarios entre sí (convivencia). Nos hacemos eco también a propósito de ello de uno de los *"Criterios de aplicación de la protección social"* que contiene el art. 49 RDLeg. 1/2013 (apdo. 3): *"Se promoverá la participación de las propias personas con discapacidad en las tareas comunes de convivencia, de dirección y de control de los servicios sociales"*.

[25] Arts. 10.d) y.f), 11.a), 12.2, 47.bis.3.b) ó 126.a).9º LSSA, entre otros.

Con todo, hay una cuestión que se nos presenta sobrevolando en cierta medida todo este apartado, en torno al derecho de participación, y que se refiere a su razón de ser dentro del catálogo de derechos de nuestro Sistema de Servicios Sociales habida cuenta el evidente paralelismo existente -como venimos comentando- entre lo dispuesto, a título específico, en el art. 65.1 LDAPDA (Ley 4/2017), y, a título genérico, en el art. 11.f) LSSA (Ley 9/2016). Y lo que terminamos concluyendo de ello, a salvo de mejor criterio, es que en la labor legislativa de esa Ley de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía se ha concedido un notable peso específico a la determinación de la Convención de la ONU en favor de su igualdad y no discriminación, en especial como usuarios de servicios sociales. Ello, ahora bien, ha venido a desembocar en un abundamiento que consideramos no necesario y, de hecho, no favorable a incorporar una ordenación propia de eventuales derechos para los discapacitados usuarios de centros residenciales y centros de día.

En sustitución de ello, creemos contar con al menos una opción de regulación adaptada y específica en la consideración de la existencia cierta de reglamentaciones o "normas varias" donde concretarse los distintos extremos dejados sin especificar en la regulación de los derechos de participación del art. 65.1 LDAPDA (Ley 4/2017). Estamos pensando, concretamente, en el denominado "reglamento de régimen interior" (RRI), o figura similar, que es estándar de calidad en los centros residenciales aludidos *ex* art. 35.2 LPAPAD (Ley de Dependencia)[26] para que *"(se) regule su organización y funcionamiento, que incluya un sistema de gestión de calidad y que establezca la participación de los usuarios, en la forma que determine la Administración competente"*. Y lo decimos, sobre todo, por este último inciso acerca del establecimiento en tal RRI de la *"participación de los usuarios"*, y, por cierto, sin pudor por que se trate de nuevo de una referencia propia y distinta de la dependencia y no de la discapacidad *(vid supra)*. De hecho, se trata de un requerimiento más que generalizado en establecimientos e instalaciones de dicha naturaleza, como también se atestigua, por su parte, con la consulta al Decreto 87/1996, de 20 de febrero, por el que se regula la autorización, registro, acreditación e inspección de los Servicios Sociales de Andalucía[27].

Y si bien nos consta que no son precisamente contados los ejemplos que podríamos citar como experiencias reguladoras, centrándonos en los que consideraríamos del tipo "buenas prácticas" es de destacar el que, dentro del Reglamento de organización y funcionamiento de los centros y dispositivos de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Granada (Área de Bienestar Social), dispone lo siguiente (art. 10)[28]:

"1. Las personas usuarias que acceden a los centros de servicios sociales municipales, tienen garantizado el ejercicio de los derechos establecidos en el artículo 10 de la Ley 9/2016 de Servicios sociales de Andalucía, esto es:

(...)

d) Disponer de información suficiente, veraz y fácilmente comprensible, y, si lo requiere por escrito, sobre la valoración de su situación y las intervenciones propuestas, servicios sociales municipales disponibles, así como acceso a su expediente individual, de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente, especialmente con el relativo a protección de datos respecto a otras personas cuyos datos figuren en el expediente. Y, en su caso, a disponer de las ayudas y de los apoyos necesarios para la comprensión de la información que se les dirija, tanto por dificultades

[26] No en vano, dicho art. 35 lleva por rúbrica *"Calidad en la prestación de los servicios"*.

[27] BOJA de 28 de marzo de 1996, nº 39 (en https://www.juntadeandalucia.es/boja/1996/39/d2.pdf, a 2 de mayo de 2022) [modificado por Decreto 102/2000, de 15 de marzo (BOJA de 18 de marzo de 2000, nº 33) (en https://www.juntadeandalucia.es/boja/2000/33/d1.pdf, a 2 de mayo de 2022)]. *Vid*, en especial, el apdo. c) del art. 12.1, relativo a la exigencia del *"Proyecto de Reglamento o Norma de Régimen Interior del Servicio o Centro"* como documento preciso para justificar el cumplimiento de los requisitos mínimos exigibles en la solicitud de autorización administrativa de funcionamiento.

[28] En https://www.granada.org/inet/wordenanz.nsf/wwalias/343F4C937AB43BE7C12583AE002D26F5, a 2 de mayo de 2022.

con el idioma como por alguna discapacidad. En cualquier caso, la información y el consentimiento de las personas con discapacidad se efectuará de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 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 o normativa que le sustituya.

Los derechos citados en este apartado tendrán como límite, en referencia al acceso a la información, la existencia de otros intereses legítimos más dignos de protección como es el caso de los menores.

e) Participar en el proceso de toma de decisiones sobre su situación personal y familiar, así como a dar o denegar su consentimiento en relación con una determinada intervención. Este consentimiento deberá ser otorgado siempre por escrito cuando la intervención implique ingreso en un servicio de alojamiento o en un centro residencial. En el caso de personas con capacidad modificada o personas menores de edad, se estará a lo que resulte de la correspondiente resolución judicial o administrativa.

f) A que se realice una evaluación o diagnóstico de sus necesidades, a disponer de dicha evaluación por escrito, en un lenguaje claro y comprensible, a disponer de un proyecto de intervención social y a participar en su elaboración, y todo ello dentro de los plazos que legalmente se determinen.

(...)".

2. Intervención judicial

El apdo. 2 del art. 65 LDAPDA (Ley 4/2017) es el que recoge las garantías de las personas con discapacidad usuarias de centros residenciales y centros de día en Andalucía que quedan referidas en su título. Sintéticamente, se trata de la que hemos venido a denominar como "garantía de la intervención judicial", expresada en el sentido de que *"Toda decisión o medida tomada por la dirección del centro u organismo competente que suponga aislamiento, restricciones de libertades u otras de carácter extraordinario, deberá ser aprobada por la autoridad judicial, salvo que por razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, en cuyo caso se pondrá en conocimiento de aquella de modo inmediato y, en todo caso, en un máximo de 24 horas"*.

Lo que dicho art. 65.2 viene a determinar, al fin y a la postre, es un *modus operandi* o protocolo de actuación ante situaciones -que califica como- *"de carácter extraordinario"*, ejemplificándolas en decisiones o medidas de aislamiento o de restricciones de libertades. De modo tal, sucedidas situaciones como tales, lo que el precepto demanda de la dirección del centro (privado) o del organismo competente (público) es que recabe la aprobación de la decisión o medida por parte de la autoridad judicial. Nótese, *stricto sensu*, que no es tal cual así que se configura la garantía, por lo menesteroso de la técnica legislativa, pero tampoco creemos que quepa otra posibilidad de practicarla que no sea como se describe -es decir, a instancia de quien tiene la facultad de adoptar una u otra medida extraordinaria/restrictiva de libertades en un tal o cual centro residencial o centro de día-.

Ello al margen, cabe la posibilidad, y así de hecho es como se halla previsto, de que la extraordinariedad de la decisión o medida se presente al mismo tiempo en condiciones de urgencia, lo que para el art. 65.2 LDAPDA (Ley 4/2017) es un elemento habilitante para -por así decirlo- "pasar a la acción" en primer lugar, y seguidamente después poner en conocimiento de ello a la autoridad judicial susodicha *"de modo inmediato y, en todo caso, en un máximo de 24 horas"*.

Algo, por otro lado, que nuevamente nos llama con fuerza la atención es que se trate de una disposición inédita respecto de usuarias de centros residenciales y centros de día que no sean personas con discapacidad, cuando personalmente no creemos que colectivos con otras características se encuentren al margen de que hayan de tomarse decisiones o medidas de dicha naturaleza respecto de ellos, o, de hecho, que la necesidad de actuar se presente de forma ajena e independiente de la

condición de uno u otro tipo de usuario. Lo que sucede, a nuestro parecer, es algo similar a lo ya comentado respecto del derecho de participación, en el sentido de que no parece que se justifique el hecho de recogerlo en el art. 65 LDAPDA (Ley 4/2017) habida cuenta la vigencia y aplicabilidad del art. 11 LSSA (Ley 9/2016).

Ello no obstante, la situación no termina de ser idéntica entre lo que sucede en este punto/epígrafe y lo que se produce en el anterior. Son similares ambos casos, como decimos, porque para nosotros no tiene sentido -más allá de considerarlo como una reiteración o, en un extremo, un modo de hacer expresa la igualdad de derechos entre personas con discapacidad y resto de usuarios de centros residenciales y centros de día en Andalucía- que se dispongan por separado los derechos de dichos usuarios según si son o si no son discapacitados. Habría que limitar las referencias normativas, pues, únicamente a lo contenido en el art. 11 LSSA (Ley 9/2016). Pero lo cierto -consideramos- es que respecto de la presente garantía de la intervención judicial la extensión del derecho ha de hacerse en sentido inverso [es decir, desde la Ley 4/2017 (LDAPDA) hacia la normativa general].

La cuestión es que en la LSSA (Ley 9/2016) no se localiza, s.e.u.o., una disposición espejo o paralela a la del apdo. 2 del art. 65 LDAPDA (Ley 4/2017), más allá de que se contemplan los derechos tanto *"Al ejercicio de la libertad individual para el ingreso, la permanencia y la salida del establecimiento, con las limitaciones establecidas en la legislación vigente para las personas menores de edad, con capacidad modificada judicialmente e incursas en medidas judiciales de internamiento"* [apdo. a)] como *"A comunicar y recibir libremente información por cualquier medio de difusión y al secreto de sus comunicaciones, salvo resolución judicial o administrativa que lo suspenda"* [apdo. h)] y como *"A no ser sometidas a ningún tipo de inmovilización o restricción de la capacidad física o intelectual por medios mecánicos o farmacológicos sin prescripción y supervisión facultativa, salvo que exista peligro inminente para la seguridad física de la persona usuaria o terceras personas"* [apdo. m)]. Ahora bien, como es sencillo advertir, dicha regulación no es equiparable a la del art. 65.2 LDAPDA (Ley 4/2017) que hemos descrito como "garantía de intervención judicial".

IV. APRECIACIONES FINALES

El objeto de nuestro estudio, y que da título al presente Capítulo, coincide prácticamente en todo -y en lo que no es algo anecdótico- con el literal de la rúbrica del art. 65 LDAPDA (Ley 4/2017), lo que nos conduce a centrar la investigación en el análisis de los dos apartados en los que queda configurado:

"1. Las personas con discapacidad usuarias de centros residenciales y centros de día tendrán, además de los derechos reconocidos en la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía, el derecho a participar y a ser oídos, por sí o a través de sus representantes legales, en aquellas decisiones o medidas relacionadas con la atención y convivencia en ellos.

2. Toda decisión o medida tomada por la dirección del centro u organismo competente que suponga aislamiento, restricciones de libertades u otras de carácter extraordinario, deberá ser aprobada por la autoridad judicial, salvo que por razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, en cuyo caso se pondrá en conocimiento de aquella de modo inmediato y, en todo caso, en un máximo de 24 horas".

Pues bien, nuestras primeras reflexiones acerca de ello giran en torno a su identificación en el marco de los elementos que le sirven de contexto, de modo tal que lo terminamos situando exactamente entre las aportaciones dedicadas al análisis de la temática de la Protección Social de los discapacitados en Andalucía, como parte de la investigación general de los instrumentos para la protección integral de la discapacidad en una sociedad inclusiva y del bienestar (con especial referencia a nuestra Comunidad Autónoma en el marco de las estrategias nacionales y de la Unión Europea).

Una vez llevada a cabo dicha tarea, proseguimos con la realización de un análisis preliminar del mismo (el mencionado objeto de estudio), yendo de la selección de su marco normativo a la descripción de sus contenidos genéricos, concediendo un tratamiento separado al conocimiento de los servicios específicos tanto de los centros residenciales como de los centros de día.

Aun siendo preliminar, el análisis antedicho permite la apreciación de la existencia de un doble plano de normas, por cuanto en la Ley 4/2017 (LDAPDA) se dispone una pareja de derechos y garantías específicos a favor de personas con discapacidad usuarias de centros residenciales y centros de día (art. 65), mientras que en la Ley 9/2016 (LSSA) lo que se establece es un catálogo sensiblemente más amplio, igualmente a su favor, pero ya "solamente" como un colectivo más de usuarios de dichos centros (silente, por tanto, cualquier referencia ni expresa ni tácita a la condición de ser persona con discapacidad) (art. 11).

Centrados en el estudio de tales derechos y garantías -decimos- específicos del art. 65 LDAPDA (Ley 4/2017), ya en un epígrafe separado de nuestra investigación, y más avanzado, lo que detectamos es que materialmente no merecen ser calificados como tales (específicos) en la medida en que también se encuentran recogidos *mutatis mutandis* en el -sic.- genérico compendio del art. 11 LSSA (Ley 9/2016). De hecho, habida cuenta esta valoración, nuestra inclinación es la de entender susceptibles de refundición -respectivamente, supeditado el art. 65.1 al 11.f) y al contrario respecto del 65.2-. Es tal nuestra consideración por cuanto lo que a nuestro modo de ver contiene dicho art. 65.1 es un tratamiento poco atinado, e incluso defectuoso, y asimismo innecesario, del procedimiento a seguir para hacer practicable al derecho general de participación del apdo. f) del referido art. 11. Por su parte, las deficiencias del mismo art. 11 respecto de la regulación a la intervención judicial en supuestos de restricciones de libertades o privaciones de derechos admiten ser salvadas por lo dispuesto en el art. 65.2 también antedicho.

Llegados a este final de nuestras conclusiones, lo cierto y verdad es que consideramos que no es demasiado lo que aporta la Ley 4/2017 (LDAPDA) respecto de la regulación por ella derogada. Estamos aludiendo a la Ley 1/1999[29], esencialmente predecesora de aquélla, y en concreto tal art. 65 al entonces art. 34, consignado a *"Derechos de los usuarios de los centros residenciales y de día"* en el siguiente sentido:

"Los usuarios de los centros a que se refieren los artículos 32 y 33 gozarán de los siguientes derechos:

1. A participar y ser oídos, por sí o sus representantes legales, en aquellas decisiones o medidas relacionadas con la atención que han de recibir en ellos.

En los supuestos en que dichas decisiones o medidas supongan aislamiento, restricciones de libertades u otras de carácter extraordinario, deberán ser aprobadas por la autoridad judicial, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, en cuyo caso se pondrá en conocimiento de aquélla cuanto antes.

(...)".

8. A cesar en la utilización de los servicios o en la permanencia en el centro por voluntad propia o de sus representantes legales, sin perjuicio de los supuestos en los que la permanencia en el centro esté sometida a decisión judicial".

Queremos creer que lo que ha venido a hacerse en la normativa autonómica en la materia -la andaluza, por supuesto, como venimos desarrollando, pero también, por ejemplo, la aragonesa, que

[29] Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía [BOJA de 17 de abril de 1999, nº 45 (en https://www.juntadeandalucia.es/boja/1999/45/3, a 2 de mayo de 2022) y BOE de 5 de mayo de 1999, nº 107 (en https://www.boe.es/eli/es-an/l/1999/03/31/1/con, a 2 de mayo de 2022)].

es idéntica en su configuración[30]- ha sido dar quizás visibilidad, quizás predicamento, a derechos separados y/o aislados a favor de las personas con discapacidad; pero que, en un caso como el nuestro, no reviste auténtico sentido jurídico-material, sino más bien político-jurídico. Baste con traer aquí -como es menester tener en todo momento presente, de hecho- lo que de nuestro Estatuto de Autonomía[31] ya mandata:

— Art. 14 EAA: *"Prohibición de discriminación. Se prohíbe toda discriminación en el ejercicio de los derechos, el cumplimiento de los deberes y la prestación de los servicios contemplados en este Título, particularmente la ejercida por razón de sexo, orígenes étnicos o sociales, lengua, cultura, religión, ideología, características genéticas, nacimiento, patrimonio, discapacidad, edad, orientación sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. La prohibición de discriminación no impedirá acciones positivas en beneficio de sectores, grupos o personas desfavorecidas"*.

— Art. 24 EAA: *"Personas con discapacidad o dependencia. Las personas con discapacidad y las que estén en situación de dependencia tienen derecho a acceder, en los términos que establezca la ley, a las ayudas, prestaciones y servicios de calidad con garantía pública necesarios para su desarrollo personal y social"*.

— Art. 37.1.5º EAA: *"Principios rectores. 1. Los poderes de la Comunidad Autónoma orientarán sus políticas públicas a garantizar y asegurar el ejercicio de los derechos reconocidos en el Capítulo anterior y alcanzar los objetivos básicos establecidos en el artículo 10, mediante la aplicación efectiva de los siguientes principios rectores: (...) 5.º La autonomía y la integración social y profesional de las personas con discapacidad, de acuerdo con los principios de no discriminación, accesibilidad universal e igualdad de oportunidades, incluyendo la utilización de los lenguajes que les permitan la comunicación y la plena eliminación de las barreras"*.

V. BIBLIOGRAFÍA

Área de Bienestar Social (Ayuntamiento de Granada) "Reglamento de organización y funcionamiento de los centros y dispositivos de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Granada (en https://www.granada.org/inet/wordenanz.nsf/wwalias/343F4C937AB43BE7C12583AE002D26F5, a 2 de mayo de 2022).

Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Junta de Andalucía) "Servicios de atención residencial" (en https://www.juntadeandalucia.es/organismos/igualdadpoliticassocialesyconciliacion/areas/dependencia/prestaciones/paginas/atencion-residencial.html, a 23 de abril de 2022, así como en https://www.juntadeandalucia.es/agenciadeserviciossocialesydependencia/index.php/m-dependencia/m-prestaciones/m-servicioatencionresidencial, también a 23 de abril de 2022).

[30] Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón [BOA de 10 de abril de 2019, nº 70 (en http://www.boa.aragon.es/cgi-bin/EBOA/BRSCGI?CMD=VEROBJ&MLKOB=1068326223838&type=pdf, a 2 de mayo de 2022) y BOE de 25 de mayo de 2019, nº 125 (en https://www.boe.es/eli/es-ar/l/2019/03/21/5/con, a 2 de mayo de 2022)].

[31] EAA: Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOE de 20 de marzo de 2007, nº 68) (en https://www.boe.es/eli/es/lo/2007/03/19/2/con, a 12 de abril de 2022).

Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Junta de Andalucía) "Servicios de centros de día y de noche" (en https://www.juntadeandalucia.es/organismos/igualdadpoliticassocialesyconciliacion/areas/dependencia/prestaciones/paginas/servicios-centros-dia.html, a 23 de abril de 2022, así como en https://www.juntadeandalucia.es/agenciadeserviciossocialesydependencia/index.php/m-dependencia/m-prestaciones/m-serviciocentro, también a 23 de abril de 2022).

Defensoría de la Infancia y Adolescencia de Andalucía "Guía sobre la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (LAAD)" (en https://defensordelmenordeandalucia.es/guia-sobre-la-ley-de-promocion-de-la-autonomia-personal-y-atencion-a-las-personas-en-situacion-de, a 2 de mayo de 2022).

WFOT (World Federation of Occupational Therapists) *"About Occupational Therapy"*, 2012 (en https://www.wfot.org/about/about-occupational-therapy, a 24 de abril de 2022).

Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

5. La coordinación de los servicios sanitarios y servicios sociales en Andalucía

Juan Antonio Maldonado Molina
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-5673-3620

SUMARIO: I. CENTROS SOCIO-SANITARIOS *VS.* CENTROS SANITARIOS: UNA DIFERENCIACIÓN SUSTANCIAL; II. LA COORDINACIÓN SOCIO-SANITARIA ANTE EL RETO DEL COVID-19. *1. EL DESOLADOR PANORAMA ESTATAL. 2. MEDIDAS DE COORDINACIÓN EN ANDALUCÍA.* A) MEDIDAS DE COORDINACIÓN. B) MEDIDAS EN RELACIÓN A CENTROS RESIDENCIALES. *A) SUSPENSIÓN DE NUEVOS INGRESOS EN CENTROS RESIDENCIALES. B) POSIBILIDAD DE AUSENCIAS VOLUNTARIAS SIN PÉRDIDA DE PLAZA. C) MEDIDAS ECONÓMICAS DE APOYO A CENTROS RESIDENCIALES. D) SUSPENSIÓN DE VISITAS. E) SUSPENSIÓN DE ACCESO DE PERSONAL VOLUNTARIO Y ALUMNADO EN PRÁCTICAS. F) PLAN DE CONTINGENCIA DE LOS CENTROS RESIDENCIALES. G) PLAN DE HUMANIZACIÓN. H) FLEXIBILIZACIÓN DE LOS REQUISITOS PARA TRABAJAR EN CENTROS Y SERVICIOS DEL SAAD.* III. LOS SERVICIOS SANITARIOS PRESTADOS EN CENTROS DE ATENCIÓN ESPECIALIZADA A PERSONAS CON DISCAPACIDAD. IV. LOS SERVICIOS SANITARIOS PRESTADOS POR EL SISTEMA SANITARIO A LOS USUARIOS DE CENTROS RESIDENCIALES. *1. LA ATENCIÓN POR EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD (SNS) A PERSONAS CON DISCAPACIDAD INSTITUCIONALIZADAS. 2. LA PRESTACIÓN FARMACÉUTICA.* V. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. CENTROS SOCIO-SANITARIOS VS. CENTROS SANITARIOS: UNA DIFERENCIACIÓN SUSTANCIAL

Desde hace décadas, antes de la puesta en marcha del SAAD, ya se venía reclamando atender las situaciones de dependencia mediante la coordinación de servicios sanitarios y sociales[1]. El Plan Estratégico del INSALUD de 1997 adoptaba ya como estrategia la coordinación integrada de recursos sanitarios y sociales.

La puesta en marcha del SAAD en 2007 es el claro ejemplo de modelo de atención sociosanitaria. Ello es así porque la situación de dependencia se caracteriza por requerir una protección coordinada de los ámbitos sanitarios y sociales[2]. No es posible deslindar ambas cuestiones en las personas dependientes, pues normalmente son necesidades a) que concurren en el tiempo[3], por lo que atender sanitariamente sin una intervención social, no resuelve el problema, y viceversa; b) que se

[1] Anfossi, L. y Bausano, F.: "L'Integrazione dei servizi sociali e sanitari nell'attuazione del progetto-obiettivo «tutela della saluto degli anziani»", in *Anziani: bisogni, servizi e progetti*, Fz, Padova, 1994, págs. 117-142; Maravall Gómez-Allende, H., "La coordinación socio-sanitaria: una exigencia ineludible", *Revista Española de Geriatría y Gerontología*, núm. 30, 1995; Martínez Aguayo, C., "Coordinación entre servicios sociales y sanitarios. Un modelo de atención posible", *Revista Española de Geriatría y Gerontología*, núm. 30, 1995; Asociación Multidisciplinaria de Gerontología, *Las necesidades sociosanitarias de la población dependiente en España: modelos y cuidados prolongados y coordinación de recursos. El debate profesional*. Informe para el Defensor del Pueblo, Madrid, 2000; Defensor del Pueblo, *Recomendaciones del Defensor del Pueblo sobre la atención sociosanitaria y aspectos conexos*, Madrid. 2000, pág. 19. Sobre los antecedentes a la coordinación socio-sanitaria en nuestro país, ver Durán Bernardino, M.: "La coordinación sociosanitaria en la atención a las personas en situación de dependencia. Visión desde la asistencia sanitaria y los servicios", en *Revista de derecho de la seguridad social*. Laborum, núm. 4, 2015, págs. 135 y ss.

[2] Maldonado Molina, J.A., "La protección a la dependencia en Andalucía", Revista *Temas Laborales*, núm. 100, 2009, pág. 416.

[3] Zabarte, Mª.E.: "La dimensión múltiple de la atención a la dependencia: la conexión de los servicios sociales con la Seguridad Social y el Sistema Nacional de Salud", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. 65, 2006, pág. 55.

retroalimentan, ya que sus problemas de salud los excluyen socialmente, y la exclusión social agudiza sus problemas de salud.

En efecto, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en su artículo 11.1, relativo a la participación de las Comunidades Autónomas en el SAAD, les asigna -entre otras cuestiones- la función de establecer los procedimientos de coordinación sociosanitaria, creando los órganos de coordinación que procedan para garantizar una efectiva atención. Junto a ello, la Ley 39/2006 deja claro que el contenido del recurso residencial es sociosanitario, al indicar que el Servicio de Atención Residencial ofrece, desde un enfoque biopsicosocial, servicios continuados de carácter personal y sanitario. Es decir, centrado en la persona.

Por su parte, el Sistema Nacional de Salud (SNS) contempla dentro de su catálogo de prestaciones las correspondientes a "atención sociosanitaria"[4], prestación que comprende -según el artículo 14.1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud- "el conjunto de cuidados destinados a aquellos enfermos, generalmente crónicos, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su reinserción social". Por tanto, actuación simultánea y sinérgica de dos servicios en paralelo, pero no cualquier servicio sanitario, sino aquél que necesita una persona que por su características (enfermos crónicos, por ejemplo), puede recibir tales servicios a la vez que los sociales (atención a la dependencia).

Se trata de que quien demande simultáneamente atención social (atención residencial, *v.gr.*), y sanitaria (enfermedad crónica), no vea interrumpido cualquiera de esos servicios, sino que haya continuidad. Y una actuación sinérgica, dado que la acción conjunta aporta grandes beneficios al Sistema y a los destinatarios[5].

Junto a ello, la Ley 16/2003 prevé que por parte del SNS se presten servicios asistenciales, que comprende "todas las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios"[6].

El objetivo de que se recoja esta prestación dentro del SNS es que la institucionalización de una persona no ponga en peligro la continuidad del servicio, y para ello el artículo 14.3 dispone que tal continuidad "será garantizada por los servicios sanitarios y sociales a través de la adecuada coordinación entre las Administraciones públicas correspondientes", para con ello "adaptar las estructuras de atención a las necesidades de las personas y no el de obligar a las personas a adaptarse a las estructuras"[7].

Coordinación, esa es la palabra[8], para conseguir una atención integral de la persona. La coordinación consiste en posibilitar que el SNS siga prestando cobertura a las personas institucionalizadas, precisando el artículo 14.2 Ley 16/2003 que "en el ámbito sanitario" (ojo, sanitario), "la atención sociosanitaria se llevará a cabo en los niveles de atención que cada comunidad autónoma determine y en cualquier caso comprenderá: a) Los cuidados sanitarios de larga duración; b) La atención sanitaria a la convalecencia; c) La rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable".

[4] Artículo 7 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

[5] Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, *Libro Blanco de la Coordinación Sociosanitaria en España*, 2011, págs. 5 y 257. Disponible en https://www.mscbs.gob.es/novedades/docs/Libro_Blanco_CCS_15_12_11.pdf

[6] Artículo 8 bis Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

[7] Beltrán Aguirre, J.L.: "La atención a la dependencia: régimen legal. Interacciones entre lo social y lo sanitario", *Derecho y Salud,* Vol. 16, núm. extra 2, 2008, pág. 26.

[8] Herrera Molina, E.: "Coordinación entre el sistema sanitario y los servicios sociales; una senda definida como parte de la solución", *Actas de la Dependencia, Fundación Caser para la dependencia, núm.* 01, 2012, pág. 60.

El hecho de que la atención sociosanitaria se preste por parte del SNS, no debe llevarnos a pensar que los centros sociosanitarios forman parte de tal Sistema. Son centros no sanitarios que incorporan servicios que realizan actividades sanitarias. Esa es la indicación que se recoge en el punto C.3 del Anexo II del RD 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios. No forman parte del Sistema Nacional de Salud.

No hay un concepto normativo de centro sociosanitario. El RD 1277/2003, de 10 de octubre se refiere a tres figuras (ya en la propia denominación de la norma): centros, servicios y establecimientos sanitarios[9]. De ellos, lo que se presta en un centro sociosanitario es el "servicio sanitario", que es una "unidad asistencial, con organización diferenciada, dotada de los recursos técnicos y de los profesionales capacitados, por su titulación oficial o habilitación profesional, para realizar actividades sanitarias específicas. Puede estar integrado en una organización cuya actividad principal puede no ser sanitaria" (art. 2.1 RD 1277/2003). Por el contrario, los "centros sanitarios" son el "conjunto organizado de medios técnicos e instalaciones en el que profesionales capacitados, por su titulación oficial o habilitación profesional, realizan básicamente actividades sanitarias con el fin de mejorar la salud de las personas. Los centros sanitarios pueden estar integrados por uno o varios servicios sanitarios, que constituyen su oferta asistencial".

De este modo, el que dentro de un centro no sanitario -como es una residencia- exista un servicio sanitario, no le otorga naturaleza de centro sanitario, al igual que ocurre con otras entidades como pueden ser balnearios, prisiones, empresa, hoteles, centros comerciales, en los que se incluye un Servicio sanitario[10].

En el caso de las Residencias, los Servicios Sanitarios que suelen incluir su oferta asistencial son: U1 Medicina general/de familia; U2 Enfermería; U4 Podología; U59 Fisioterapia; U60 Terapia ocupacional; U84 Depósito de medicamentos; U900 Otras unidades asistenciales.

El modelo de atención sociosanitaria tiene unos destinatarios con un perfil en el que es posible combinar la atención a las situaciones de dependencia con sus problemas de salud estructurales. No está concebido para atender problemas de salud que no puedan ser atendido en los espacios residenciales donde viven (por requerir servicios sanitarios especializados), al igual que tampoco está orientado a las "personas con enfermedades que pueden ser crónicas y además pluripatológicas que, precisando un amplio nivel de servicios sanitarios especializados, no quedan incluidas en el espacio sociosanitario por carecer de necesidades sociales continuadas"[11]. Solo debe prestarse a las personas que tienen un perfil sociosanitario, que son aquéllas que cumplen tres notas: necesidad simultánea de atención en las áreas social y sanitaria; necesidad de atención significativa, cuantitativa o cualitativamente en ambos campos, tanto en la intensidad de la intervención como en la duración en el tiempo; y para quienes las intervenciones desde ambos sectores son sinérgicas en su efecto[12].

No debemos confundir conceptos. El que una persona dependiente necesite una atención integral, integrada, continua y simultánea en los ámbitos social y sanitario en su lugar de residencia, no debe llevar a considerar como "sanitario" ese lugar de residencia (sea su domicilio o una institución). Los centros residenciales son centros de naturaleza socio-sanitaria, pero su cometido natural (lo indica

[9] Se define como el "conjunto organizado de medios técnicos e instalaciones en el que profesionales capacitados, por su titulación oficial o habilitación profesional, realizan básicamente actividades sanitarias de dispensación de medicamentos o de adaptación individual de productos sanitarios". En esta categoría (que forman parte del Sistema de Salud), se incluyen Oficinas de farmacia, botiquines, ópticas, ortopedias y establecimientos de audioprótesis.

[10] Tales servicios deben inscribirse en el Registro general de centros, servicios y establecimientos sanitarios del Ministerio de Sanidad (art. 5 RD 1277/2003). Dicho Registro puede consultarse en la web http://regcess.mscbs.es/regcessWeb/inicioBuscarCentrosAction.do. La consulta debe realizarse acotando la búsqueda al Código C.3

[11] Fundación Economía y Salud, *Lo sociosanitario: de los casos reales al modelo*, 2018, pág. 42. Disponible en http://www.fundacioneconomiaysalud.org/wp-content/uploads/Lo-sociosanitario_De-los-casos-reales-al-modelo.pdf

[12] Fundación Economía y Salud, *Lo sociosanitario: de los casos reales al modelo*, cit. pág. 41.

su denominación) es el residencial: son el hogar de los usuarios, que en atención a su mayor fragilidad debe estar dotado de una atención sanitaria básica para la atención de las patologías crónicas que sufren[13].

II. LA COORDINACIÓN SOCIO-SANITARIA ANTE EL RETO DEL COVID-19

1. El desolador panorama estatal

Como es fácil de colegir, los servicios sanitarios incluidos en los centros y residencias no eran los necesarios para hacer frente al virus SARS-CoV-2. Por ello, la coordinación socio-sanitaria era más imprescindible que nunca, concretada en que los Sistemas de Salud prestaran la atención sanitaria adecuada a las personas que enfermaran en centros de mayores o dependientes, pero en el sentido de que se atendieran las necesidades de salud extraordinarias que se estaban viviendo y que sobrepasaban las previstas para un centro sociosanitario.

Sin embargo, el colapso de los sistemas sanitarios (y en otros casos el temor a que se produjera ese colapso, sin que llegara a suceder), determinó que en alguna Comunidad (Madrid)[14] se implementara un protocolo de admisión de pacientes en los que el triaje implicada no atender a los que estuvieran institucionalizados que no dieran un perfil[15], que en algunos casos se ha impedido directamente que se deriven a centros sanitarios, lo que algunas instancias[16] denunciaron que ha costado la vida a muchas personas (aunque otros lo han negado: Sociedad Española de Geriatría y Gerontología[17]). Uno de los objetivos de dicho Protocolo era, explícitamente, "Contribuir a la sostenibilidad del Sistema de Salud evitando las graves consecuencias que el colapso del mismo tendría tanto para la población afectada por el Covid-19 como para los pacientes no afectados por el virus y cuya salud debiera sufrir las menores consecuencias posibles de la actual crisis". En Cataluña no se implementó un Protocolo prohibiendo las derivaciones. Sí se aprobó un Protocolo del Servicio

[13] Maldonado Molina, J.A.: "La atención sanitaria en centros asistenciales de mayores y personas con discapacidad", en Monereo, Rivas, Moreno, Vila, Álvarez (Dirs.), Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19, Aranzadi, 2021, pág. 798.

[14] Dirección General de Coordinación Socio-Sanitaria, *Protocolo de coordinación para la atención a pacientes institucionalizados en residencias de personas mayores de la Comunidad de Madrid durante el periodo epidémico ocasionado por el COVID-19*, 25 de marzo de 2020, disponible -entre otros sitios web- en https://amyts.es/wp-content/uploads/2020/01/COVID-CAM-coordinaci%C3%B3n-residencias-sinfecha-20200412.pdf.

[15] En el punto 5 de dicho Protocolo, se recomienda "Valorar clínicamente la derivación al hospital a los pacientes que cumplan estos criterios: Pacientes en situación de final de vida subsidiarios de cuidados paliativos; Pacientes con criterios de terminalidad oncológica, de enfermedades de órgano avanzada; Pacientes con criterios de terminalidad neurodegenerativa (GDS de 7); Criterio de Fragilidad igual o mayor de 7".

[16] Así, Médicos Sin Fronteras, *Poco, tarde y mal El inaceptable desamparo de los mayores en las residencias durante la COVID-19 en España*, agosto de 2020, disponible en https://msfcovid19.org/wp-content/uploads/2020/08/aaff-msf-informe-covid19-residencias-baja-nota.pdf; (en concreto, apartado 50: Denegación de derivaciones a los servicios hospitalarios: ¿negligencia u omisión del deber de socorro?); Amnistía Internacional, *Abandonadas a su suerte: la desprotección y discriminación de las personas mayores en residencias durante la pandemia COVID19 en España,* 3 de diciembre de 2020, disponible en https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/reportajes/residencias-en-tiempos-de-covid-personas-mayores-abandonadas-a-su-suerte/

[17] Ese fue el caso del Presidente de la Sociedad Española de Geriatría y Gerontología, que el día 7 de junio de 2020 hizo público un comunicado, con el título *Residencias de mayores: ya tenemos al culpable*, en el que literalmente indica: "Que no se ha negado el ingreso hospitalario a los ancianos de la Comunidad de Madrid también lo dicen los datos: 10.300 residentes han sido trasladados desde su residencia a hospitales desde el 1 de marzo hasta el día 5 de junio (una media de 106 cada día); el día 6 de abril se alcanzó un pico de 206 traslados de residencias a hospitales; de los 2.226 pacientes ingresados en La Paz entre el 25 de febrero y el pasado 19 de abril, el 32% (709 personas) provenían de una residencia de mayores…y así en el resto de hospitales.". En su escrito subraya que "lo ocurrido en España no ha sido diferente a lo ocurrido en nuestro entorno" y que "no ha fallado el sistema de atención geriátrica instalado". Disponible en https://www.segg.es/media/descargas/Carta-geriatria-residencias-Madrid.pdf

de Emergencias Médicas en el que se recomendaba no ingresar en la UCI a determinados pacientes de más de 80 años con coronavirus, y hacía referencia al criterio de futilidad[18].

Esta falta de coordinación se detectó y trató de corregirse. Así, en la reunión entre la Secretaría de Estado de Derechos Sociales y las Comunidades Autónomas del 4 de agosto de 2020, dentro del documento "Marco común de aplicación a los centros residenciales del Plan de Respuesta Temprana en un escenario de control de la pandemia por COVID-19", se indicaba en los puntos 10 y 11:

> *"10. Las autoridades competentes deberán garantizar la coordinación de los centros sociales residenciales con los recursos sanitarios del sistema de salud de la comunidad autónoma, con el fin de asegurar en todo momento a estas personas la atención sanitaria a la que tienen derecho como ciudadanos (artículo 10 del Real Decreto-ley 21/2020).*
> *11. En el caso de contagio y siempre que sea necesario, las autoridades sanitarias garantizarán el acceso a la atención hospitalaria a las personas que residen en estos centros en igualdad de condiciones al resto de la ciudadanía, sin que puedan establecerse protocolos genéricos que supongan discriminación por motivos de edad o discapacidad. El acceso a los medios sanitarios hospitalarios debe decidirse facultativamente y en función de la situación individual de cada paciente y no por aplicación de criterios generales."*

Antes de la Declaración del estado de alarma, el Ministerio de Sanidad publicó unas Recomendaciones a residencias de mayores y centros sociosanitarios para el COVID-19 (5 de marzo de 2020), de tipo organizativo fundamentalmente, en el que indicaba que "todo centro sociosanitario que detecte que un residente pueda haber sido contacto de un caso de COVID-19 indicará a esta persona que permanezca en el centro o residencia y se lo comunicará a los servicios de salud pública que valoren dicha identificación según el "Procedimiento de actuación frente a casos de infección por el nuevo Coronavirus (SARSCoV-2)". Añadiendo: "Si una persona clasificada como contacto de un caso probable o confirmado cumple criterios de caso en investigación, se informará a las autoridades de salud pública y se realizará el seguimiento según lo establecido por las mismas. No es necesario su traslado al centro sanitario si su estado general es bueno"[19]. Es decir, si su estado general no era bueno, era inimaginable que se quedara en el centro residencial. En caso de tener contacto o incluso positivo asintomático, confinamiento individual. Las mismas pautas que actualmente se siguen con las residencias donde ya se han vacunado[20].

La Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros socio-sanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, estableció una primera batería de medidas, fundamentalmente de carácter organizativo, encaminadas a luchar contra el COVID-19 en estos centros. Pero su insuficiencia, hizo que pronto hubiera que ampliar las medidas, cuestión que se abordó con Orden SND/275/2020, de 23 de marzo, por la que se establecen medidas complementarias de carácter organizativo, así como de suministro de información en el ámbito de los centros de servicios sociales de carácter residencial en relación con la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

---

[18] Recomanacions per suport a les decisions d'adequació de l'esforç terapèutic (AET) per pacients amb sospita d'infecció per COVID-19 i insuficiència respiratòria aguda (IRA) hipoxèmica. Grup de treball de Ventilació, Cap Àmbit Emergències, Direcció Mèdica i Direcció Infermera de SEM, 25 de marzo de 2020. https://d3cra5ec8gdi8w.cloudfront.net/uploads/documentos/2020/07/07/_protocolocatalua_179628f4.pdf.

[19] Disponible en https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Centros_sociosanitarios.pdf.

[20] Adaptación de las medidas en residencias de mayores y otros centros de servicios sociales de carácter residencial en el marco de la vacunación. Ministerio de Sanidad, 15 de marzo de 2021. Disponible en https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Centros_sociosanitarios_actuacion_vacunados.pdf.

La Orden SND/322/2020, de 3 de abril[21] buscó dar prioridad en la realización de pruebas diagnósticas de los residentes y del personal que presta servicio en los mismos, así como la disponibilidad de equipos de protección individual para ambos colectivos, y se aclara en qué casos concretos un centro residencial podrá ser intervenido por la autoridad autonómica.

En estas normas ya no se habla de centros sociosanitarios, sino de centros de servicios sociales de carácter residencial. Igualmente, la normativa que se aprobó en durante los estados de alarma, para prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, cuando habla de centros residenciales, no los califica como centros sociosanitarios. Esto ocurrió con el RDL 21/2020, de 9 de junio, y la Ley 2/2021, de 29 de marzo[22].

Tras el fracaso de la coordinación sociosanitaria durante la primera ola (en buena parte de las CC.AA.), el RDL 21/2020, de 9 de junio, y la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, recogen en sus artículos 10, 23, 28 una serie de medidas a tomar bien por las Administraciones o por los centros de servicios sociales:

a) Obligaciones para las Administraciones

- Vigilancia de la prevención por los centros. El número 1 del artículo 10 obliga a las Administraciones competentes a asegurar el cumplimiento por los titulares de centros de servicios sociales de carácter residencial y centros de día de las normas de desinfección, prevención y acondicionamiento de las instalaciones, que aquellas establezcan; y en particular, velar por que su normal actividad se desarrolle en condiciones que permitan en todo momento prevenir los riesgos de contagio.

- Coordinación sociosanitaria. El número 2 del artículo 10 exige a las autoridades competentes la coordinación de los centros residenciales con los recursos sanitarios del sistema de salud de la comunidad autónoma en que se ubiquen.

- Garantía de disponibilidad de profesionales sanitarios (artículo 28)[23].

b) Obligaciones para titulares de los centros

- Planes de contingencia por COVID-19. Han de disponer de planes de contingencia por COVID-19 orientados a la identificación precoz de posibles casos entre residentes y trabajadores y sus contactos, activando en su caso los procedimientos de coordinación con la estructura del servicio de salud que corresponda.

- Medias organizativas y EPI`s. Deben adoptarán las medidas organizativas, de prevención e higiene en relación con los trabajadores, usuarios y visitantes, adecuadas para prevenir los riesgos de contagio. Asimismo, garantizarán la puesta a disposición de materiales de protección adecuados al riesgo.

[21] Por la que se modifican la Orden SND/ 275/2020, de 23 de marzo y la Orden SND/295/2020, de 26 de marzo, y se establecen nuevas medidas para atender necesidades urgentes de carácter social o sanitario en el ámbito de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

[22] En ambas normas, en el artículo 10.2 indica que las autoridades competentes deberán garantizar la coordinación de los centros residenciales de personas con discapacidad, de personas mayores y de los centros de emergencia, acogida y pisos tutelados para víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra las mujeres, con los recursos sanitarios del sistema de salud de la comunidad autónoma en que se ubiquen.

[23] En particular, garantizarán un número suficiente de profesionales involucrados en la prevención y control de la enfermedad, su diagnóstico temprano, la atención a los casos y la vigilancia epidemiológica.

c) Obligaciones para Administraciones y centros

- Obligación de información. El artículo 23 establece la obligación de facilitar a la autoridad de salud pública competente todos los datos necesarios para el seguimiento y la vigilancia epidemiológica del COVID-19 que le sean requeridos por ésta, incluidos, en su caso, los datos necesarios para la identificación personal[24].

En el Informe del Grupo de Trabajo Covid 19 y Residencias[25], se recoge en su Anexo III las medidas de coordinación sociosanitaria implementadas por las Comunidades Autónomas (información transmitida por cada una), con objeto de asegurar la atención médica de las personas que conviven en ellas, mediante una coordinación adecuada entre los servicios sociales y los sanitarios. En la mayor parte de los casos de trata de Protocolos de transmisión de información, facilitando que los centros residenciales puedan transmitir rápidamente sus necesidades y las de los mayores residentes.

2. Medidas de coordinación en Andalucía

A) Medidas de coordinación

En Andalucía, además de los Protocolos, destacan dos medidas[26]:

- Asignación de un/a enfermero/a gestor de casos referente del centro de salud a los centros residenciales para mayores que corresponda según la ubicación del centro, para evitar la existencia de casos positivos COVID-19 y contagios en los centros residenciales, así como su adecuado aislamiento preventivo; garantizar la sectorización del centro y que los nuevos ingresos residenciales y los trabajadores, de nueva alta o que regresen de vacaciones, tengan PCR con resultado negativo para COVID-19.

- Adscripción de médico de familia de atención primaria para la supervisión de casos de personas residentes en centros residenciales, para asegurar una adecuada coordinación entre los centros sanitarios de atención primaria y los centros residenciales.

En esta Comunidad, ya desde marzo de 2020 hay que subrayar que se pusieron en marcha mecanismos de coordinación para garantizar una efectiva asistencia sanitaria a las personas institucionalizadas. Así, el 22 de marzo de 2020, la Dirección General de Cuidados Sociosanitarios puso en marcha un protocolo titulado "Actuación en centros residenciales de mayores y otros sociosanitarios asimilados -COVID-19"-, en su Anexo 4, titulado "Medicalización de los centros residenciales y dotación de recursos por la situación actual generada por el covid-19"[27], ya recogió:

- Instalaciones para hacer frente a eventualidades, y ahí se ingresaron como centros intermedios a los mayores residentes que hubieran contraído el virus pero que su gravedad no exigía hospitalización

[24] Esta obligación recae sobre "el conjunto de las administraciones públicas, así como a cualquier centro, órgano o agencia dependiente de estas y a cualquier otra entidad pública o privada cuya actividad tenga implicaciones en la identificación, diagnóstico, seguimiento o manejo de los casos COVID-19". En particular, será de aplicación a todos los centros, servicios y establecimientos sanitarios y servicios sociales, tanto del sector público como del privado, así como a los profesionales sanitarios que trabajan en ellos. En ese sentido, la Orden SND/322/2020, de 3 de abril dio prioridad a la identificación e investigación epidemiológica de los casos por COVID-19 relacionados con residentes, trabajadores o visitantes de estos centros, disponiendo nuevas obligaciones de suministro de información por parte de las comunidades autónomas.

[25] https://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/inf_resid_20210321.pdf.

[26] Maldonado Molina, J.A.: "La protección social de los mayores durante la pandemia del COVID-19", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 3, 2021, págs. 142 y ss.

[27] https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Recomendaciones_Residencias_Centros_Sociosanitarios_22032020.pdf

- Ante la presencia de casos, se facilitarán todos los medios profesionales y materiales necesarios para garantizar la asistencia en los centros residenciales.
- Se creó una Red de Alerta de Enfermera Gestoras de Casos[28].
- Aquellos casos que por su complejidad o condiciones clínicas lo requieran se activa la atención médica presencial a través del desplazamiento de los Equipos de Salud del Centro Sanitario o la activación de los Servicios de Urgencia y cuando sea necesario de los Servicios Especializados Hospitalarios[29].
- Cuando se detectara necesidad de presencialidad de profesionales para continuar con los tratamientos necesarios (administración de medicación parenteral, oxigenoterapia, ventilación mecánica,...), así como la vigilancia y control de síntomas durante el tratamiento y evolución de los pacientes, se dotaría a la residencia de los recursos profesionales y materiales que se vayan requiriendo en base a esos criterios clínicos.
- Igualmente, en coordinación con los hospitales, se organizará la disponibilidad de recursos materiales de cuidados hospitalarios para su traslado al ámbito residencial (ventilación mecánica o cualquier otro material derivado de las necesidades de especialistas hospitalarios tras valoración).

En el Acuerdo de 8 de abril de 2020, del Consejo de Gobierno, se puso en conocimiento el Informe sobre la respuesta del sistema sanitario ante los efectos de la infección por COVID-19 en centros residenciales y en domicilios de Andalucía (de 6 de abril), en el que se hace patente que el sistema sanitario se reorganizó y reforzó los servicios para la prevención y abordaje de las necesidades de salud de los centros residenciales y centros sociosanitarios asimilados, que atienden situaciones de discapacidad-dependencia (BOJA de 9 de abril).

Y las sucesivas normas que fueron aprobándose para implementar medidas ante las diversas olas, también recogieron medidas de coordinación de los centros con el sistema público de salud. En concreto:

- Intervención sanitaria gradual en los centros sociosanitarios, cualquiera sea su titularidad y tipología de gestión, en función del estado de la situación en cada centro afectado[30], pudiendo realizar las siguientes funciones:

a) Asumir o controlar la asistencia sanitaria de las personas residentes con el personal sanitario propio de la residencia.

[28] Desarrollaron un papel de coordinación mediante el seguimiento presencial y/o telefónico diario de todas las residencias con la finalidad de elaborar un mapa diario con la incidencia de casos nuevos en residencias, para planificar las intervenciones y realizar las indicaciones oportunas para organizar el aislamiento en las residencias que incluyan los casos o sospecha de casos; resolver dudas; orientar la asistencia y coordinar alertas con equipos sanitarios para la atención presencial en caso necesario en situaciones de mayor complejidad o situaciones de agravamiento.

[29] Esta asistencia presencial se activaría cuando se presentasen las siguientes situaciones clínicas:
1. Pacientes en situación de cronicidad compleja, con agravamiento de su patología de base que requiera valoración médica.
2. Pacientes con agravamiento de síntomas por COVID-19
3. Pacientes en situación de cuidados paliativos con empeoramiento clínico.

[30] Orden de 20 de marzo de 2020, por la que se insta a la adopción de medidas en relación con las actuaciones sanitarias en centros sociosanitarios, cualquiera sea su titularidad y tipología de gestión, en salvaguarda de la salud pública a causa de la pandemia por coronavirus COVID-19. La vigencia de estas medidas era de un mes, pudiéndose prorrogar por otro. Una vez finalizada la primera ola, la Orden de 19 de junio de 2020, en su apartado séptimo recogió qué actuaciones podía hacer la autoridad sanitaria en caso de intervención de un centro. Al inicio de la segunda ola, volvió a contemplarse la eventual intervención en centros residenciales por el artículo 18 de la Orden de 22 de septiembre de 2020. Y lo mismo sucedió con la tercera ola: artículo 16 de la Orden de 4 de diciembre de 2020. Se mantiene la previsión tras el escenario de vacunación: artículo 11 de la Orden de 8 de abril de 2021.

b) Trasladar a las personas residentes a otro recurso residencial o centro habilitado, con independencia de su carácter público o privado.

c) Supervisar y asesorar en las actuaciones que lleve a cabo el personal sanitario y no sanitario, en su caso, de la residencia.

d) Designar a una enfermera gestora de casos para dirigir y coordinar la actividad asistencial de estos centros pudiendo disponer de los recursos materiales y humanos del centro residencial intervenido, así como de los recursos vinculados con la actividad sanitaria asistencial que se presta de forma habitual a las personas residentes en el mismo.

e) Implementar medidas de salud pública frente la aparición de nuevos casos de COVID-19 y para el control de brotes.

f) Apoyar puntualmente a la residencia con personal, de ser necesario.

- Codecisión en la valoración de si se cumplen las condiciones mínimas para las visitas y paseos (a partir de Orden de 13 de agosto de 2020). Se establece un protocolo en el que la decisión de suspender o restringir las visitas es compartida entre la dirección del centro y la enfermera gestora de casos[31].

- Toma de muestras PCR o test rápidos de antígenos (Orden de 22 de septiembre de 2020, Orden de 4 de diciembre de 2020 y Orden de 8 de abril de 2021). Si en el centro se cuenta con profesionales sanitarios de medicina o enfermería, ellos realizarán la toma de muestras para la práctica de las pruebas previa capacitación por parte de profesionales sanitarios del Sistema Sanitario Público, que, a su vez, definirá el circuito de envío de las mismas. Si -por el contrario- no fuese así, la prueba será realizada por profesionales del Sistema Sanitario Público.

- Seguimiento proactivo de las personas residentes en centros desde los servicios sanitarios públicos (art. 1.2 Orden de 4 de diciembre de 2020 y art. 2 Orden de 8 de abril de 2021)[32].

- Papel de los servicios de salud públicos en el Plan de Contingencia y Actuación para la prevención del COVID-19 de los centros sociosanitarios[33].

---

[31] Decisión tomada en base a la información y el soporte adecuados, para lo que se apoyarán en un equipo formado por diferentes profesionales, como los profesionales de epidemiología o de la inspección de Servicios Sanitarios referente del centro. Dicha decisión será comunicada a la dirección del Distrito/Área Sanitaria. La decisión adoptada será remitida por la enfermera gestora de casos referente del centro a la enfermera gestora de casos provincial y ésta a su vez a la Dirección General de Cuidados Sociosanitarios para su validación y devolución de la información para su comunicación a la dirección del centro residencial. Este proceso no debe ser superior a 24 horas. La enfermera gestora de casos referente del centro y la dirección del centro serán los encargados de implementar y vigilar la ejecución de medidas adoptadas y de informar de la situación de la evolución del centro a los referentes de epidemiología del área (Orden de 13 de agosto de 2020).

[32] El artículo 2.2 Orden de 4 de diciembre de 2020 especifica, a propósito del Plan de Contingencia, que debido a la especial vulnerabilidad ante la pandemia de las personas mayores que viven en residencias y para facilitar el seguimiento proactivo, el registro de las medidas relacionadas con la realización de pruebas diagnósticas de infección activa de COVID-19 y el seguimiento de los posibles contagios se realizará en la plataforma habilitada por el Servicio Andaluz de Salud. El centro residencial designará un referente para tal fin y se validarán estos datos siempre que sea necesario según la Enfermera gestora de casos de referencia del centro residencial de mayores.

[33] A partir de la Orden de 4 de diciembre de 2020 (se mantiene en la Orden de 8 de abril de 2021), la persona responsable del centro se coordinará con los centros sanitarios y con la enfermera gestora de casos referentes de la zona donde se localiza el centro para organizar los aspectos relativos a la prevención y detección de sospechas y casos por COVID-19, la organización de la realización de las pruebas y el seguimiento de los posibles contagios.
La persona responsable o coordinadora del centro procederá a comunicar a la enfermera gestora de casos del centro de salud de la zona de referencia del centro la sospecha de caso, ya que la infección por el COVID-19 es una enfermedad de declaración obligatoria urgente.

B) Medidas en relación a centros residenciales

La Orden de 13 de marzo de 2020, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública en la Comunidad de Andalucía como consecuencia de la situación y evolución del coronavirus (COVID-19), en coordinación con la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación, estableció una serie de medidas preventivas también en el ámbito sociosanitario, que afectaron a los Centros residenciales, centros de día, ayuda a domicilio y teleasistencia. Eran medidas que inicialmente iban a ser de aplicación desde el 16 de marzo de 2020 hasta el día 30 de marzo de 2020 -si bien ya contemplaba posibles prórrogas, como así sucedió durante la primera ola[34]-.

Una vez superada la primera ola, la Orden de 19 de agosto de 2020 fue la que fijó las condiciones en los centros socio-sanitarios, Orden que fue objeto de numerosas reformas, a medida que la situación sanitaria evolucionaba[35].

Pero con los rebrotes y el inicio de la segunda ola, se dictó otra Orden en la materia, que en parte recogió la experiencia acumulada en meses anteriores: Orden de 22 de septiembre de 2020, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública en centros sociosanitarios de la Comunidad Autónoma de Andalucía para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el coronavirus (COVID-19), que a diferencia de la que le precedió no fue objeto de reforma alguna.

Y la tercera ola también exigió una actualización de la normativa sobre centros sociosanitarios, que se llevó a cabo con la Orden de 4 de diciembre de 2020 por la que se actualizan las medidas preventivas de salud pública en los centros sociosanitarios, otros centros de servicios sociales y de servicio de la Comunidad Autónoma de Andalucía para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el coronavirus (COVID-19).

A estas normas hay que sumar una cuarta, aprobada en un contexto de inmunización generalizada de las personas usuarias de centros sociosanitarios: Orden de 8 de abril de 2021, con la que se busca un mayor equilibrio entre las medidas preventivas, con una mayor "humanización" y mejora de la calidad de vida de las mismas.

Una vez confirmado el caso de COVID-19, la enfermera gestora de casos procederá a su declaración a los profesionales de Salud Pública de las Unidades de Epidemiología de forma urgente a través de correo electrónico, llamada telefónica o por cualquier medio de comunicación que se disponga.

Tras la detección de uno o más casos confirmados de COVID-19, desde la dirección del centro de atención primaria de referencia y los servicios de Salud Pública, se coordinará la estrategia de intervención y se establecerán las actividades a desarrollar adaptadas a cada situación (medidas de sectorización, estudio de contactos, etc…) en coherencia con los recursos disponibles y con los profesionales de referencia implicados, enfermera gestora de casos, epidemiólogo de atención primaria, y cuando proceda con la inspección de servicios sanitarios, técnicos de protección de la salud, equipos de atención primaria y equipos de atención hospitalaria. En la estrategia de intervención participará el profesional del centro residencial responsable de las medidas de prevención y del plan de contingencia.

Desde epidemiología de Atención Primaria se vigilará la puesta en marcha y la implantación de la estrategia de intervención y se propondrán las correcciones oportunas en función de la evolución. Asimismo, se determinará la finalización o cierre del estudio de contactos y de la alerta en su conjunto y la realización del informe final que integre toda la información sobre la misma.

El seguimiento por la administración sanitaria de los centros residenciales, a través de la enfermera gestora de casos de referencia del centro, comprobará y registrará, en la plataforma diseñada para tal fin, que las restricciones de salidas y visitas se han producido según los criterios establecidos. La Dirección General de Cuidados Sociosanitarios tendrá conocimiento actualizado de las restricciones realizadas en los centros sociosanitarios a través de la plataforma.

[34] Fueron prorrogadas sucesivamente por Orden de 30 de marzo de 2020, Orden de 11 de abril de 2020 y por la Orden de 25 de abril de 2020 hasta las 00:00 horas del 10 de mayo de 2020, dictándose nuevas medidas por la Orden de 14 de mayo de 2020, por la que se adoptan nuevas medidas preventivas (hasta el 10 de mayo de 2020), pero que realmente mantuvo varias de las anteriores, que igualmente se prorrogaron primero hasta el 7 de junio de 2020 (Orden de 23 de mayo de 2020) y finalmente hasta el 21 de junio (Orden de 6 de junio de 2020).

[35] Orden de 25 de junio de 2020, Orden de 13 de agosto de 2020, Orden de 16 de agosto de 2020 y Orden de 1 de septiembre de 2020.

La Orden de 13 de marzo de 2020, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública en la Comunidad de Andalucía como consecuencia de la situación y evolución del coronavirus (COVID-19), para los Centros Residenciales de personas mayores, personas con discapacidad, menores, y personas con dependencia, estableció una serie de medidas que tienen en común prevenir contagios cesando toda actividad que implicara contactos con el exterior, pero manteniendo su funcionamiento.

Así, a diferencia de los Centros de Participación Activa (que dejaron de funcionar el 13 de marzo) y los Centros de Día (que lo hicieron el lunes 16 de marzo), los Centros Residenciales pasaron a considerarse como "servicios esenciales"[36]. Siguieron funcionando, pero su actividad no se mantuvo como de ordinario, sino que para prevenir los contagios se adoptaron una serie de medidas que vamos a sistematizar en ocho bloques:

a) Suspensión de nuevos ingresos en centros residenciales

Desde el 13 de marzo de 2020 se suspendió el ingreso de nuevos usuarios, salvo causa de urgencia social decretada por la Consejería con competencia en servicios sociales. Esta medida se extendió hasta el 14 de mayo de 2020, fecha a partir de la cual se permitieron nuevos ingresos pero solo en centros que no contaran con casos positivos siete días previos al momento de producirse los ingresos y una vez realizada prueba diagnóstica tipo PCR para COVID-19 con resultado negativo[37], y sometidas a un seguimiento activo durante 14 días desde la entrada en el centro.

Como se ha indicado, de esta suspensión quedaron fuera las situaciones de emergencia social, entendiendo por éstas aquellas en las que el beneficiario de un recurso del Servicio de Atención a la Dependencia en Andalucía concurriera alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 15 Decreto-ley 3/2020, de 16 de marzo, de medidas de apoyo financiero y tributario al sector económico, de agilización de actuaciones administrativas y de medidas de emergencia social, para luchar contra los efectos de la evolución del coronavirus (COVID-19), que a nuestros efectos eran dos perfiles: situaciones en las que la suspensión del recurso de atención a la dependencia le provoque a la persona beneficiaria caer en una situación de desamparo (entendiendo por desamparo aquella situación que impida a la persona beneficiaria la salvaguardia de su integridad física en los términos que eran atendidos por el recurso de dependencia suspendido); y situaciones en las que hubiera una modificación constatables del entorno en el que viviera la persona beneficiaria de prestación por dependencia, por causas directamente provocadas en Andalucía por la epidemia del COVID-19, siempre que tales modificaciones del entorno provoquen una situación de desamparo en los términos indicados[38].

La Orden de 22 de septiembre de 2020 volvió a regular los nuevos ingresos, señalando que sería necesario que el centro no hubiera tenido casos positivos catorce días previos al momento de producirse el mismo. Se realizará PCR o test rápido de antígenos, a todo nuevo ingreso o residente que regrese tras un periodo prolongado fuera del centro en las 48 horas previas a su ingreso, entendiéndose a estos efectos periodo prolongado a más de 4 días (art. 16.3)[39]. Todo nuevo ingreso o regreso deberá

[36] Orden de 15 de marzo de 2020, por la que se determinan los servicios esenciales de la Administración de la Junta de Andalucía con motivo de las medidas excepcionales adoptadas para contener el COVID-19.

[37] Con 72 horas de antelación como máximo, prueba realizada a través del Sistema Sanitario Público de Andalucía. La Orden de 23 de mayo de 2020, por la que se modifica y prorroga la Orden de 14 de mayo de 2020, admitió también las pruebas realizadas en otro laboratorio autorizado del Sistema Sanitario por cuenta de la persona que va a ingresar.

[38] Este tipo de contratación por emergencia social se reguló en la Orden de 17 de abril de 2020, relativa a la contratación de recurso residencial para personas mayores, personas con discapacidad y otros colectivos en situación de emergencia social, debido a la alerta sanitaria provocada por el COVID-19.

[39] Respecto de quién es la persona encargada de hacer los Test, el art. 16.6 Orden de 22 de septiembre de 2020 distinguió dos situaciones: si el centros cuenta con profesionales sanitarios de medicina o enfermería, realizarán la toma de muestras para la práctica de las pruebas PCR o test rápidos de antígenos, tanto de residentes y usuarios como de trabajadores del centro, previa capacitación por parte de profesionales sanitarios del Sistema Sanitario Público,

realizar cuarentena durante 14 días, durante los cuales se realizará vigilancia activa de síntomas por parte del personal del centro (art. 16.8).

Y en la tercera ola, la Orden de 4 de diciembre de 2020 estableció que antes del ingreso de nuevos residentes y de la incorporación de nuevos trabajadores a los centros residenciales, en las 72 horas previas al mismo se realizará una prueba diagnóstica de infección activa de COVID-19.

Tras la vacunación masiva de residentes, la Orden de 8 de abril de 2021, sigue habiendo medidas preventivas en caso de nuevos ingresos (o incorporación de personas trabajadoras nuevas), pero solo si no están vacunados, en cuyo caso las 72 horas previas al mismo se realizará una prueba diagnóstica de infección activa de COVID-19 y se programará la vacunación lo antes posible, a través de la enfermera gestora de casos referente del centro. En todo caso (estén o no vacunados), deberán permanecer en vigilancia activa de síntomas durante diez días, procediéndose a un aislamiento preventivo y prueba diagnóstica inmediata ante cualquier síntoma sospechoso de COVID-19[40].

b) Posibilidad de ausencias voluntarias sin pérdida de plaza

El Decreto 388/2010, de 19 de octubre, por el que se regula el régimen de acceso y traslado de personas en situación de dependencia a plazas de centros residenciales y centros de día y de noche, en su artículo 8 condiciona la reserva de plaza a dos situaciones: bien ausencia por atención sanitaria en régimen de hospitalización; o bien ausencia voluntaria, siempre que no exceda de treinta días naturales al año (manteniéndose en ambos casos el pago que corresponda al usuario).

Pues bien, dada la situación de alarma, y considerando que se restringían las salidas de residentes de los centros, y prohibían las visitas de familiares, se consideró razonable no penalizar las ausencias motivadas por el COVID-19, de modo que los usuarios que se encontraran en condiciones de ser atendidos por sus familiares, podrían ausentarse temporalmente si así lo deseaban ellos o sus familiares[41], sin pérdida de la plaza[42]. En algunos casos se hubieran salvado vidas (la mortalidad en los entornos familiares fue mucho menor), aunque hay casos que ocurrió al contrario. Por ello, el Acuerdo de 22 de abril de 2020, del Consejo de Gobierno, por el que se toman en consideración las medidas económicas de carácter extraordinario de apoyo a los centros residenciales adoptadas por la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación, aprobó que las personas usuarias de los centros residenciales para personas mayores y personas con discapacidad concertados con la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía tendrán derecho a la reserva de su plaza si la ausencia voluntaria no excede en ningún caso de sesenta días naturales o como máximo hasta el 15 de junio[43].

Esta regla no se mantuvo a partir de la segunda ola. Así, la Orden de 22 de septiembre de 2020 retomó la regla previa a la pandemia, señalando que en los centros residenciales con plazas

que, a su vez, definirá el circuito de envío de las mismas. Si -por el contrario- no fuese así, la prueba será realizada por profesionales del Sistema Sanitario Público. Esta regla se mantiene en la Orden de 8 de abril de 2021 (art. 10.9)

[40] Los nuevos ingresos en centros residenciales se producirán en aquellos centros que no cuenten con casos positivos tras 14 días desde la fecha de levantamiento del aislamiento del último caso en residentes (art. 10.3 Orden de 8 de abril de 2021).

[41] El Acuerdo fija unos requisitos, entre los que se encuentra que la persona designada como cuidadora garantice que proporcionará suficiente atención y cuidados en el domicilio familiar y que el mismo es apto para la correcta atención de la persona dependiente.

[42] Para poder autorizar la salida de la persona del centro se exigía, además de no tener síntomas COVID, la realización de prueba diagnóstica tipo PCR con resultado negativo o prueba de detección de anticuerpos lgG para COVID-19 con resultado positivo. Y ya en el domicilio familiar, debía quedar en aislamiento durante un periodo de 14 días.

[43] En este sentido, la Orden de 14 de mayo de 2020, por la que se adoptan nuevas medidas preventivas, indicó que el retorno al centro residencial de las personas usuarias que voluntariamente optaron por regresar al domicilio habitual deberá producirse en las mismas condiciones exigidas a las personas de nuevo ingreso en centros residenciales, y como máximo el 15 de junio de 2020.

concertadas, la salida voluntaria no podrá exceder de 30 días en un año, y su financiación se ajustará a lo establecido en el Decreto 388/2010, de 19 de octubre art. 14).

c) Medidas económicas de apoyo a centros residenciales

Hemos señalado que -durante la primera ola- las salidas voluntarias de los usuarios dejaron de penalizarse aunque superasen los 30 días naturales, pero que tales ausencias no eximían de abonar por parte de los usuarios la aportación que les correspondiera. Ahora bien, en el caso de las plazas concertadas, la Administración andaluza solo abona -en caso de plazas reservadas- la parte que le corresponde cuando los titulares se encuentren ausentes por internamiento en centro hospitalario, por enfermedad o por ausencia voluntaria en fin de semana o en período inferior a cuatro días[44].Por tanto, la aportación prevista en el concierto se perdería si la ausencia fuese de cuatro o más días.

Por ello, y dadas las consecuencias que dichas salidas temporales podían tener en la facturación de los centros residenciales con plazas concertadas, se acordó dotar a los centros residenciales de alguna medida económica garantizar el sostenimiento financiero de las entidades gestoras de la atención residencial y, de este modo, promover la continuidad de prestación de este servicio a las personas usuarias[45]. Así, se establece que se considera asimilada a hospitalización, pero abonando la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía la diferencia resultante entre el coste de cada plaza y la cantidad abonada por la persona usuaria. Si la persona tiene reconocida una prestación vinculada al servicio se le seguirá abonando siempre y cuando satisfaga efectivamente el pago al centro.

d) Suspensión de visitas

Con la Orden de 13 de marzo de 2020 se suspendieron las visitas a residentes salvo causas justificadas (medida que incluso antes de esa fecha algunos centros residenciales ya habían adoptado motu proprio). En el caso excepcional de que la visita resultara necesaria o imprescindible, la debía autorizar la Dirección del centro, bajo su responsabilidad y de forma fehaciente, y siempre y cuando la persona visitante estuviera asintomática. En este supuesto excepcional de que se autorice la visita, la misma se restringía a un único familiar[46].

Esta suspensión se mantuvo con la Orden de 14 de mayo de 2020, por la que se adoptan nuevas medidas preventivas de salud pública en la Comunidad Autónoma de Andalucía como consecuencia de la situación y evolución de la pandemia por coronavirus (COVID-19), inicialmente hasta el 24 de mayo de 2020, pero por Orden de 23 de mayo de 2020 se prorrogó hasta el 7 de junio, y por Orden de 6 de junio hasta el 21 de junio.

La Orden SND/440/2020, de 23 de mayo, en su artículo 20 dispuso que las CC.AA. y las ciudades autónomas podrían permitir en su ámbito territorial la realización de visitas a los residentes de viviendas tuteladas, centros residenciales de personas con discapacidad y centros residenciales de personas mayores, así como la realización de paseos por los residentes, correspondiendo a las CC.AA. y a las ciudades autónomas establecer los requisitos y condiciones en las que se deben realizar dichas visitas y paseos.

[44] Artículo 7, párrafo 6, de la Orden de 30 de agosto de 1996, por la que se regula la concertación de plazas con centros de atención especializada para los sectores de personas mayores y personas discapacitadas.

[45] Acuerdo de 22 de abril de 2020, del Consejo de Gobierno, por el que se toman en consideración las medidas económicas de carácter extraordinario de apoyo a los centros residenciales adoptadas por la Consejería de Igualdad, Política Sociales y Conciliación.

[46] En cuyo caso el registro de visitas deberá reflejar el detalle de la trazabilidad de la misma en el que se deje constancia del nombre, DNI o documento equivalente, teléfono, hora de entrada y salida del familiar y persona usuaria al que se visita.

En Andalucía, a partir del 21 de junio de 2020 se reanudaron las visitas y los paseos en los centros residenciales de personas mayores[47], condicionado a que el centro cumpliera con una serie de medidas de prevención básicas[48], y fijando unas condiciones mínimas para la realización de visitas (que en la Orden de 28 de mayo de 2020 no eran posibles si hubiera casos positivos activos por COVID-19, pero que con la Orden de 19 de junio de 2020 podían admitirse excepcionalmente), así como las condiciones para la realización de paseos de las personas usuarias, que tenían que valorarse de forma individualizada (en razón de su perfil y valoración integral) además de la higiene de manos y cambio de mascarillas- consistían en que podría salir a dar paseos el residente solo o acompañado de su cuidador habitual, ya sea familiar o no (en función de su grado de autonomía), pero llevándose un registro de los familiares que acompañan durante el paseo, a fin de garantizar la trazabilidad en caso de que pueda producirse un caso positivo. También se indicaba, aunque como mera recomendación, que al regresar de la salida se cambiara de ropa (Orden de 19 de junio de 2020).

También se regularon las condiciones en relación con los proveedores externos de servicios a los residentes, y con los proveedores externos de materiales para los centros residenciales, cuestiones que debían recogerse en el Plan de Contingencia que más adelante referiremos.

En agosto de 2020 volvieron a redefinirse las condiciones exigibles para las visitas y los paseos (Orden de 13 de agosto de 2020). Respecto de las visitas, se introdujeron variables como la incidencia acumulada, e implicando a la enfermera gestora de casos en la decisión de suspender o restringir visitas, como hemos señalado en el apartado relativo a la coordinación sociosanitaria.

Y ante el aumento de casos, en septiembre se fijaron otras condiciones para visitas y paseos, por Orden de 22 de septiembre de 2020 (arts. 10 y 11). En esta ocasión, además de recoger la mayor parte de las reglas previstas en las normas anteriores, se contemplaron otras novedosas, como que en el caso de suspensión de visitas, se podrán facilitar los paseos en casos excepcionales, con fines terapéuticos para preservar la salud mental de las personas, siempre y cuando vaya acompañada de un trabajador del centro, con una duración máxima de una hora.

La norma que fijó las condiciones ante la tercera ola volvió a regular las condiciones de las visitas. Así, los artículos 9 y 10 de la Orden de 4 de diciembre de 2020 recogen actuaciones generales de las visitas y las Condiciones mínimas para la realización de salidas y visitas a las personas residentes, en términos muy similares a la Orden de septiembre, condicionando las visitas a los niveles de alerta de la localidad[49].

Con la llegada de la fase vacunación, se acordó suspender todas las salidas y visitas hasta la completa vacunación del grupo 1 de la primera etapa del Programa de Vacunación COVID-19 en Andalucía, con objeto de preservar los centros residenciales libres de brotes activos por COVID-19 (Orden de 11 de enero de 2021).

Una vez vacunada la población residencial, la Orden de 8 de abril de 2021 flexibilizó las visitas, aunque manteniendo restricciones y limitaciones. Ya no son algo excepcional, sino que "se garantizarán las visitas sin limitación de las mismas", aunque a continuación sí que establece importantes limitaciones, tanto por número de visitas (por persona usuaria se permitirá sólo una visita

[47] Previsto inicialmente en la Orden de 28 de mayo de 2020, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública en los centros residenciales de servicios sociales como consecuencia de la situación y evolución de la pandemia por coronavirus (COVID-19) y posteriormente en el apartado 7 de la Orden de 19 de junio de 2020, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública en la Comunidad Autónoma de Andalucía para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el coronavirus (COVID-19), una vez superado el estado de alarma.

[48] Además de contar con un Plan de Contingencia ante nuevos brotes epidémicos de COVID-19, el centro diseñará un protocolo de visitas de tal forma que éstas sean planificadas y previamente concertadas, teniendo en cuenta el tamaño del centro. Las visitas deberán realizarse por una única persona en cada ocasión por cada residente.

[49] Se suspendían las visitas, tanto si el centro residencial está ubicado en un municipio con nivel de alerta 4, grado 2, definido por las autoridades sanitarias, como si es el familiar el que procede de un municipio con este nivel y grado de alerta.

al día), número y cualidad de los visitantes (no podrán acudir más de dos personas que habrán de pertenecer a la misma unidad familiar), y duración de la visita (una hora como regla general), y deben ser establecidas tras solicitud de cita previa[50].

Para los centros que hayan sido vacunados los usuarios, seguirán las normas según la presencia de brotes activos y la situación epidemiológica del municipio donde se ubica el centro.

También se restablecen las salidas (tanto de vacaciones y fines de semana o estancias cortas como las salidas al exterior del centro residencial para paseos y otras actividades de ocio), incluyendo las salidas grupales, preferentemente al aire libre.

e) Suspensión de acceso de personal voluntario y alumnado en prácticas

La Orden de 13 de marzo de 2020, siguiendo la lógica de preservar a los mayores de contactos innecesarios, procedió a suspender el acceso del personal voluntario y del alumnado en prácticas, suspensión que se mantuvo con la Orden de 14 de mayo de 2020, inicialmente hasta el 24 de mayo de 2020, pero por Orden de 23 de mayo de 2020 se prorrogó hasta el 7 de junio, y por Orden de 6 de junio hasta el 21 de junio.

f) Plan de Contingencia de los Centros residenciales

La Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional para la transición hacia una nueva normalidad, contemplaba en su disposición final quinta que las medidas en ella aprobadas podrían completarse por planes específicos de seguridad, protocolos organizativos y guías adaptados a cada sector de actividad, que aprueben las Administraciones Públicas o sus organismos dependientes o vinculados[51]. Por tanto, una remisión genérica a la elaboración de planes de prevención.

En este sentido, en la Comunidad andaluza, la Orden de 28 de mayo de 2020, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública en los centros residenciales de servicios sociales como consecuencia de la situación y evolución de la pandemia por coronavirus (COVID-19), contemplaba como una de las condiciones para la reanudación de visitas y paseos, la existencia de un plan de contingencia para garantizar una respuesta eficaz y segura ante nuevos brotes epidémicos de COVID-19.

Ya de una forma más específica a nivel nacional, el artículo 10.3 del RDL 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, exigía que los titulares de los centros dispusieran de planes de contingencia por COVID-19 orientados a la identificación precoz de posibles casos entre residentes y trabajadores y sus contactos, activando en su caso los procedimientos de coordinación con la estructura del servicio de salud que corresponda.

Con esta norma, la existencia del Plan en cada centro no solo es una condición para reanudar en su momento las visitas y paseos, sino una regla a cumplir en todo caso. Y no solo para centros residenciales, sino también para centros de día y centros de participación activa. Concretando esta regla, la Orden de 19 de junio de 2020 (en el contexto de la nueva normalidad posterior a la primera ola), estableció que tales centros deberán contar con un Plan de Contingencia y Actuación para la Prevención de la Epidemia por COVID-19, adaptado a la tipología de cada centro[52], con objeto de

[50] El artículo 13 Orden de 8 de abril de 2021 precisa cómo deben planificarse las visitas por parte del centro, qué condiciones deben reunir tanto los visitantes como usuarios (con carácter general no se permitirá el contacto físico con usuarios no vacunados, salvo casos de deterioro cognitivo o últimos días) y el acompañamiento en situaciones de fase terminal.

[51] Esta Orden ministerial era para la Fase 1, y se reiteró para la Fase 2 en la disposición final cuarta de la Orden SND/414/2020, de 16 de mayo.

[52] Precisión introducida por la Orden de 25 de junio de 2020.

garantizar una respuesta eficaz y segura ante nuevos brotes epidémicos de COVID-19. Y reguló de modo detallado los extremos que debía recoger.

Sin embargo, ante el incremento de contagios, el artículo 2 de la Orden de 22 de septiembre de 2020, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública en centros sociosanitarios de la Comunidad Autónoma de Andalucía para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el coronavirus (COVID-19), dio una nueva regulación al Plan de Contingencia y Actuación para la Prevención de la Epidemia por COVID-19 en un centro, y qué documentación general (art. 3), medidas preventivas de los trabajadores (art. 4) y usuarios (art. 5), proveedores (art. 6), la lista de verificación y registro (art. 7) y medidas de detección precoz y notificación (art. 8).

La llegada de la tercera ola hizo que nuevamente se reconfiguran los Planes de Contingencia de centros sociosanitarios. La Orden de 4 de diciembre de 2020 le dio una nueva regulación, en la que destaca el fortalecimiento de la coordinación sociosanitaria, con un mayor protagonismo de la enfermera gestora de casos y en general del sistema público sanitario.

Y tras el cambio de escenario provocado por la llegada de las vacunas, la Orden de 8 de abril de 2021 sigue recogiendo el Plan de Contingencia y Actuación para la Prevención de la Epidemia por COVID-19

g) Plan de Humanización

La experiencia acumulada durante la primera ola hizo que cuando llegó la segunda ola, dentro de las medidas a implementar por los centros residenciales se incluyera la obligación de recoger un "plan de humanización". El objetivo es paliar los efectos negativos que el aislamiento puede generar en la capacidad física, cognitiva y emocional de las personas institucionalizadas.

El artículo 17 de la Orden de 22 de septiembre de 2020 recogió por vez primera el contenido mínimo de dicho Plan[53]. El artículo 15 de la Orden de 4 de diciembre de 2020 lo reiteró, añadiendo un elemento: acciones de humanización relacionados con la situación de últimos días.

En enero de 2021, comenzó la vacunación de las personas residentes. Y con objeto de preservar los centros residenciales libres de brotes activos por COVID-19, se acordó suspender las visitas y las salidas. Eso hizo aún más necesario compensar la pérdida de contactos, para lo que -en la Orden de 11 de enero de 2021- se propuso que en el marco del Plan de Humanización del centro residencial se potenciarían las actividades grupales dentro del mismo en grupos estables de convivencia y se intensificara la comunicación diaria con la familia mediante medios telemáticos, como teléfono, videoconferencias y otros disponibles.

En abril de 2021, aprovechando la nueva Orden que regulaba el escenario tras las vacunaciones, se introdujo una nueva variable, que es la de la Vida Saludable. Y pasa a llamarse "Plan de Humanización y Vida Saludable". La Orden de 8 de abril de 2021, en su Exposición de Motivos, fundamenta la ampliación de objetivos en el Acuerdo de 12 de noviembre de 2019, del Consejo de Gobierno, en el que se aprobó la formulación de la Estrategia de Promoción de una Vida Saludable en Andalucía, siendo de especial interés que las personas que viven en residencias incorporen estas actuaciones a su cotidianeidad. Para cumplir dicho Plan, se opta por acoger el modelo de Atención integral y centrada en la persona, teniendo como objetivo la mejora del bienestar emocional y la calidad de vida de las personas usuarias de los centros residenciales[54].

[53] Lista de actividades para potenciar las relaciones sociales entre los residentes, un plan de ejercicio físico y mental para preservar sus capacidades y evitar el deterioro, medidas de apoyo psicológico, mantenimiento diario de las relaciones de los residentes con sus familiares haciendo uso de las nuevas tecnologías, potenciando las videollamadas para permitir la comunicación oral y visual entre usuario y familia.

[54] Incluirá las siguientes actividades (art. 12.2 Orden de 8 de abril de 2021): a) Adquisición y mantenimiento de hábitos de vida saludables: incorporación de una dieta saludable, realización regular de actividad física y mental para preservar las capacidades de las personas residentes y evitar su deterioro, y fomento del sueño reparador; b)

Para mejorar la formación del personal de los centros residenciales, compromete al Sistema Sanitario Público andaluz, encomendándole la organización de talleres formativos de dicho personal[55].

Ampliando ese marco regulador, el 15 de abril de 2021 se aprobó el Acuerdo del Consejo de Gobierno, por el que se toma conocimiento del Programa de humanización para pacientes hospitalizados y personas usuarias de centros residenciales de mayores en aislamiento debido al COVID-19. Este Plan, como su nombre anuncia, extiende el Programa de Humanización también a los pacientes hospitalizados por COVID-19 y a los mayores aislados en centros residenciales.

h) Flexibilización de los requisitos para trabajar en centros y servicios del SAAD

El Consejo Territorial de Servicios Sociales y del SAAD modificó los criterios de calidad exigidos a los centros y servicios del SAAD, dejando de requerir una titulación[56] en la contratación de personal gerocultor, mientras durase la pandemia. Así, el 20 de marzo de 2020, por razones de urgencia y de forma temporal, flexibilizó tales requisitos, inicialmente por un plazo de tres meses prorrogables. Y en Acuerdo de 2 de octubre de 2020, volvió a prorrogar esa posibilidad (hasta 31 de diciembre de 2022), pero además contemplando una habilitación provisional para tales personas.

III. LOS SERVICIOS SANITARIOS PRESTADOS EN CENTROS DE ATENCIÓN ESPECIALIZADA A PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La coordinación socio-sanitaria, en lo relativo a las personas con discapacidad, reviste especial importancia para aquéllas que están institucionalizadas en centros residenciales, dado que -entre las personas con discapacidad- cabe identificar "como grupos que precisan más atención sociosanitaria las personas con enfermedad mental, las personas con daño cerebral adquirido, las personas con enfermedades de baja prevalencia y las personas con enfermedades neurodegenerativas, entendiendo siempre que la discapacidad torna a las personas que la presentan en usuarios más intensos de atenciones de salud y sociales"[57]. Atendiendo a este perfil, debemos centrarnos, pues, en las personas con discapacidad institucionalizadas.

Como hemos adelantado, el RD 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, no contempla los centros residenciales como centros sanitarios. Pero sí que dentro de los mismos se presten "servicios sanitarios", entendiendo por tales una "unidad asistencial, con organización diferenciada, dotada de los recursos técnicos y de los profesionales capacitados, por su titulación oficial o habilitación

Programación de actividades encaminadas a mejorar el bienestar emocional, entre ellas la organización de grupos socioeducativos en los que se trabajará el aprovechamiento de los activos comunitarios y personales con los que cuentan las personas residentes, contando con la colaboración de los profesionales sanitarios de Atención Primaria; c) Programación de actividades para potenciar las relaciones sociales entre las personas residentes y sus familias o amistades, permitiendo las actividades grupales y el uso de las zonas comunes dentro del centro asegurando el cumplimiento de las medidas de prevención y protección.

[55] Formación en actividad física enfocada al ejercicio multicomponente (movilidad, fuerza, equilibrio, aeróbico); en promoción de una alimentación saludable y de prevención de los déficits nutricionales y de un sueño reparador; en la elaboración de planes de atención individualizada desde el modelo de humanización o de atención integral y centrada en la persona.

[56] El Acuerdo del 27 de noviembre de 2008 fijó los criterios comunes de acreditación, con indicación de las titulaciones profesionales serían exigibles progresivamente, si bien otro Acuerdo de 7 de octubre de 2015 permitió una habilitación excepcional para las personas que tuviesen una edad igual o superior a 55 años a 31 de diciembre de 2015, que estuviesen desempeñando sus funciones en las categorías profesionales de Cuidador/Gerocultor y de Auxiliares de Ayuda a Domicilio y acreditasen una experiencia de al menos tres años, con un mínimo de 2.000 horas trabajadas en esas categorías profesionales en los últimos diez años.

[57] Grupo de Trabajo sobre Coordinación y Atención Sociosanitaria, Consejo Asesor de Sanidad, *Informe Coordinación y Atención sociosanitaria*, 5 de abril de 2013, pág. 13. Disponible en https://clubexcelencia.org/system/files/migrated/knowledge/documents/files/consejo_asesor_sanidad_2013_informe_atencionsociosanitaria.pdf

profesional, para realizar actividades sanitarias específicas. Puede estar integrado en una organización cuya actividad principal puede no ser sanitaria" (art. 2.1 RD 1277/2003).

No existe una normativa nacional que indique qué perfiles profesionales deben estar presentes en un centro residencial, ya que los servicios sociales son competencia autonómica (art. 16 Ley 39/2006)[58], sí hay un Acuerdo del Consejo Interterritorial que contempla los criterios comunes de acreditación, conforme el art. 34.2 Ley 39/2006. Es la Resolución de 2 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, sobre criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

En su punto tercero, núm. 7, se dedica a las ratios de personal, recogiendo unas cifras que deberían revisarse al alza[59], como vamos a ver. El número de profesionales se adecuará a la tipología, a la intensidad de la prestación de cada recurso del Sistema y a los servicios que prestan. Estas ratios son para que un centro se acredite, es decir, para que pueda ofrecer plazas concertadas. Al respecto, parte de que dependerá del tipo de centro[60], y da un margen para que cada Comunidad Autónoma concrete[61]. Así, en Andalucía, hay una normativa diferente para la acreditación centros de personas mayores (Orden de 5 de noviembre de 2007, por la que se regula el procedimiento y los requisitos para la acreditación de los centros para personas mayores en situación de dependencia en Andalucía)[62] y centros de persona con discapacidad (Orden de 1 de julio de 1997, por la que se regula la acreditación de los centros de atención especializada a las personas mayores y personas con discapacidad)[63]. Pues

[58] En el caso de las Residencias, los Servicios Sanitarios que suelen incluir su oferta asistencial son: U1 Medicina general/de familia; U2 Enfermería; U4 Podología; U59 Fisioterapia; U60 Terapia ocupacional; U84 Depósito de medicamentos; U900 Otras unidades asistenciales.

[59] Rodríguez Escanciano, S., «Los cuidados en la vejez como servicio social público de carácter esencial: apostando por una cobertura de calidad», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social núm.* 57, 2020, pág. 52; Defensor del Pueblo, *Separata sobre atención a las personas mayores. Centros residenciales* en el *Informe anual de 2019*. https://www.defensordelpueblo.es/wpcontent/uploads/2020/05/Separata_personas_mayores_centros_residenciales.pdf

[60] Las ratios se aplicarán en cada Centro en relación proporcional al número de usuarios del mismo valorados con el respectivo grado de dependencia. Así, Residencia Mayores dependientes: 0,54; Centro de Día y de Noche Mayores dependientes: 0,25; Residencia personas discapacidad física: 0,72; Residencia personas discapacidad intelectual: 0,75; Centro Día y Noche personas discapacidad física: 0,33; Centro Día y Noche personas discapacidad intelectual: 0,35.

[61] Maldonado Molina, J.A.: "La atención sanitaria en centros asistenciales de mayores y personas con discapacidad", *op. cit.*, págs. 806 y ss.

[62] Esta norma diferencia dos tipos de centros. Por un lado, centro residencial con plazas para personas mayores en situación de dependencia, cuya ratio (núm. trabajadores/usuarios) mínima exigida será de 0,50, debiendo contar con Enfermería: ratio 0,04; Fisioterapeuta; ratio 0,01; Terapeuta Ocupacional, Monitor Ocupacional y/o Animador Socio-cultural: ratio 0,01; Resto de personal: médico/a, psiquiatra, psicólogo/a, farmacéutico/a, educador/a social o logopeda (optativos). Por otro, Centros Residenciales con plazas para personas mayores con trastornos graves y continuados de conducta (necesidades especiales), en cuyo caso la ratio mínima exigida será de 0,65 debiendo contar con Enfermería: ratio 0,04; Fisioterapeuta: ratio 0,01; Terapeuta Ocupacional, Monitor Ocupacional y/o Animador Socio-cultural con ratio 0,01; Psicólogo/a con ratio 0,012; Médico/a con ratio 0,012.

[63] La ratio (núm. trabajadores/usuarios) mínima exigida será de (conforme Orden de 3 de julio de 2006, que modifica la Orden de 1 de julio de 19979), en caso de residencia para personas con discapacidad psíquica. La ratio será 1,01. Cumplirá los siguientes requisitos: - 1 Director/a. - Ratio cuidador/a-usuario/a: 0,6-0,8. - DUE a media jornada a partir de 15 usuarios/as o bien garantizar la prestación del servicio de enfermería mediante servicios externos, privados o del sistema sanitario público de Andalucía. El resto del personal hasta completar la ratio será personal técnico, de apoyo psicopedagógico y de oficio. En el caso de centros destinados a personas con discapacidad física y parálisis cerebral, gravemente afectadas, la ratio será de 1,01. Cumplirán los siguientes requisitos: - 1 Director/a. - Ratio monitor/a/usuario/a 0,06. - Ratio cuidador/a/usuario/a 0,7. - Un/a Fisioterapeuta. - DUE a media jornada a partir de 15 usuarios/as o bien garantizar la prestación del servicio de enfermería mediante servicios externos, privados o del sistema sanitario público de Andalucía. - Deberá incluir el personal especializado que garantice la atención adecuada. El resto del personal hasta completar la ratio será personal de apoyo psicopedagógico y/o de oficio.

bien, salvo en centros de mayores con trastornos graves, la figura del médico es optativa. El personal de enfermería sí es obligatorio, pero en una ratio de 0,04: por cada 100 usuarios, 4 enfermeras[64]. En el caso de residencias para psicodeficientes, la ratio será de 1, cumpliendo los siguientes requisitos: 1 Director. Médico psiquiatra o neuropsiquiatra. - Psicólogo. - DUE. - Cuidadores con titulación de auxiliar de clínica (ratio 0,6-0,8 cuidador/usuario).

Obviamente, el tiempo dedicado a cada usuario está lejos del que demandaría un enfermo de SARS-CoV-2 (además de los medios necesarios).

Estas ratios no llegaron a cumplirse durante la pandemia en muchos casos. En primer lugar, por las bajas médicas que se produjeron al contagiarse, Y además por las bajas voluntarias que también se produjeron entre el personal de enfermería (igualmente entre auxiliares), que recibieron ofertas de empleo en el sector público, con unas remuneraciones muy superiores a las del sector privado[65]. Ésta fue otra debilidad que se puso de manifiesto, y es la disparidad de condiciones laborales entre el sector privado y el público para el personal sociosanitario, que debería corregirse si se quiere mantener una atención de calidad a las personas mayores, dado el reducido porcentaje de plazas residenciales públicas existentes en nuestro país.

Las funciones a realizar por el personal sanitario aparecen recogidas en el Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio)[66]. La lectura de tales cometidos pone de manifiesto su insuficiencia para hacer frente a una pandemia por parte del personal sanitario. Así, -además de encargarse de cualquier función le sean solicitadas y tengan relación con las mismas y/o con su titulación y competencia profesional- las funciones

[64] De acuerdo con la utilización que hace el Consejo Internacional de Enfermeras (CIE) del término "Enfermera", la utilización de dicho término en el presente trabajo hace referencia a los profesionales de ambos sexos.

[65] Las tablas salariales actualizadas se recogen en la Resolución de 19 de marzo de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registran y publican la revisión y las tablas salariales para 2019 del VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (BOE de 29 de marzo de 2019). La categoría profesional de médico tiene previsto un salario base de 1.539,92, más complemento de antigüedad de 18,74; y la de ATS/DUE (terminología arcaica…), un salario base de 1.347,42 y una antigüedad de 18,74. Por el contrario, en la Sanidad Pública andaluza, el salario base más complementos de un médico es 3.450,23; y la de una enfermera 2.138,33 (más pagas extraordinarias) (https://www.sspa.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/sites/default/files/sincfiles/wsas-media-sas_normativa_mediafile/2021/Resolucion_0001_2021_Retribuciones.pdf)

[66] Resolución de 11 de septiembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio), BOE de 21 de septiembre de 2018.

que desarrollan tanto las enfermeras[67] como personal médico[68], que se centran en la atención de enfermedades crónicas y cuidados derivados de enfermedades que son diagnosticadas y tratadas por el Sistema de Salud. Su función no es curar, sino cuidar[69].

IV. LOS SERVICIOS SANITARIOS PRESTADOS POR EL SISTEMA SANITARIO A LOS USUARIOS DE CENTROS RESIDENCIALES

1. La atención por el Sistema Nacional de Salud (SNS) a personas con discapacidad institucionalizadas

En nuestro Ordenamiento no existe una atención especializada sanitaria para las personas dependientes, sino únicamente una modalidad de atención primaria[70]. Se incluiría dentro de las prestaciones sociosanitarias como respuesta a muchas de las necesidades generadas por dicha situación. La norma incluye explícitamente en el catálogo de prestaciones del SNS la atención sociosanitaria (artículo 7.1 Ley 16/2003) y en al artículo 14 define las prestaciones mínimas, en el

[67] Coordinación y supervisión de los cuidados que se prevean en el Plan de cuidados y atención a la persona usuaria, siempre que estén incluidas en su ámbito funcional; vigilar y atender a las personas usuarias, sus necesidades generales humanas y sanitarias, especialmente en el momento en que éstos necesiten de sus servicios; preparar y administrar los medicamentos según prescripciones facultativas, específicamente los tratamientos; tomar la presión sanguínea, el pulso y la temperatura; colaborar con el personal médico preparando el material y medicamentos que hayan de ser utilizados; ordenar las historias clínicas, anotar los datos relacionados con la propia función que deba figurar; atender a la persona usuaria encamada por enfermedad, efectuando los cambios posturales prescritos, controlando el servicio de comidas a los enfermos y suministrando directamente a aquellos pacientes que dicha alimentación requiera instrumentalización (sonda nasogástrica, sonda gástrica, etc.); cuidado y limpieza del adhesivo y el estoma de aquellos usuarios colontomizados; controlar la higiene personal de las personas usuarias y también los medicamentos y alimentos que estos tengan en las habitaciones; atender las necesidades sanitarias que tenga el personal que trabaja en el centro y sean de su competencia; colaborar con fisioterapeutas en las actividades, el nivel de calificación de las cuales sean compatibles con su titulación de Enfermero/a, cuando sus funciones específicas lo permitan; realizar los pedidos de farmacia, analítica y radiología en aquellos centros donde no exista especialista; vigilar y tener cuidado de la ejecución de las actividades de tipo físico recibida por el personal médico, observando las incidencias que puedan presentarse durante su realización; cortar uñas de los pies, a usuarios y usuarias diabéticas y a quienes reciban tratamiento con anticoagulantes, así como los que tengan tratamiento de uñas clavadas y uñeros.

[68] Realizar el reconocimiento médico a las nuevas personas usuarias y cumplimentar la correspondiente historia médica y certificaciones profesionales, en que constarán las indicaciones de tipo de vida más acorde, la rehabilitación necesaria, y el tratamiento a seguir si hace falta; atender las necesidades asistenciales de las personas usuarias. Hacer los exámenes médicos, diagnósticos, prescribir los tratamientos más acordes, en cada caso, para llevar a cabo las terapias preventivas, asistenciales y de rehabilitación de los diagnósticos clínicos y funcionales de las personas usuarias; informar a los familiares sobre el estado de salud de la persona usuaria; dirigir el programa de movilización y rehabilitación de las personas usuarias, fijando en equipo los programas a desarrollar de forma individual y en grupo; realizar el seguimiento y evaluar los programas, conjuntamente, con el equipo formado por todas las personas que intervienen; asistir al personal destinado en el centro en los casos de necesidad y de urgencia; como máximo responsable de su departamento médico, en el caso de que el centro no pueda tratar debidamente a las personas usuarias, derivarles a un centro hospitalario o de salud; participar en la comisión de supervisión y seguimiento de las personas usuarias en cuanto a las necesidades asistenciales y de la vida diaria de las personas usuarias que realizarán en colaboración con la dirección, trabajador/a social, psicólogo/a, y demás profesionales, de acuerdo con la situación física de las personas usuarias, los objetivos a conseguir y las características del centro; programar y supervisar los menús y dietas alimentarías de las personas usuarias; supervisar el trabajo del personal sanitario; supervisar el estado sanitario de las dependencias del centro.

[69] Curar es la acción médica indicada para alguien que tiene una enfermedad curable; pero cuando en un plazo de tiempo determinado no se consigue su remisión y la enfermedad se convierte en crónica, se necesita controlar la enfermedad, sus complicaciones y secuelas, es decir, cuidar.

[70] Así, de forma genérica, se contempla en el artículo 12.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del SNS, dentro de lo que sería la asistencia sanitaria a demanda, programada y urgente tanto en la consulta como en el domicilio del enfermo (letra a), las atenciones y servicios específicos relativos a la tercera edad; los grupos de riesgo y los enfermos crónicos (letra f); la atención paliativa a enfermos terminales (letra g) y la atención a la salud mental, en coordinación con los servicios de atención especializada (letra h).

ámbito estrictamente sanitario, dejando a las Comunidades Autónomas la determinación de los niveles en que se llevará cabo. Por tanto, las actuaciones de prevención de las enfermedades y de promoción, curación, rehabilitación de la salud de las personas con dependencia corresponde a los sistemas de salud que tienen una cobertura universal, incluyendo la atención sanitaria dentro del catálogo de prestaciones del SNS[71], por vez primera[72].

De forma más específica en el Anexo II del RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del SNS y el procedimiento para su actualización, incluye dentro de la atención primaria la coordinación socio-sanitaria, mediante actuaciones a realizar bajo un enfoque biopsicosocial, por equipos interdisciplinares, garantizando la calidad y accesibilidad a las mismas, así como la continuidad entre los diferentes ámbitos de atención en la prestación de servicios sanitarios y la coordinación entre todos los sectores implicados. Se incluye la atención sanitaria protocolizada de pacientes con problemas de salud crónicos y prevalentes; y la atención domiciliaria a pacientes inmovilizados. En definitiva, se contempla la atención a un colectivo de población muy vulnerable[73].

Junto a la atención primaria, hay que estar a la atención especializada de las personas dependientes. Las dos prestaciones más relevantes para personas institucionalizadas son la atención paliativa a enfermos terminales y la atención a la salud mental. La prestación ortoprotésica también es importante para la población institucionalizada[74].

2. La prestación farmacéutica

La población residencial suele ser un tipo de paciente polimedicado[75], por lo que para ellos la atención farmacéutica es clave, y debe articularse un sistema ágil y accesible, ello en coherencia también con el artículo 87 del RD Legislativo 1/2015, de 24 de julio[76], establece que la prescripción de medicamentos y productos sanitarios en el SNS se efectuará en la forma más apropiada para el beneficio de los pacientes.

El artículo 6 del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, establece que será obligatorio el establecimiento de un servicio de farmacia hospitalaria propio, entre otros, en los centros de asistencia social que tengan cien camas o más en régimen de asistidos, salvo que la Consejería responsable en materia de prestación farmacéutica, a través de acuerdo o convenio

[71] El artículo 14 establece que la atención sociosanitaria "comprende el conjunto de cuidados destinados a aquellos enfermos, generalmente crónicos, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su reinserción social".

[72] Durán Bernardino, M.: "La coordinación sociosanitaria en la atención a las personas en situación de dependencia. Visión desde la asistencia sanitaria y los servicios", *op. cit.*, pág. 127.

[73] Zabarte, Mª.E.: "La dimensión múltiple de la atención a la dependencia: la conexión de los servicios sociales con la Seguridad Social y el Sistema Nacional de Salud", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. 65, 2006, pág. 58.

[74] Se contempla en el Anexo VI RD 1030/2006, de 15 de septiembre.

[75] Hay una relación entre polifarmacia, utilización de fármacos considerados potencialmente inadecuados, eventos adversos relacionados con la medicación e incremento del riesgo de hospitalización o muerte. La polifarmacia incrementa el riesgo de presentar una reacción adversa a medicamentos desde un 13% a un 82% cuando se pasa de 2 a 7 o más fármacos como criterio definitorio, siendo los fármacos más frecuentemente relacionados los cardiovasculares, diuréticos, anticoagulantes, AINE, antibióticos e hipoglucemiantes. La prevalencia de polifarmacia en pacientes mayores institucionalizados en Europa se ha estimado en un 75% (igual o más de 5 fármacos) y el de polifarmacia excesiva (igual ó más de 10 fármacos) en el 24,3%. Sociedad Española de Farmacia Hospitalaria, *Prestación farmacéutica especializada en centros socio sanitarios análisis de situación y propuesta CRONOS-SEFH*, 2013, pág. 10. Disponible en https://www.sefh.es/sefhpdfs/dossier_CRONOS_2013.pdf.

[76] Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

les exima de dicha exigencia, siempre y cuando dispongan de un depósito de medicamentos vinculado al servicio de farmacia del hospital público de su área de referencia. Contempla tres alternativas: depósitos de medicamentos, servicios de farmacia en el centro sociosanitario o vincular el depósito de medicamentos al servicio de farmacia del hospital. Y en todo caso, el modelo opta por un sistema de dispensación en dosis unitaria individualizada[77].

Por tanto, con carácter general debe tener su propio servicio de farmacia si supera las cien camas, pero se permite una regulación diferencial autonómica (incluso eximiendo de esa obligación). De hecho, todas las CCAA tienen una regulación propia en la materia[78]. Así, mejorando esa regulación estatal, la Comunidad andaluza en 2015 rebajó ese umbral a cincuenta camas (y además aplicándolo no solo a centros públicos, sino también privados)[79]. Otras Comunidades se mantienen en cien camas, con normas aprobadas recientemente, como la Comunidad Valenciana[80].

El artículo 3.6 RD Legislativo 1/2015, de 24 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos, no contempla a los centros asistenciales como centros autorizados para custodia, conservación y dispensación de medicamentos[81]. No fue hasta el RDL 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, cuando se adoptaron medidas en materia de gestión de la prestación farmacéutica (medidas que se mantuvieron con la Ley 2/2021, de 29 de marzo). En concreto, la disposición adicional sexta estableció que la conservación y dispensación de medicamentos corresponderá también a los servicios de farmacia de los centros de asistencia social (medida que se extiende hasta que se declare el fin de la crisis sanitaria).

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Amnistía Internacional, *Abandonadas a su suerte: la desprotección y discriminación de las personas mayores en residencias durante la pandemia COVID19 en España,* 3 de diciembre de 2020, disponible en https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/reportajes/residencias-en-tiempos-de-covid-personas-mayores-abandonadas-a-su-suerte/

[77] Sociedad Española de Farmacia Hospitalaria, *Prestación farmacéutica especializada en centros socio sanitarios análisis de situación y propuesta CRONOS-SEFH*, 2013, pág. 4. Disponible en https://www.sefh.es/sefhpdfs/dossier_CRONOS_2013.pdf.

[78] Un análisis de los distintos modelos, en Sociedad Española de Farmacia Hospitalaria, *Prestación farmacéutica especializada en centros socio sanitarios análisis de situación y propuesta CRONOS-SEFH*, *cit.* págs. 12 y ss.

[79] El Decreto 512/2015, de 29 de diciembre, de prestación farmacéutica en los centros sociosanitarios residenciales de Andalucía. Los depósitos de medicamentos de los centros sociosanitarios residenciales, con camas en régimen de asistidos, que cuenten con más de cincuenta camas desarrollarán su actividad bajo la responsabilidad directa de un farmacéutico del servicio de farmacia del hospital del Servicio Andaluz de Salud al que se encuentre vinculado, asistido por el personal técnico necesario. La ratio de dedicación, para cada uno de estos profesionales, será de 25 y 35 minutos, respectivamente, por cama y mes. En el caso de los centros sociosanitarios con más de cien camas y que no suscriban el convenio, el personal farmacéutico y técnico correrá por cuenta de las entidades titulares del centro (artículo 3). En aquellas instituciones con cincuenta o menos camas, la atención y el suministro de medicamentos quedan vinculados a una oficina de farmacia, que será elegida mediante concurso público. En Andalucía, la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, en su artículo 55, dedicado a la atención farmacéutica en los centros sociosanitarios, que define en su artículo 2 apartado c), prevé establecer reglamentariamente los criterios para la obligatoriedad de que los centros sociosanitarios residenciales cuenten con un servicio farmacéutico, así como el régimen de vinculación que ha de regir para los depósitos de medicamentos, con los que deben contar aquellos centros sociosanitarios que no estén obligados a disponer de aquel. En dicho artículo se hace referencia también a los mecanismos de coordinación, acuerdo o convenio según proceda, tanto para los centros sociosanitarios de carácter público como privado respectivamente, para hacer efectiva la prestación farmacéutica a que tengan derecho las personas residentes en dichos centros.

[80] Decreto 42/2021, de 18 de marzo, del Consell, de regulación de la prestación farmacéutica en los centros sociosanitarios en la Comunitat Valenciana.

[81] Solo contempla las oficinas de farmacia abiertas al público y los servicios de farmacia de los hospitales, de los centros de salud y de las estructuras de atención primaria del SNS.

Anfossi, L. y Bausano, F.: "L'Integrazione dei servizi sociali e sanitari nell'attuazione del progetto-obiettivo «tutela della saluto degli anziani»", in *Anziani: bisogni, servizi e progetti*, Fz, Padova, 1994

Asociación Multidisciplinaria de Gerontología: *Las necesidades sociosanitarias de la población dependiente en España: modelos y cuidados prolongados y coordinación de recursos. El debate profesional*. Informe para el Defensor del Pueblo, Madrid, 2000

Beltrán Aguirre, J.L.: "La atención a la dependencia: régimen legal. Interacciones entre lo social y lo sanitario", *Derecho y Salud,* Vol. 16, núm. extra 2, 2008

Defensor del Pueblo: *Recomendaciones del Defensor del Pueblo sobre la atención sociosanitaria y aspectos conexos*, Madrid. 2000

Defensor del Pueblo, *Separata sobre atención a las personas mayores. Centros residenciales* en el *Informe anual de 2019*. https://www.defensordelpueblo.es/wpcontent/uploads/2020/05/Separata_personas_mayores_centros_residenciales.pdf

Dirección General de Coordinación Socio-Sanitaria, *Protocolo de coordinación para la atención a pacientes institucionalizados en residencias de personas mayores de la Comunidad de Madrid durante el periodo epidémico ocasionado por el COVID-19*, 25 de marzo de 2020, disponible -entre otros sitios web- en https://amyts.es/wp-content/uploads/2020/01/COVID-CAM-coordinaci%C3%B3n-residencias-sinfecha-20200412.pdf.

Durán Bernardino, M.: "La coordinación sociosanitaria en la atención a las personas en situación de dependencia. Visión desde la asistencia sanitaria y los servicios", en *Revista de derecho de la seguridad social*. Laborum, núm. 4, 2015

Fundación Economía y Salud, *Lo sociosanitario: de los casos reales al modelo*, 2018. Disponible en http://www.fundacioneconomiaysalud.org/wp-content/uploads/Lo-sociosanitario_De-los-casos-reales-al-modelo.pdf

Grupo de Trabajo sobre Coordinación y Atención Sociosanitaria, Consejo Asesor de Sanidad, *Informe Coordinación y Atención sociosanitaria*, 5 de abril de 2013. Disponible en https://clubexcelencia.org/system/files/migrated/knowledge/documents/files/consejo_asesor_sanidad_2013_informe_atencionsociosanitaria.pdf

Herrera Molina, E.: "Coordinación entre el sistema sanitario y los servicios sociales; una senda definida como parte de la solución", *Actas de la Dependencia, Fundación Caser para la dependencia, núm.* 01, 2012.

Maldonado Molina, J.A.: "La protección a la dependencia en Andalucía", Revista *Temas Laborales*, núm. 100, 2009

Maldonado Molina, J.A.: "La atención sanitaria en centros asistenciales de mayores y personas con discapacidad", en Monereo, Rivas, Moreno, Vila, Álvarez (Dirs.), Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19, Aranzadi, 2021

Maldonado Molina, J.A.: "La protección social de los mayores durante la pandemia del COVID-19", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 3, 2021

Maravall Gómez-Allende, H.: "La coordinación socio-sanitaria: una exigencia ineludible", *Revista Española de Geriatría y Gerontología*, núm. 30, 1995

Martínez Aguayo, C.: "Coordinación entre servicios sociales y sanitarios. Un modelo de atención posible", *Revista Española de Geriatría y Gerontología*, núm. 30, 1995

Médicos Sin Fronteras, *Poco, tarde y mal El inaceptable desamparo de los mayores en las residencias durante la COVID-19 en España*, agosto de 2020, disponible en https://msfcovid19.org/wp-content/uploads/2020/08/aaff-msf-informe-covid19-residencias-baja-nota.pdf

Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, *Libro Blanco de la Coordinación Sociosanitaria en España*, 2011, Disponible en https://www.mscbs.gob.es/novedades/docs/Libro_Blanco_CCS_15_12_11.pdf

Rodríguez Escanciano, S., "Los cuidados en la vejez como servicio social público de carácter esencial: apostando por una cobertura de calidad", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social núm.* 57, 2020.

Sociedad Española de Farmacia Hospitalaria, *Prestación farmacéutica especializada en centros socio sanitarios análisis de situación y propuesta CRONOS-SEFH*, 2013. Disponible en https://www.sefh.es/sefhpdfs/dossier_CRONOS_2013.pdf.

Zabarte, Mª.E.: "La dimensión múltiple de la atención a la dependencia: la conexión de los servicios sociales con la Seguridad Social y el Sistema Nacional de Salud", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. 65, 2006.

Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

6. El Derecho A La Salud De Las Personas Con Discapacidad

María Nieves Moreno Vida
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-0600-8332

SUMARIO: I. EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA SALUD Y LA ASISTENCIA SANITARIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. II. LOS MODELOS TEÓRICOS DE LA DISCAPACIDAD Y SU IMPACTO EN LA ATENCIÓN A LA SALUD. III. RETOS PARA LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. EL ENVEJECIMIENTO DE LA POBLACIÓN, LA CONSTRUCCIÓN DE SISTEMAS DE SALUD EFICIENTES Y SOSTENIBLES Y LA LUCHA CONTRA LAS DESIGUALDADES SANITARIAS. 1. *EL ENVEJECIMIENTO Y LA DISCAPACIDAD*. 2. *LA CONSTRUCCIÓN DE SISTEMAS DE SALUD EFICIENTES Y SOSTENIBLES*. 3. *LA LUCHA CONTRA LAS DESIGUALDADES EN MATERIA DE SALUD*. IV. CONTENIDO Y ACTUACIONES DE LA ATENCIÓN SANITARIA A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 1. *PREVENCIÓN DE LA DISCAPACIDAD*. 2. *ATENCIÓN PRIMARIA*. 3. *ATENCIÓN SANITARIA ESPECIALIZADA*. 4. *PRESTACIÓN FARMACÉUTICA Y PRESTACIÓN ORTOPROTÉSICA*. 5. *HABILITACIÓN O REHABILITACIÓN MÉDICO-FUNCIONAL*. 6. *ACCESIBILIDAD UNIVERSAL Y ELIMINACIÓN DE BARRERAS*. 7. *CONSENTIMIENTO INFORMADO*. V. COORDINACIÓN SOCIOSANITARIA: INCORPORAR LA PERSPECTIVA SOCIAL DENTRO DEL ÁMBITO SANITARIO PARA LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. VI. REVOLUCIÓN DIGITAL Y SALUD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA SALUD Y LA ASISTENCIA SANITARIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El derecho a la salud constituye, sin duda, uno de los "pilares fundamentales del constitucionalismo democrático-social mundial y europeo y un núcleo fundamental del Estado Social"[1]. Su reconocimiento se produce en todas las normas internacionales, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU (art. 25) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (art. 12).

La Carta Social Europea garantiza el derecho a la protección de la salud como un derecho fundamental de solidaridad, señalando el compromiso de los Estados de establecer medidas para, eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente; establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma; y prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras, así como los accidentes (art. 11); y reconociendo el derecho a la asistencia social y médica, que implica, entre otras cosas, velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado, sin sufrir disminución alguna en sus derechos políticos y sociales (art. 13).

Asímismo, el Convenio OIT núm. 102, sobre Norma mínima de Seguridad Social, en su art. 10, reconoce el derecho a la asistencia médica general y por especialistas, prestada en hospitales y fuera de ellos, y al suministro de productos farmacéuticos esenciales recetados por médicos u otros profesionales calificados. También el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina) establece que los Estados Parte, teniendo en cuenta las necesidades de la sanidad y los recursos disponibles, adoptarán las medidas adecuadas con el fin de

[1] Cfr. Monereo Pérez, J.L.: "La garantía jurídica del derecho social fundamental a la salud y la asistencia sanitaria", en Moreno Vida y Díaz Aznarte (Dirs.): *La protección social de la salud en el marco del estado de bienestar. Una visión nacional y europea*, Edit. Comares, Granada, 2019, pág. 11.

garantizar, dentro de su ámbito jurisdiccional, un acceso equitativo a una atención sanitaria de calidad apropiada (artículo 3. Acceso equitativo a los beneficios de la sanidad).

Debe destacarse especialmente el art. 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce el derecho de los ciudadanos a la prevención sanitaria y a beneficiarse de tratamientos médicos (artículo 35 sobre la protección de la salud: "Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales").

En la Memoria del Director General de la OIT sobre Trabajo Decente -87ª reunión en Ginebra, junio de 1999-[2], entre las cuestiones fundamentales de protección social se incluye la *cobertura de los servicios de sanidad*. Señalaba el Director General Juan Somavia, en dicha Memoria, que "Para todos y en el mundo entero, uno de los asuntos más acuciantes en materia de protección social sigue siendo el de los *servicios de sanidad*. En muchos países, han suscitado menos atención que las pensiones, pero en los albores del siglo XXI el realce de la protección social y de la solidaridad social puede depender más de una reforma de dichos servicios que de la reforma de las pensiones".

En la *"Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible"*, adoptada en 2015 en la Organización de Naciones Unidas[3], con 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, se incluye el *Objetivo 3 "Salud y Bienestar"*, que considera fundamental para lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible garantizar una vida saludable y promover el bienestar universal: "Para lograr los objetivos propuestos para 2030 en el mundo se necesitan muchas más iniciativas para erradicar por completo una amplia gama de enfermedades y para hacer frente a numerosas y variadas cuestiones persistentes y emergentes relativas a la salud". Se considera necesario, entre otras cosas, proporcionar una financiación más eficiente de los sistemas de salud, mejorar el saneamiento y la higiene, aumentar el acceso a los servicios médicos y proveer más consejos sobre cómo reducir la contaminación ambiental.

Más recientemente, y en el ámbito internacional europeo, en el *"Pilar Europeo de Derechos Sociales"* (Recomendación UE 2017/761) se incluye el Principio 16, que establece que toda persona tiene derecho a un acceso oportuno a asistencia sanitaria asequible, de carácter preventivo y curativo y de buena calidad; y el Principio 18, que reconoce el derecho de toda persona a cuidados de largo duración asequibles y de buena calidad, en particular de asistencia a domicilio y servicios comunitarios.

En este marco, la Unión Europea considera que la salud es prioritaria y debe garantizarse un alto nivel de protección para ella en la definición y aplicación de todas las políticas y actividades comunitarias. Bajo estas premisas, se adoptaron sucesivos programas de acción comunitaria, en el ámbito de la salud pública [Decisión nº 1786/2002/CE de 23 de septiembre de 2002, relativa a la

[2] https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/reports.htm

[3] En septiembre de 2015, más de 150 jefes de Estado y de Gobierno se reunieron en la *"Cumbre del Desarrollo Sostenible"* en la que aprobaron la *"Agenda 2030"*. Esta Agenda contiene 17 objetivos de aplicación universal que, desde el 1 de enero de 2016, deben regir los esfuerzos de los países para lograr un mundo sostenible en el año 2030. Estos Objetivos son los siguientes: 1.Fin de la pobreza; 2.Hambre cero; 3.Salud y Bienestar; 4.Educación de calidad; 5.Igualdad de género; 6.Agua limpia y saneamiento; 7.Energía asequible y no contaminante; 8.Trabajo decente y crecimiento económico; 9.Industria, innovación e infraestructura; 10.Reducción de las desigualdades; 11.Ciudades y comunidades sostenibles; 12.Producción y consumo responsables; 13.Acción por el clima; 14.Vida submarina; 15.Vida de ecosistemas terrestres; 16.Paz, justicia e instituciones sólidas; 17.Alianzas para lograr los objetivos.
Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) son herederos de los "Objetivos del Milenio" (ODM) y buscan ampliar los éxitos que se alcanzaron con ellos, y sobre todo lograr aquellas metas que no fueron conseguidas. La singularidad de estos nuevos objetivos es que van dirigidos a todos los países con independencia de su grado de desarrollo económico y social -ricos, pobres o de ingresos medianos-, instándolos a adoptar medidas para promover la prosperidad y al mismo tiempo proteger el planeta. En ellos se reconoce "que las iniciativas para acabar con la pobreza deben ir de la mano de estrategias que favorezcan el crecimiento económico y aborden una serie de necesidades sociales, entre las que cabe señalar la educación, la salud, la protección social y las oportunidades de empleo, a la vez que luchan contra el cambio climático y promueven la protección del medio ambiente". A pesar de que estos "Objetivos de Desarrollo Sostenible" no son jurídicamente obligatorios, se espera que los gobiernos los adopten como propios y establezcan marcos nacionales para su logro.

adopción de un programa de acción comunitario en el ámbito de la salud pública (2003-2008)[4]] y en el ámbito de la salud [Decisión nº 1350/2007/CE de 23 de octubre de 2007, por la que se establece el segundo Programa de acción comunitaria en el ámbito de la salud (2008-2013)[5]].

En junio de 2006, el Consejo de la Unión Europea adoptó una Declaración sobre los valores y principios comunes de los sistemas sanitarios de la UE, en la que incluye como valores esenciales "la universalidad, el acceso a una atención sanitaria de calidad, la equidad y la solidaridad [Conclusiones del Consejo sobre los valores y principios comunes de los sistemas sanitarios de la Unión Europea (2006/C 146/01)]. Poco después, en 2007, la Comisión presentó la estrategia comunitaria en materia de salud, en el *Libro Blanco Juntos por la salud: un planteamiento estratégico para la UE (2008-2013)*[6]. Se proponía con ella reforzar la importancia estratégica de la salud, con el objetivo general de promoción del bienestar de los ciudadanos y con el estímulo a la cooperación entre Estados miembros en materia de salud y servicios sanitarios.

Esta Estrategia de largo alcance debe basarse en los "principios fundamentales de la acción comunitaria en materia de salud". Entre ellos: Una estrategia basada en valores sanitarios compartidos, considerando como valores esenciales la universalidad, el acceso a una atención sanitaria de calidad, la equidad y la solidaridad (conforme a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea); que potencie como valor fundamental el papel de los propios ciudadanos (atención sanitaria centrada en el paciente y prestada de forma cada vez más individualizada, convirtiendo al paciente en sujeto activo de la atención sanitaria y no en un mero objeto de la misma); y que incluya la reducción de desigualdades sanitarias. También, la integración de la salud en todas las políticas (Iniciativa HIAP), considerando que la salud de la población no es sólo un asunto de política sanitaria sino que también son determinantes otras políticas comunitarias (la política regional y de medio ambiente, la reglamentación de los productos farmacéuticos y los productos alimenticios, la investigación y la innovación en el ámbito de la salud, la coordinación de los regímenes de seguridad social, la sanidad en la política de desarrollo, la salud y la seguridad en el trabajo, las TIC, entre otras).

El *Reglamento (UE) Nº 282/2014 de 11 de marzo de 2014 relativo a la creación de un tercer programa de acción de la Unión en el ámbito de la salud para el período 2014-2020*[7] reitera el objetivo fundamental, conforme al art. 168 TFUE, de garantizar un alto nivel de protección de la salud humana en la definición y ejecución de todas las políticas y acciones de la Unión. El Programa fijado a través de este Reglamento comunitario establece que los objetivos generales del mismo serán: complementar y apoyar las políticas de los Estados miembros para mejorar la salud de los ciudadanos de la Unión y reducir la desigualdades sanitarias promoviendo la salud, fomentando la innovación en la sanidad, aumentando la sostenibilidad de los sistemas sanitarios y protegiendo a los ciudadanos de la Unión de las amenazas transfronterizas graves para la salud. La innovación en materia de salud se debe entenderse como una estrategia en materia de salud pública que se base en los siguientes aspectos: no debe limitarse a los avances tecnológicos en términos de productos y servicios; se deben centrar también en estrategias de prevención, la gestión del sistema sanitario; la organización y la prestación de servicios sanitarios y asistencia médica; y la mejora de la rentabilidad y la sostenibilidad de los servicios sanitarios y la atención médica.

---

[4] *Decisión nº 1786/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la adopción de un programa de acción comunitario en el ámbito de la salud pública (2003-2008)* (DO L 271 de 9.10.2002).

[5] *Decisión nº 1350/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, por la que se establece el segundo Programa de acción comunitaria en el ámbito de la salud (2008-2013)* (DO L 301 de 20.11.2007).

[6] *Libro Blanco Juntos por la salud: un planteamiento estratégico para la UE (2008-2013).* Bruselas, 23.10.2007. COM(2007) 630 final

[7] *Reglamento (UE) Nº 282/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2014 relativo a la creación de un tercer programa de acción de la Unión en el ámbito de la salud para el período 2014-2020 y por el que se deroga la Decisión n o 1350/2007/CE* (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE 21.3.2014 L 86/1)

La promoción de la salud a nivel de la Unión Europea es también parte integrante de «Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («Estrategia Europa 2020»), adoptada mediante Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 [COM(2010) 2020 final]. Dentro de la prioridad "Crecimiento integrador: una economía con un alto nivel de empleo que promueva la cohesión económica, social y territorial"[8], se incluyen una serie de medidas, entre las que destaca la modernización y consolidación de los sistemas de protección social y se considera necesario llevar a cabo un esfuerzo importante para combatir la pobreza y la exclusión social, reducir las desigualdades en materia desalud y asegurarse de que todos puedan beneficiarse del crecimiento. Igualmente importante será la capacidad para alcanzar el objetivo de promover una vida sana y activa de una población envejecida que permita la cohesión social y una productividad mayor.

De manera más específica, el derecho a la salud se recoge expresamente en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD, por su sigla en inglés). Esta Convención es un instrumento internacional de derechos humanos de las Naciones Unidas destinado a proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad y en virtud de la misma los Estados Parte tienen la obligación de promover, proteger y garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad y garantizar que gocen de plena igualdad ante la ley.

El texto fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 en su Sede en Nueva York, y se abrió para la firma el 30 de marzo de 2007. La Convención entró en vigor el 3 de mayo de 2008 (se requería para ello que fuera ratificada por 20 países) y cuenta hasta el momento con 182 ratificaciones de la Convención y 96 ratificaciones del Protocolo Facultativo (entre Estados y organizaciones regionales de integración). La Convención constituye un "cambio paradigmático" de las actitudes y enfoques respecto de las personas con discapacidad y está supervisada por el Comité de Expertos de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

El derecho a la salud de las personas con discapacidad aparece reconocido en varios preceptos de la Convención. Con carácter general, el artículo 10 se refiere al *derecho a la vida*, declarando que "Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás".

De forma más específica, el artículo 25 de la Convención se refiere a la *Salud*. Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen *derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad*. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes:

a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población;

b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención,

[8] Dentro de esta prioridad se establece: "El crecimiento integrador significa dar protagonismo a las personas mediante altos niveles de empleo, invirtiendo en cualificaciones, luchando contra la pobreza y modernizando los mercados laborales y los sistemas de formación y de protección social para ayudar a las personas a anticipar y gestionar el cambio, y a construir a una sociedad cohesionada. También es esencial que los beneficios del crecimiento económico se difundan por toda la Unión, incluso en sus rincones más remotos, reforzando así la cohesión territorial. Y también abarca la idea de garantizar el acceso y las oportunidades para todos, independientemente de su edad. Europa necesita utilizar plenamente su potencial laboral con el fin de hacer frente a los retos de una población envejecida y al incremento de la competencia mundial. Se precisarán políticas que promuevan la igualdad entre sexos con el fin de incrementar la participación de la población laboral, contribuyendo así al crecimiento y a la cohesión social".

cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores;

c) Proporcionarán esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales;

d) Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado;

e) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable;

f) Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad.

Por otra parte, y de forma complementaria con lo anterior, el artículo 26 de la Convención se refiere a la *habilitación y rehabilitación*. Los Estados Partes deberán adoptar las medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. Para ello deberán organizar, intensificar y ampliar servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales, de forma que esos servicios y programas:

a) Comiencen en la etapa más temprana posible y se basen en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona;

b) Apoyen la participación e inclusión en la comunidad y en todos los aspectos de la sociedad, sean voluntarios y estén a disposición de las personas con discapacidad lo más cerca posible de su propia comunidad, incluso en las zonas rurales.

Asimismo, los Estados Partes deben promover el desarrollo de formación inicial y continua para los profesionales y el personal que trabajen en los servicios de habilitación y rehabilitación y deberán promover la disponibilidad, el conocimiento y el uso de tecnologías de apoyo y dispositivos destinados a las personas con discapacidad, a efectos de habilitación y rehabilitación.

En nuestro ordenamiento interno, es en el art. 43 CE donde se reconoce "el derecho a la protección de la salud", estableciendo que "compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios". Por su parte, el art. 49 CE establece que "los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos".

En el ámbito de la legislación ordinaria, el art. 6 de la Ley 33/2011, General de Salud Pública se establece que todas las personas tienen derecho a que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad sin que pueda producirse discriminación por razón, entre otras circunstancias, de discapacidad.

La exigencia de igualdad en la protección de la salud se recoge expresamente en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, cuyo art. 6 reconoce que "todas las personas tienen derecho a que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad sin

que pueda producirse discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". No puede existir diferencia alguna en la atención sanitaria que reciban todas las personas y en particular, por lo que aquí interesa, no puede existir diferencia en las actuaciones de salud pública respecto a 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[9], contiene de forma expresa un reconocimiento del derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y el mandato a las administraciones públicas de proteger de forma especialmente intensa los derechos de las personas con discapacidad en materia de igualdad en salud y protección social, entre otros ámbitos.

El legislador es consciente de que muchas personas con discapacidad no realizan ninguna actividad laboral y que por tanto no están incluidos en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, dentro del cual se garantiza el derecho a la salud. Por ello en el art. 8 se establece un "Sistema especial de prestaciones sociales y económicas para las personas con discapacidad", que comprenderá la asistencia sanitaria y la prestación farmacéutica; el subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte; la recuperación profesional; y la rehabilitación y habilitación profesionales. Además, el art. 9 prevé, en relación con la prestación farmacéutica de este sistema especial de prestaciones sociales y económicas para las personas con discapacidad, que éstas estarán exentas de aportación por el consumo de especialidades farmacéuticas.

Dentro de esta especial protección a las personas con discapacidad se incluye en el art. 10 el *Derecho a la protección de la salud*, que incluye la prevención de la enfermedad y la protección, promoción y recuperación de la salud, sin discriminación por motivo o por razón de discapacidad, prestando especial atención a la salud mental y a la salud sexual y reproductiva. Para el desarrollo de este derecho, las actuaciones de las administraciones públicas y de los sujetos privados deben prestar atención específica a las necesidades de las personas con discapacidad, conforme a la legislación sanitaria general y sectorial vigente.

Además, el art. 10.3 del RD-Leg. 1/2013 incluye un mandato a las administraciones públicas para que, por una parte, desarrollen las actuaciones necesarias para la coordinación de la atención de carácter social y de carácter sanitario, de forma efectiva y eficiente, dirigida a las personas que por problemas de salud asociados a su discapacidad tienen necesidad simultánea o sucesiva de ambos sistemas de atención, y, por otra parte, para que promuevan las medidas necesarias para favorecer el acceso de las personas con discapacidad a los servicios y prestaciones relacionadas con su salud en condiciones de igualdad con el resto de ciudadanos.

[9] 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 refunde -regularizando, aclarando y armonizándolas- 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; y 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; conforme al 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. Esta tarea de refundición, regularización, aclaración y armonización era necesaria en virtud de las modificaciones que se han producido en los últimos años, y especialmente por el sustancial cambio del marco normativo de los derechos de las personas con discapacidad, teniendo como referente principal la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. El Texto Refundido, además de revisar los principios que informan la ley conforme a lo previsto en la Convención, en su estructura se dedica un título específico a determinados derechos de las personas con discapacidad y 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.

Por otro lado, el art. 11 del RD-Leg. 1/2013 configura la prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades como un derecho y un deber de todo ciudadano y de la sociedad en su conjunto, de modo que debe formar parte de las obligaciones prioritarias del Estado en el campo de la salud pública y de los servicios sociales. La prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades atenderá a la diversidad de las personas con discapacidad, dando un tratamiento diferenciado según las necesidades específicas de cada persona. Para ello, las administraciones públicas, teniendo en cuenta lo previsto en la Ley de Dependencia (art. 21 Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia), deberán promover planes de prevención en los que se concederá especial importancia a los servicios de orientación y planificación familiar, consejo genético, atención prenatal y perinatal, detección y diagnóstico precoz y asistencia pediátrica, incluida la salud mental infanto-juvenil, asistencia geriátrica, así como a la seguridad y salud en el trabajo, a la seguridad en el tráfico vial, al control higiénico y sanitario de los alimentos y a la contaminación ambiental. Se contemplarán de modo específico las acciones destinadas a las zonas rurales.

Un aspecto importante para garantizar un verdadero derecho a la salud y a la rehabilitación de las personas con discapacidad es la existencia de equipos multiprofesionales. Por ello, el art. 12 del RD-Leg. 1/2013 incluye dentro de su Capítulo II dedicado a la protección de la salud a los equipos multiprofesionales de atención a la discapacidad que deberán existir en cada ámbito sectorial y deberán contar con la formación especializada correspondiente. Estos equipos serán competentes, en su ámbito territorial, para prestar una atención interdisciplinaria a cada persona con discapacidad que lo necesite, para garantizar su inclusión y participación plena en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás.

Dentro de ellos, destacan los equipos multiprofesionales de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad, que son los órganos encargados de valorar y calificar las situaciones de discapacidad, para su reconocimiento oficial por el órgano administrativo competente. Sus funciones van desde la emisión de dictamen técnico normalizado sobre las deficiencias, las limitaciones para realizar actividades y las barreras en la participación social, recogiendo las capacidades y habilidades para las que la persona necesita apoyos; la orientación para la habilitación y rehabilitación, con pleno respeto a la autonomía de la persona con discapacidad, proponiendo las necesidades, aptitudes y posibilidades de recuperación, así como el seguimiento y revisión: hasta la valoración y calificación de la situación de discapacidad, determinando el tipo y grado de discapacidad en relación con los beneficios, derechos económicos y servicios previstos en la legislación, sin perjuicio del reconocimiento del derecho que corresponda efectuar al órgano administrativo competente. La valoración y calificación de la situación de discapacidad que inicialmente se haga será revisable posteriormente y la valoración y calificación definitivas solo se realizará cuando la persona haya alcanzado su máxima rehabilitación o cuando la deficiencia sea presumiblemente definitiva, lo que no impedirá valoraciones previas para obtener determinados beneficios. En todo caso, las calificaciones y valoraciones de los equipos multiprofesionales de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad responderán a criterios técnicos unificados, basados en la evidencia disponible, y tendrán validez ante cualquier organismo público y en todo el territorio del Estado.

II. LOS MODELOS TEÓRICOS DE LA DISCAPACIDAD Y SU IMPACTO EN LA ATENCIÓN A LA SALUD

El RD-Leg. 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, define (art. 2) 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. Recoge esta norma el concepto de discapacidad que se contiene en la Convención Internacional sobre los derechos de las

personas con discapacidad. En dicha Convención se considera 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".

Por su parte en la *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud* (CIF), adoptada como marco conceptual para el *Informe sobre Discapacidad de la OMS y el Banco Mundial de 2011*, se define la discapacidad como un término genérico que engloba deficiencias, limitaciones de actividad y restricciones para la participación. La discapacidad denota los aspectos negativos de la interacción entre personas con un problema de salud (como parálisis cerebral, síndrome de Down o depresión) y factores personales y ambientales (como actitudes negativas, transporte y edificios públicos inaccesibles, y falta de apoyo social).

A través de estas dos definiciones de la discapacidad se pone de manifiesto el dato de que la atención a las personas con discapacidad está relacionada con la concepción que se tenga de salud/enfermedad.

Dejando aparte el modelo llamado de "prescindencia" -que considera, o consideraba, que la discapacidad tenía su origen en causas religiosas, y que las personas con discapacidad eran una carga para la sociedad, sin nada que aportar a la comunidad, (con sus dos submodelos, atendiendo a la respuesta social: el submodelo eugenésico y el submodelo de marginación)-, existen, al respecto, varios modelos histórico-conceptuales[10]:

- *Modelo médico rehabilitador*: En este modelo las causas de la discapacidad son médico-científicas y necesitan ser "rehabilitadas" o "normalizadas" para poder asimilarse a las demás personas e integrarse en la sociedad. En este modelo se establece como criterio de salud/enfermedad la "funcionalidad" y la "normalidad natural", de manera que la protección de la salud de las personas con discapacidad va dirigida a "compensar la anormalidad biológica individual", buscando su "normalización" hacia lo estándar. Es este modelo el que se refleja en la Clasificación Internacional del Funcionamiento (CIF, 2001), en el que la discapacidad se reduce a un problema causado por enfermedad, accidente o condición, que requiere cuidados individuales, pero no va dirigido a su integración social[11]. Por el contrario, el tratamiento que reciben las personas con discapacidad parte de subestimar sus capacidades y genera discriminación y dependencia. Son tratadas sólo desde el punto de vista "medicalizado y medicalizante"[12], creando para ellas espacios sobreprotegidos mediante instituciones de distinto tipo y educación especial.
- *Modelo social de discapacidad*: En este modelo se considera que las causas que originan la discapacidad no son religiosas ni científicas, sino sociales, de forma que se centra en las limitaciones que impone la propia sociedad. Según este modelo, la causa del problema de la discapacidad no está en las limitaciones individuales de las personas con

[10] Vid. al respecto, más ampliamente, Palacios, A.: *El modelo social de discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: CINCA, Madrid, 2008; Toboso Martín, M. y Arnau Ripollés, M.S.: "La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen", en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Año 10, Nº 20 Segundo semestre de 2008 [https://www.fuhem.es/wp-content/uploads/2019/08/Discapacidad_enfoque_Amartya_Sen.pdf]; también, De Ortúzar, M. G. (2018): "Justicia, capacidades diversas y acceso igualitario a las tecnologías de la información y comunicación (TIC): el impacto de la desigualdad relativa en el cuidado de la salud", en *Revista Española de Discapacidad*, 6 (I): 91-111. De manera más extensa y distinguiendo además otros modelos teóricos de discapacidad, vid. Pérez, M. E. y Chhabra, G.: "Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del concepto de discapacidad en las últimas cinco décadas", en *Revista Española de Discapacidad*, 2019, 7 (I): 7-27; Velarde Lizama, V.: "Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico", en *Revista Empresa y Humanismo*, vol. XV, nº 1, 2012, págs. 115-136.

[11] Cfr. De Ortúzar, M. G.: "Justicia, capacidades diversas…", op. cit., pág. 94.

[12] Cfr. Toboso Martín, M. y Arnau Ripollés, M.S.: "La discapacidad dentro del enfoque de capacidades…", op. cit.

> discapacidad, sino en las limitaciones de la sociedad para prestar los servicios apropiados y para garantizar que las necesidades de esas personas sean tenidas en cuenta dentro de la sociedad. Se trata de enmarcar la discapacidad dentro del contexto social, sin negar su aspecto individual; se considera que las causas que la originan son sociales y por tanto las soluciones no deben dirigirse individualmente a las personas que se encuentran en dicha situación, sino hacia la sociedad. Frente al modelo médico-rehabilitador que se centra en la normalización de las personas con discapacidad, el modelo social se centra en la normalización de la sociedad, de manera que en ésta se puedan atender las necesidades de todos.

El modelo social se aparta del tratamiento de la discapacidad en función de criterios médicos (modelo rehabilitador), pero sin negar la realidad médica que es innegable en muchos casos de personas con discapacidad. Se trata de reducir al ámbito médico lo estrictamente sanitario (aportar soluciones en el ámbito médico) y separar este ámbito del social, en el que se debe promover la igualdad de oportunidades, evitando discriminaciones y desventajas de las personas con discapacidad, lo que exige superar las barreras en la integración y lograr la participación en la vida política y social de todos los ciudadanos. El objetivo fundamental debe ser, mediante las políticas sociales necesarias, garantizar el diseño universal y la accesibilidad y promover la educación inclusiva.

Existe una variante al modelo social que es el *modelo biopsicosocial*, que pretende alcanzar un compromiso entre el modelo médico y el modelo social. Distingue entre 'déficit' (definido anteriormente como deficiencia) que se define como "la pérdida o anormalidad de una parte del cuerpo o de una función fisiológica o mental"[13] y "limitaciones en la actividad" (definidas antes con el término discapacidad) que son "las dificultades que una persona puede tener en la ejecución de las actividades" y que pueden clasificarse en distintos grados. La "restricción en la participación" se determina "al comparar la participación de una persona con discapacidad con la participación esperada por una persona sin discapacidad en una cultura o sociedad determinadas". La deficiencia se considera como una anomalía en las funciones o estructuras corporales que dificulta o impide realizar acciones que se consideran valiosas. En cambio, la discapacidad es la interacción de esa deficiencia con el mundo, de forma que puede o no ser una discapacidad según quién y dónde se dé. Así, este modelo tiene en cuenta la interacción entre estas dos dimensiones (deficiencia y discapacidad) y todo ello se pone en relación con las "barreras" (tecnológicas, políticas, sociales, de actitudes, etc.) que son los factores ambientales que condicionan el funcionamiento de la persona con discapacidad y crean su discapacidad.

Este enfoque biopsicosocial destaca la importancia de prever las deficiencias y, además, de actuar en el entorno social, debiendo contemplarse ambos criterios en las políticas de salud. A este modelo responde la *Clasificación internacional del funcionamiento, la discapacidad y la salud*, CIF (OMS, 2001), y es el marco conceptual que fue adoptado por la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (UN, 2007) y seguido, además, en el *Informe Mundial de Discapacidad* (OMS 2011), que define 'discapacidad' como "cualquier aspecto negativo de la interacción entre un individuo (con un problema de salud) y los factores contextuales de ese individuo (factores ambientales y personales)" 2011)[14].

- *Modelo de la diversidad funcional*: A partir del año 2006, A. Palacios y J. Romañach[15], proponen el modelo de la diversidad para sustituir el paradigma médico rehabilitador y superar también el paradigma social. Este nuevo modelo parte de que el propio concepto de discapacidad es

[13] Romañach, J. y Lobato, M.: "Diversidad funcional, nuevo término para la lucha por la dignidad en la diversidad del ser humano", 2005 (en línea). <http://forovidaindependiente.org/diversidad-funcional-nuevo-termino-parala-lucha-por-la-dignidad-en-la-diversidad-del-ser-humano/>, citado por Pérez, M. E. y Chhabra, G.: "Modelos teóricos de discapacidad…", op.cit., pág. 16.

[14] Pérez, M. E. y Chhabra, G.: "Modelos teóricos de discapacidad…", op.cit., pág. 16

[15] Palacios, A. y Romañach J.: *El modelo de la diversidad*, Ediciones Diversitas, Valencia, 2006

estigmatizador y que es fundamental, para aceptar definitivamente el hecho de la diversidad humana (incluida la discapacidad o "diversidad funcional"), superar la dicotomía entre los conceptos de "capacidad" / "discapacidad". Este modelo utiliza una nueva denominación, "diversidad funcional", a través de la cual pretende resaltar que las personas con diversidad funcional realizan las mismas funciones que los demás, pero de un modo diferente. Plantean que todas las personas tienen un mismo valor moral y la misma condición de humanidad y de dignidad, independientemente de sus "capacidades, o discapacidades", y que, por tanto, tienen que tener garantizados los mismos Derechos Humanos y toda discriminación que sufra se entenderá como una violación de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

No obstante, entre otras críticas, algunos autores han considerado que una cosa es distinguir entre discapacidad -como concepto discriminador- y otra es negar la deficiencia misma[16]. Si sostenemos que es solo una diversidad, entonces no haremos nada para evitarlas, tratarlas, prevenirlas, mejorarlas. Por lo tanto, el concepto de capacidades diversas permite evitar la carga peyorativa y estigmatizadora de la discapacidad, pero no puede interpretarse sólo que toda deficiencia es sólo diversidad porque no permite esclarecer un criterio de prioridades en investigación y políticas sanitarias, al no brindar criterios claros de acceso a la salud[17].

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad responde fundamentalmente al modelo social o su variante biopsicosocial. No obstante, en la actualidad, en la mayor parte de los países desarrollados coexisten en la práctica el modelo rehabilitador y el modelo social, existiendo conflictos de derechos en el momento de su aplicación. De forma que la atención sanitaria a las personas con discapacidad no puede centrarse en su "patologización", considerándolas en el ámbito individual como personas con deficiencias que necesitan ser "curadas" o "rehabilitadas" y obviando la dimensión social, sino que debe situarse en la interacción entre las circunstancias de salud y en el entorno social (arquitectónico, institucional, etc.)[18]. Aparte de las "capacidades diversas" (frente al estándar normativo) que pueda tener una persona, puede gozar de buena salud o, por el contrario, puede requerir una atención sanitaria especializada, pero en cualquier caso debe poder ejercitar sus capacidades diversas en igualdad de oportunidades, en las mismas condiciones de dignidad humana y sin encontrar obstáculos a su participación social.

Hoy día la salud no se puede comprender exclusivamente como un fenómeno biológico. La salud de la población depende, en gran medida, de la interacción entre el ámbito biológico-médico y el ámbito social. Ya desde el año 2005, la Organización Mundial de la Salud (OMS) estableció la Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud (CSDH), cuyo Informe de 2008[19] destacaba la necesidad de actuar sobre los "determinantes sociales de la salud" para alcanzar la equidad sanitaria. Numerosos autores, como Amartya Senn[20], resaltan asimismo como las desigualdades sociales constituyen los determinantes psicosociales principales que afectan a la salud en las sociedades actuales.

---

[16] Vid. Canimas, J.: "¿Discapacidad o diversidad funcional?". *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, 46 (2): 79-97.

[17] Cfr. De Ortúzar, M. G.: "Justicia, capacidades diversas…", op. cit., pág. 96.

[18] Vid. Hernández-Galán, J.: "Nuevos focos de la atención sanitaria: pacientes discapacitados, crónicos, frágiles y terminales", en AESSS: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Ediciones Laborum, Murcia, 2016, págs. 697 y sigs.

[19] Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud (CSDH) de la OMS: *Subsanar las desigualdades en una generación: alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes de la salud*. Informe 2008. Editado en Buenos Aires, Edic. Journal, S.A., 2009.

[20] Sen, A.: "Why health equity?" en Anand, S. et al. (eds.): *Public health, ethics and equity*. New York, 2004, Oxford University Press; De Ortúzar, M. G.: "Justicia, capacidades diversas…", op. cit., pág. 93 y la bibliografía ahí citada; Tamayo, M., Besoaín, Á. y Rebolledo, J.: "Determinantes sociales de la salud y discapacidad: actualizando el modelo de determinación", en Gaceta Sanitaria, 2018;32(1):96-100 [https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2016.12.004].

En consecuencia, la protección de la salud de las personas con discapacidad exige, en primer lugar, evaluar la salud no exclusivamente desde el punto de vista médico-biológico, sino teniendo en cuenta los determinantes sociales que inciden en ella; y, en segundo lugar, garantizar el acceso igualitario a la protección de la salud de las personas con discapacidad.

III. RETOS PARA LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. EL ENVEJECIMIENTO DE LA POBLACIÓN, LA CONSTRUCCIÓN DE SISTEMAS DE SALUD EFICIENTES Y SOSTENIBLES Y LA LUCHA CONTRA LAS DESIGUALDADES SANITARIAS

En las últimas décadas se han ido poniendo de relieve una serie de retos para la salud de la población, cada vez más acuciantes, que exigen un nuevo planteamiento estratégico por la salud en Europa y en los distintos Estados nacionales. Retos que afectan a toda la población, pero que tienen especial incidencia en las personas con discapacidad.

-En primer lugar, la evolución demográfica está cambiando los patrones patológicos e introduce nuevas cargas -o cambian cuantitativa o cualitativamente las ya existentes- que pesan sobre la sostenibilidad de los sistemas sanitarios de la Unión Europea. En esta evolución destacan el envejecimiento de la población y el número cada vez mayor de pacientes con enfermedades crónicas o de larga duración que están incrementando las hospitalizaciones, asistencia continua y mayores costes sanitarios. Ello exige profundizar en las herramientas de coordinación y de cohesión territorial de la atención sanitaria en los distintos niveles europeo, nacional y autonómico (asistencia sanitaria multinivel), de forma que se afiancen los aspectos positivos y se mitiguen las deficiencias detectadas.

-En segundo lugar, se han planteado nuevos riesgos para la salud que derivan de la globalización, de los conflictos del mundo actual y del cambio climático. Las pandemias (como es el caso en este último año de la situación de crisis sanitaria derivada de la COVID-19), los incidentes físicos y biológicos graves y el bioterrorismo se van a suceder previsiblemente en las próximas décadas y constituyen acuciantes amenazas potenciales para la salud. El cambio climático está también en el origen de nuevos patrones de enfermedades contagiosas.

-En tercer lugar, los sistemas de atención sanitaria han evolucionado mucho en los últimos años, en parte como consecuencia del rápido desarrollo de nuevas tecnologías, que están revolucionando la forma en que fomentamos la salud y predecimos, prevenimos y tratamos las enfermedades. Se trata de tecnologías de la información y la comunicación (TIC), innovaciones en genómica, biotecnología y nanotecnología.

1. El envejecimiento y la discapacidad

El envejecimiento de las personas mayores, consecuencia de su mayor esperanza de vida, constituye, como se ha dicho, "un éxito de los sistemas públicos de Estado Social de Derecho"[21]. Como se señala en el Libro Blanco del IMSERSO sobre "Envejecimiento Activo"[22], "Europa envejece de forma rápida y progresiva y se está produciendo un fenómeno nuevo, una 'revolución silenciosa', que está trastocando nuestras estructuras demográficas y que tiene importantes repercusiones sociales, económicas y culturales, exigiendo importantes cambios en nuestra sociedad". Se trata efectivamente de un éxito de los sistemas públicos de Estado social pero, al mismo tiempo, supone nuevos retos para la sociedad y exige que se adapten las políticas públicas y se fortalezca el modelo social europeo. Se ha destacado sobre todo el crecimiento de las personas de más edad, las de 80 y más años, que es el segmento con mayor incidencia y prevalencia de enfermedades crónicas y morbilidad, planteándose

[21] Vid. Monereo Pérez, J.L.: *Ciudadanía y derechos de las personas mayores*. Comares, Granada, 2013, pág. 2.

[22] *Libro Blanco del IMSERSO sobre "Envejecimiento Activo",* Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, 2011, pág. 19. [http://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/8088_8089libroblancoenv.pdf]

como consecuencia de ello la viabilidad del sistema de salud y de cuidados, así como la viabilidad del sistema de pensiones[23].

Es claro que el envejecimiento de la población supone un aumento de las necesidades sociales y nuevas demandas de bienes y servicios, dando lugar a un mayor gasto en prestaciones sanitarias, de dependencia, de servicios sociales y de pensiones. En efecto, uno de los retos derivados del envejecimiento de la población es el número cada vez mayor de pacientes con enfermedades crónicas o de larga duración o en situación de dependencia y de las personas con discapacidad, en la medida en que la edad es un factor determinante de la discapacidad. Consecuencia de ello es la exigencia de prestaciones sanitarias y sociales adecuadas a estas situaciones: un aumento de las hospitalizaciones, un importante gasto farmacéutico, asistencia continua y necesidades de atención sociosanitaria.

Las enfermedades crónicas son responsables de más del 80% de las muertes prematuras en la Unión Europea, por lo que es necesario identificar, difundir y promover la adopción de buenas prácticas de promoción de la salud y prevención de enfermedades. La prevención eficaz y el envejecimiento saludable se consideran los dos pilares básicos para hacer frente a este reto. Como se indica en el *Reglamento (UE) Nº 282/2014, de 11 de marzo de 2014, relativo a la creación de un tercer programa de acción de la Unión en el ámbito de la salud para el período 2014-2020*, "El Programa debe contribuir a prevenir las enfermedades en todos sus aspectos (prevención primaria, secundaria y terciaria) y a lo largo de toda la vida de los ciudadanos de la Unión, a promover la salud, y a fomentar entornos que propicien estilos de vida saludables, teniendo en cuenta factores subyacentes de índole social y medioambiental, así como las consecuencias para la salud de determinadas discapacidades". Favorecer el envejecimiento saludable significa por un lado promover la salud a lo largo de toda la vida, a fin de prevenir desde una edad temprana los problemas de salud y las discapacidades, y por otro luchar contra las desigualdades en materia de salud asociadas a factores sociales, económicos y medioambientales.

En el caso español, el Informe de la UE "State of Health in the EU. España. Perfil Sanitario del país", de 2017, destaca que nuestro país, con una población que envejece rápidamente, uno de los retos principales del sistema sanitario español será lograr una mayor eficiencia en la prestación de asistencia sanitaria y de cuidados de larga duración. Ello implicará la "búsqueda de reformas estructurales para reasignar recursos con el fin de una atención más eficaz y una mayor gestión de las enfermedades crónicas fuera de los centros hospitalarios"[24].

La OMS define el envejecimiento activo como "el proceso de optimización de oportunidades de salud, participación y seguridad con el objetivo de mejorar la calidad de vida a medida que las personas envejecen", es decir, establecer los mecanismos necesarios para que las personas mayores mantengan una situación de bienestar a nivel físico, social y mental. Por todo ello, en los programas de trabajo de la UE, de la OMS o de la ONU se destaca especialmente el objetivo de "envejecimiento activo y autogestión de la salud" ("Active ageing and self-management of health") como desafío

[23] Vid. Bazo, María Teresa: "Introducción", en AAVV (Bazo, María Teresa, Coord.): *Envejecimiento poblacional y el reto de la dependencia. El desafío del envejecimiento en los sistemas sanitarios y sociales de España y Europa*. Nau-Llibres- Edicions Culturals Valencianes, S.A. Colección Edad y Sociedad, nº 11, 2012, págs. 9-10.

[24] Vid. State of Health in the EU. España. Perfil Sanitario del país 2017. https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/state/docs/chp_es_spanish.pdf
Además, este Informe destaca, en relación con el desempeño del sistema sanitario, que la mortalidad tratable en España sigue siendo una de las más bajas de los países de la UE, lo que indica que el sistema de atención sanitaria es eficaz en el tratamiento de las personas con afecciones potencialmente mortales. En cuanto al acceso a la atención sanitaria en España, se considera que es bueno en términos generales; sin embargo, los tiempos de espera siguen suponiendo un problema, y han aumentado la necesidad no cubierta en relación con los medicamentos y los servicios que tienen menos cobertura de la asistencia médica pública, como la asistencia odontológica. Como resiliencia del sistema, se pone de relieve que tras la crisis económica se tomaron una serie de medidas de urgencia para reducir el gasto público en sanidad, pero la mayoría de estas medidas no implicaron cambios estructurales del sistema sanitario.

específico que requiere el apoyo social para los pacientes, cubriendo un continuo de atención en el hospital, en pacientes ambulatorios, y la integración de nuevo a la vida laboral. Si la población aún viviendo más años se mantiene con buena salud, la subida del gasto en atención sanitaria resultante del envejecimiento se reduciría a la mitad. El envejecimiento saludable debe apoyarse con acciones de promoción de la salud y de prevención de la enfermedad a lo largo de toda la vida, creando una población sana y productiva y favoreciendo el envejecimiento saludable en el presente y en el futuro.

En el Informe Mundial sobre la Discapacidad de la OMS y el Banco Mundial de 2011 se estimaba que más de mil millones de personas viven con algún tipo de discapacidad; o sea, alrededor del 15% de la población mundial (según las estimaciones de la población mundial en 2010). Y se constataba ya que las cifras están en alza. El número de personas con discapacidad está creciendo debido, en gran medida, al envejecimiento de la población -las personas ancianas tienen un mayor riesgo de discapacidad- y al incremento global de los problemas crónicos de salud asociados a discapacidad, como la diabetes, las enfermedades cardiovasculares y los trastornos mentales. Se estima que las enfermedades crónicas representan el 66,5% de todos los años vividos con discapacidad en los países de ingresos bajos y medianos. Las características de la discapacidad en un país concreto están influidas por las tendencias en los problemas de salud y en los factores ambientales y de otra índole, como los accidentes de tráfico, las catástrofes naturales, los conflictos, los hábitos alimentarios y el abuso de sustancias.

2. La construcción de sistemas de salud eficientes y sostenibles

Para hacer frente a los problemas de salud pública que hoy día son comunes en la mayor parte de los países europeos (tales como las enfermedades crónicas, la morbilidad múltiple u obesidad y problemas de salud mental) se requiere que los distintos modelos de sistemas de salud sean sostenibles y sean resistentes. El *Informe sobre la Salud en el Mundo. La financiación de los sistemas de salud. El camino hacia la cobertura universal* (OMS, 2010) pone el acento en esta cuestión. Partiendo de que la buena salud es fundamental para el bienestar humano y para el desarrollo económico y social sostenible, la OMS fija el objetivo de "desarrollar los sistemas de financiación sanitaria para garantizar que todas las personas puedan utilizar los servicios sanitarios mientras están protegidas contra las dificultades económicas asociadas al pago de los mismos".

En Europa la mayor parte de los países cuentan con unos sistemas de salud públicos -con distintos modelos en cuanto a su financiación y gestión y en cuanto al catálogo de prestaciones- que garantizan una adecuada protección de la asistencia sanitaria a la población. No obstante, todos los Sistemas Nacionales de Salud están sometidos a continuos debates sobre su extensión (en cuanto a las personas protegidas y en cuanto a los procedimientos y carteras de servicios incluidas en los mismos) y sobre sus límites, y especialmente respecto a su viabilidad financiera. Existen continuas tensiones entre los recursos disponibles y el progresivo incremento del gasto, en gran medida como consecuencia de la costosa incorporación de la innovación en los sistemas sanitarios (procedimientos, tecnología, fármacos…)[25].

La cuestión se ha agravado como consecuencia de la crisis económica, que provocó un fuerte descenso en los niveles del gasto sanitario a partir de los recortes que se aplicaron, afectando principalmente al personal -con un inmediato reflejo en las listas de espera para la atención especializada y, en particular, para intervenciones quirúrgicas y en el número de camas hospitalarias disponibles- y al gasto farmacéutico. Como destaca el prof. Lobo, "España se situaba, antes de la crisis, entre los países con mayor gasto público farmacéutico 'per cápita' del mundo, por encima de la media de la zona del euro y de países comparables como Reino Unido o los nórdicos y entonces también muy por encima de la media observada para la OCDE"; datos que "sugieren un amplio

[25] Vid. el interesante y profundo estudio del profesor Lobo, F.: *La economía, la innovación y el futuro del Sistema Nacional de Salud*. Funcas, 2017.
Disponible en: https://www.funcas.es/publicaciones/Sumario.aspx?IdRef=9-08017

acceso de la población a los medicamentos". Desde 2009 hasta 2013 dicho gasto cayó anualmente en tasa promedio un 6,4% en términos reales; datos que "muestran que la reducción del gasto (público) en sanidad a resultas de la crisis se debe en parte a la reducción del gasto farmacéutico"[26]. Como se reconoce en todos los informes recientes, esto ha condicionado, en el momento actual, la respuesta eficaz a la pandemia provocada por la COVID-19.

Es innegable, como señala Monereo Pérez[27], que los Sistemas Sanitarios Nacionales se encuentran en el centro de complejos debates sobre la mejora de las condiciones de la calidad de vida de la población, el control de gasto público, el uso racional de los servicios, el papel de la iniciativa privada, etc. En todo ello se plantea el "debate entre los espacios respectivos de lo público y de lo privado", que se inclina cada vez más hacia el fomento de las diversas formas de prestación privada, promoviendo de forma interesada una creciente desconfianza de los ciudadanos en la sanidad pública (los seguros médicos privados crecen a la par que las listas de espera en la sanidad pública). Es indiscutible que el mercado de servicios sanitarios privados ha tenido, en España como en otros países, un crecimiento extraordinario. Pese a todo, los Informes ponen de manifiesto que la población sigue confiando en la sanidad pública, especialmente para hacer frente a problemas serios de salud.

A partir del Informe SESPAS 2014, Seguro Benedicto[28], pone de relieve que aunque el sistema sanitario público está sometido a una importante tensión, los indicadores de mortalidad apenas se han visto afectados, si bien han aumentado los problemas de salud mental así como la frecuentación de los servicios sanitarios y el número de medicamentos prescritos con receta pública han disminuido mucho. Se destaca que buena parte de la disminución del gasto sanitario público se debe a ello, ya que el gasto hospitalario no ha disminuido, pero sí el de atención primaria y el de salud pública.

Todas las previsiones en el ámbito de la Unión Europea señalan la existencia de una continua presión sobre el gasto público en asistencia sanitaria, por lo que es imprescindible equilibrar las necesidades de asistencia sanitaria con los recursos disponibles[29]. Ese objetivo, como sintetiza Monereo Pérez[30], se asienta en dos criterios diferenciados: Por una parte, la racionalización del coste, a través de medidas dirigidas a la reducción del gasto farmacéutico, la innovación de terapias e intervenciones que reduzcan el tiempo de hospitalización y la educación sanitaria preventiva. Por otra parte, la reducción del coste (recorte del gasto) por un menor compromiso público y privatización de las formas de organización del servicio. En esta última línea, la mayor parte de los países han puesto en práctica, sobre todo tras la crisis económica, medidas para reducir el gasto público en sanidad, especialmente reduciendo el alcance, la amplitud y la profundidad de la cobertura pública. Estas reformas hicieron recaer algunos de los costes de la atención sanitaria y los medicamentos en los hogares[31]. Destacan las fórmulas de participación de los beneficiarios en el coste de la asistencia sanitaria en distintos casos o copago, especialmente en cuanto al gasto farmacéutico.

[26] Vid. Lobo, F.: *La economía, la innovación y el futuro del Sistema Nacional de Salud*. Funcas, 2017, págs. 130-132.

[27] Monereo Pérez, J.L.: "Protección de la salud", en AAVV: *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., Dirs.), págs. 960-961.

[28] Seguro Benedicto, A.: "Recortes, austeridad y salud. Informe SESPAS 2014", *Gaceta Sanitaria* 2014; 28 (S1), 7-11, en el análisis del Informe SESPAS 2014 (Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria).

[29] Comisión Europea (CE). *The 2015 Ageing Report. Economics and budgetary projections for the 28 EU Member States (2013-2060)*. European economy 3/2015. [*Informe sobre el Envejecimiento 2015. Proyecciones económicas y presupuestarias para los 28 Estados miembros de la UE (2013-2060)]*. Comisión Europea (CE). ISSN 0379-0991

[30] Monereo Pérez, J.L.: "Protección de la salud", op.cit., pág. 964

[31] Para el caso de España, vid. Comisión Europea: *State of Health in the EU. España. Perfil sanitario del país 2017*. Disponible en https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/state/docs/chp_es_spanish.pdf.

Por todo ello, el reto de crear sistemas de salud innovadores, eficientes y sostenibles exige hoy un mejor diseño de los servicios[32], intervenciones en toda la cadena de atención, mayor énfasis en la autogestión de los pacientes y una mayor vinculación entre salud y asistencia social.

El cambio de paradigma que se ha producido en los últimos años en las políticas de atención a la salud de las personas con discapacidad parte del hecho de que la mayoría de personas con discapacidad no son enfermas ni se sienten enfermas, por lo que su protección de la salud debe llevarse a cabo del mismo modo que para el resto de los ciudadanos, es decir, a través de los sistemas normalizados e integrados de atención sanitaria[33]. No obstante, es innegable que, por un lado, muchas personas con discapacidad necesitan una atención de salud más frecuente e intensa que el resto de la población y, por otro lado, que frecuentemente las personas con discapacidad se enfrentan a barreras -arquitectónicas, de información…- para acceder a tales sistemas de salud. Ello puede suponer que el sistema sanitario no atienda de forma adecuada sus necesidades o que no reciban la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos, de forma que se vulnere el art. 25 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que reconoce que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación.

Esto exige que los sistemas de salud, para ser realmente eficientes e innovadores, lleven a cabo las adaptaciones necesarias para ofrecer servicios preventivos, de diagnóstico y de tratamiento específico a las personas con discapacidad, que permita eliminar problemas de infradiagnóstico o de sobretratamiento. Además, se deben eliminar los problemas de accesibilidad a la atención sanitaria y se deben establecer programas específicos de atención[34].

3. La lucha contra las desigualdades en materia de salud

Uno de los retos más importantes para garantizar la protección de la salud es conseguir la reducción de las desigualdades en materia de salud, tanto socioeconómicas como geográficas. En diciembre de 2013 la Comisión europea publicó el *Informe sobre desigualdades sanitarias en la UE (Health inequalities in the EU)*[35], que confirma la existencia de importantes desigualdades sanitarias entre y dentro de los Estados miembros de la UE. En dicho Informe además se destacan los nuevos indicios de desigualdad en materia de salud dentro de la Unión Europea y se lleva a cabo una evaluación de la eficacia de las medidas adoptadas. El Informe deja claro que para abordar las desigualdades en salud son necesarias políticas que incluyan tanto acciones para abordar el gradiente en salud en toda la sociedad como acciones particulares dirigidas a los más vulnerables. Se considera necesario prestar especial atención a la intervención y prevención tempranas y a determinados grupos especiales entre los cuales se incluyen las personas con discapacidad (junto a otros grupos, como las personas que sufren pobreza, ancianos, niños o migrantes).

Según la OMS[36], se entiende por inequidades sanitarias las desigualdades evitables en materia de salud entre grupos de población de un mismo país, o entre países. Esas inequidades son el resultado de desigualdades en el seno de las sociedades y entre sociedades: las condiciones sociales y económicas,

[32] Vid. al respecto, Girela Molina, B.: *Gestión administrativa de la asistencia sanitaria en el sistema nacional de salud.* Tesis doctoral. Universidad de Granada, 2014 (Tesis en acceso abierto en: DIGIBUG). Girela Molina, B.: "Situación actual y tendencias en la gestión de la asistencia sanitaria en el sistema nacional de salud", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº. 38, 2014; y del mismo autor, "La gestión de la asistencia sanitaria en una encrucijada", *Revista de derecho de la seguridad social*, Nº. 4, 2015, págs. 51-74.

[33] Vid. Leturia Arrazola, F. J. et al.: "La atención sanitaria a las personas con discapacidad", en *Revista Española de Discapacidad*, 2014, 2 (1): 151-164.

[34] Leturia Arrazola, F. J. et al. (2014): "La atención sanitaria a las personas con discapacidad". Revista Española de Discapacidad, 2 (1): 151-164.

[35] Comisión Europea: *Health inequalities in the EU - Final report of a consortium. Consortium lead: Sir Michael Marmot*. Diciembre 2013.
[https://ec.europa.eu/health//sites/health/files/social_determinants/docs/healthinequalitiesineu_2013_en.pdf]

[36] http://www.who.int/social_determinants/final_report/key_concepts_es.pdf?ua=1

y sus efectos en la vida de la población, determinan el riesgo de enfermar y las medidas que se adoptan para evitar que la población enferme, o para tratarla. La OMS entiende por "determinantes sociales de la salud" las circunstancias en que las personas nacen, crecen, viven, trabajan y envejecen, y los sistemas establecidos para combatir las enfermedades; circunstancias que están configuradas por un conjunto más amplio de fuerzas: económicas, sociales, normativas y políticas. Por ello considera que los factores que determinan las inequidades sanitarias son el contexto mundial; la organización del funcionamiento interno de las sociedades, que propicia la aparición de diversas formas de posición social y jerarquía; y el lugar que cada cual ocupa en la jerarquía social. Para conseguir la equidad sanitaria son necesarias políticas sociales y económicas en todos los sectores (por ejemplo, finanzas, educación, vivienda, empleo, transporte y sanidad), ya que aunque la salud no sea el objetivo principal de las políticas de esos sectores, todos ellos están estrechamente vinculados con la salud y la equidad sanitaria.

En respuesta a la creciente preocupación suscitada por las inequidades en salud, persistentes y cada vez mayores[37], la Organización Mundial de la Salud (OMS) estableció en 2005 la Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud (CSDH), para que ofreciera asesoramiento respecto a la manera de mitigarlas. En 2008, esta Comisión concluyó que las desigualdades sociales en la salud surgen debido a las desigualdades sociales y económicas (Informe de 2008 de la Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud (CSDH): *Subsanar las desigualdades en una generación: alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes de la salud*[38]*)* y proponía tres recomendaciones generales: mejorar las condiciones de vida cotidianas; luchar contra la distribución desigual del poder, el dinero y los recursos; medición y análisis del problema y evaluación de las intervenciones.

También en el ámbito de la Unión Europea, el *Informe sobre desigualdades sanitarias en la UE* de 2013 revela que las desigualdades en materia de salud entre los distintos grupos sociales de los Estados miembros siguen siendo alarmantes, aunque también confirma la tendencia a largo plazo hacia la reducción de diferencias en cuanto a esperanza de vida entre los Estados miembros y el descenso de las desigualdades en mortalidad infantil. Entre las Conclusiones que se establecen en este Informe destaca el grave riesgo de que la crisis financiera, económica y social termine socavando las políticas existentes y afectando negativamente a las desigualdades en salud. Se destacan los efectos positivos de aumentos en el gasto social para reducir las desigualdades sociales y su potencial para contribuir a la reducción de las desigualdades de salud. Se señala asimismo que el papel del sector de la salud en la lucha contra las desigualdades sanitarias es vital pero que, por sí solo, no puede reducir las desigualdades en salud, sino que se requiere una acción sobre todos los determinantes sociales de la salud, por lo que todavía es necesario un mayor compromiso de las políticas fuera del sector de la salud.

Pero junto a los determinantes sociales, otros factores vienen también produciendo de forma importante desigualdades en salud. Destacan, entre otros, la existencia de desigualdades territoriales y desigualdades en el acceso a las prestaciones sanitarias dentro los propios Sistemas Nacionales de Salud. Este tipo de desigualdades son apreciables en España como consecuencia del proceso de descentralización del sistema nacional de salud. Pese a los diversos mecanismos establecidos legalmente para la coordinación interterritorial (Fondo de Cohesión Sanitaria; Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud), sigue existiendo un importante riesgo de fragmentación y falta de uniformidad de este modelo sanitario público descentralizado. Ciertamente, el establecimiento, como ocurre en España, de unas prestaciones comunes para todos los ciudadanos (cartera común

[37] Vid. el interesante trabajo de Gwatkin, R.: "Desigualdades sanitarias y salud de los pobres: ¿Qué sabemos al respecto? ¿Qué podemos hacer?". *Boletín de la Organización Mundial de la Salud*. Recopilación de artículos Nº 3, 2000 [Artículo publicado en inglés en el Bulletin of the World Health Organization, 2000, 78 (1): 3-18]. Se puede consultar en *ud31bc_desigualdades-sanitariasRGwatkin.pdf*

[38] Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud (CSDH) de la OMS: *Subsanar las desigualdades en una generación: alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes de la salud*. Informe 2008. Editado en Buenos Aires, Edic. Journal, S.A., 2009. Disponible en https://www.who.int/social_determinants/thecommission/finalreport/es/

de servicios) y la existencia de centros, servicios y unidades de referencia del Sistema Nacional de Salud (CSUR) son dos elementos esenciales de la cohesión y de la equidad sanitaria[39], pero no se han establecido "mecanismos efectivos de coordinación que permitan mantener las condiciones universales e igualitarias que se establecieron como básicas cuando se creó el SNS"[40].

También en el acceso a las prestaciones sanitarias se producen inequidades sanitarias, pese a que uno de los principios básicos del derecho fundamental a la salud es la garantía de acceso a las prestaciones sanitarias en condiciones de igualdad efectiva. Abásolo, Pinilla y Negrín[41] señalan que "la equidad se conseguiría igualando el acceso entre aquellos con igual necesidad sanitaria (equidad horizontal) y facilitando un mayor acceso a aquellos con mayor necesidad sanitaria (equidad vertical)". Así, los estudios muestran que en los países desarrollados las desigualdades benefician a los grupos socioeconómicos más favorecidos en el acceso y utilización de servicios especialistas y hospitalarios, mientras que en el acceso y uso de servicios primarios las desigualdades benefician a los grupos socioeconómicos menos favorecidos.

En un interesante estudio, Palomo Cobos y Sánchez Bayle[42] ponen de relieve que "es necesario que el sistema de salud comprenda los obstáculos específicos a la atención equitativa y las necesidades de salud de las poblaciones desfavorecidas, y esto requiere planificación centrada en la equidad con herramientas efectivas y prácticas, y la evaluación del impacto en salud de las medidas favorecedoras de equidad. En su trabajo muestran como en España todavía perdura la desigualdad en la utilización ambulatoria del médico especialista y del médico de familia relacionada con la renta de los individuos, de tal forma que existe una infrautilización de la Atención Primaria y del médico de familia por parte de determinados grupos socioeconómicos (clases altas, mutualistas, sujetos con seguro médico privado) que, sin embargo, sobreutilizan al especialista.

Junto a ello el establecimiento del copago en el acceso a las prestaciones sanitarias (fundamentalmente en el acceso a los médicamentos, pero también respecto a prestaciones básicas -hospitalización- o accesorias -transporte no urgente en ambulancias, prótesis, etc.-), introducen un elemento importante de desigualdad en salud. Tanto en el ámbito internacional como nacional se ha puesto reiteradamente de manifiesto que el copago tiene efectos negativos sobre la equidad: representa un obstáculo y una discriminación para acceder a los servicios sanitarios y provoca una importante

[39] Vid. Remacha Roig, P.: "Administración sanitaria. Coordinación institucional en el estado autonómico", en AAVV: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Edit. Laborum. Murcia 2016, págs. 571-585.

[40] Vid. Rey del Castillo, J. (Coordinador): *Análisis y propuestas para la regeneración de la sanidad pública en España*. Documento de trabajo Nº: 190/2015. Fundación Alternativas, pág. 8. [Disponible en https://www.fundacionalternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/analisis-y-propuestas-para-la-regeneracion-de-la-sanidad-publica-en-espana]

[41] Abásolo, I., Pinilla, J., Negrín, M.: "Equidad en la utilización de servicios sanitarios públicos por Comunidades Autónomas en España: un análisis multinivel", *Hacienda Pública Española / Revista de Economía Pública*, 187-(4/2008): 87-106, se puede ver también en https://bibacceda01.ulpgc.es:8443/bitstream/10553/22108/1/Equidad_utilizaci%C3%B3n_servicios.pdf]

[42] Vid. Palomo Cobos, L. y Sánchez Bayle, M.: *La Atención Primaria española: Situación actual y perspectivas cuarenta años después de Alma-Ata*. Documento de trabajo Nº: 196/2018. Fundación Alternativas. Madrid, 2018, pág. 58. Los autores mantienen una clara defensa de la Atención Primaria como medio para contribuir a la reducción de las desigualdades, para adaptar sus estructuras a la flexibilidad que exigen los tiempos y las formas de relación social, y su funcionamiento a la diversidad de las demandas asistenciales, y para seguir obteniendo el reconocimiento de la población y cumpliendo con la proporcionalidad entre presupuesto y resultados asistenciales. También critican, muy acertadamente, "el modelo MUFACE ha permitido financiar y subvencionar con fondos públicos a empresas sanitarias privadas que de otra manera no hubieran sobrevivido durante tantos años de ineficiencia gestora. Este modelo favorece la selección de riesgos y el rechazo de pacientes más costosos y lleva asociados sobrecostes importantes para las arcas públicas que las que reciben subvención". [Disponible en: https://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/50a207f8de958230ee99c3056f3fb811.pdf]

disminución en el estado de salud de las personas con menos ingresos o especialmente vulnerables, como los mayores, enfermos crónicos o desempleados.

Tiene como consecuencia un empeoramiento de la salud y, al mismo tiempo, un incremento del gasto sanitario por el incremento de ingresos hospitalarios[43].

En numerosos estudios se ha planteado la incorporación de la discapacidad como un determinante estructural dentro de los determinantes sociales de la salud, en la medida en que la situación de discapacidad puede producir el mismo fenómeno de inclusión/exclusión social de las personas. Se trata de llevar a cabo un cambio de planteamiento importante sobre la discapacidad, pasando de abordarla como sinónimo de estado de salud a entenderla en el contexto de las diversas condiciones sociales y de los factores ambientales que desfavorecen a las personas con discapacidad[44]. De manera que se propone, en cumplimiento con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, reservar un espacio relevante en el diseño y la implementación de políticas públicas a eliminar las barreras y obstáculos, entre ellos los relativos a las condiciones de acceso a la salud, con que se enfrentan las personas con discapacidad y que impiden su participación activa en la sociedad y la garantía de sus derechos.

El *Informe Mundial sobre Discapacidad de la OMS y el Banco Mundial* de 2011 pone de relieve que aunque la discapacidad se correlaciona con desventaja, no todas las personas discapacitadas tienen las mismas desventajas. Es decir, aparte de los obstáculos discapacitantes, determinados colectivos sufren además situaciones de discriminación o de desigualdad. En este sentido, las mujeres con discapacidad sufren también discriminación de género y tienen peores condiciones de trabajo y salario; las personas con discapacidad, tanto hombres como mujeres, son dos veces más propensos a no tener educación o a tener sólo educación primaria incompleta. También el tipo de discapacidad añade un nuevo elemento de desigualdad, así la deficiencia intelectual o sensorial supone una mayor situación de exclusión que la deficiencia física.

En cuanto al acceso a la salud, se ha demostrado que las personas con discapacidad no tienen un acceso equitativo a las prestaciones de salud, produciendo su segregación en el sistema de salud (personas sordas, discapacitados intelectuales…). De forma que existen determinantes sociales de la salud presentes en las situaciones de discapacidad, pero, además, la discapacidad es en sí un determinante de desigualdad. Por ello, en el *Informe sobre Discapacidad de la OMS y el Banco Mundial de 2011* se destaca, por lo que se refiere a la salud de las personas con discapacidad, la necesidad de abordar los obstáculos a la atención de la salud, los obstáculos a la rehabilitación y los obstáculos a los servicios de apoyo y asistencia.

IV. CONTENIDO Y ACTUACIONES DE LA ATENCIÓN SANITARIA A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El *Informe sobre Discapacidad de la OMS y el Banco Mundial de 2011* señala que las personas con discapacidad a menudo experimentan unos niveles más deficientes de salud que la población en general y que se enfrentan a diversos retos al disfrute de su derecho a la salud. Como premisa, la OMS parte de la base de que el derecho a la salud no es sólo tener acceso a los servicios de salud, también, tener acceso a los otros determinantes de la salud, como agua potable, saneamiento y vivienda adecuada. También incluye libertades y facultades, como el derecho a estar libre del

[43] Vid. Martín García, M.: *El copago sanitario: resultados para el sistema sanitario y los pacientes*. Documento de trabajo 183/2014. Fundación Alternativas. Madrid, 2014; Joan Benacha, J., Tarafaa, G. y Muntanera, C.: "El copago sanitario y la desigualdad: ciencia y política", *Gac Sanit*. 2012; 26(1):80-82; Amaadachou Kaddur, F.: "Aspectos jurídicos del copago sanitario", en AAVV: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Edic. Laborum. Murcia 2016, págs. 711-718

[44] Tamayo, M., Besoaín, A. y Rebolledo, J.: "Determinantes sociales de la salud y discapacidad: actualizando el modelo de determinación", en *Gaceta Sanitaria* 2018;32(1):96-100.

tratamiento médico sin consentimiento y libre de tratamientos crueles, inhumanos o degradantes. Los determinantes relacionados con la salud, incluyen el derecho a un sistema de protección de la salud, el derecho a la prevención, tratamiento y control de enfermedades, el acceso a las medicinas esenciales y el derecho a participar en la toma de decisiones relacionadas con la salud.

El mencionado *Informe Mundial sobre Discapacidad* de la OMS, respecto a los obstáculos a la atención de la salud, considera necesario lograr que todos los niveles de los sistemas de salud existentes sean más inclusivos y que los programas de salud pública sean accesibles a las personas con discapacidad. Para ello es necesario actuar en diversos planos y a través de múltiples estrategias, en particular, para superar los obstáculos físicos, de comunicación y de información que pueden impedir o limitar la atención a la salud de las personas con discapacidad:

- Deben introducirse modificaciones estructurales en las instalaciones sanitarias o asistenciales y utilizar equipos con características de diseño universal, incorporando criterios de acceso y calidad en los contratos con proveedores de servicios y de equipos.
- Se debe comunicar información en formatos apropiados, realizar ajustes en los sistemas de contratación y emplear modelos alternativos de prestación de servicios.
- Se deben adoptar medidas concretas, como orientar los servicios, preparar planes asistenciales individualizados e identificar a un coordinador de la asistencia, que permitan llegar a personas con necesidades complejas de salud y grupos difíciles de contactar.
- El presupuesto principal es que las personas con discapacidad deben recibir los servicios de los equipos de atención primaria, pero, no obstante, hay que disponer de servicios, organizaciones e instituciones especializadas para asegurar una atención de salud integral cuando sea necesaria.
- Un ámbito importante de actuación lo constituye la formación de los profesionales de la salud. Respecto a ellos, es necesario mejorar sus actitudes, aptitudes y conocimientos en cuanto son proveedores de servicios de salud, y su formación debe incluir información pertinente sobre la discapacidad.
- La OMS considera que la potenciación de las personas con discapacidad para que administren mejor su propia salud a través de cursos autogestionados, apoyo inter pares y suministro de información ha resultado eficaz para mejorar los resultados sanitarios y puede reducir los costos de la atención de salud.
- Es necesario mejorar la cobertura y accesibilidad financiera de los servicios de salud. En muchos países será necesario garantizar unos seguros y pagos compartidos por servicios de salud de bajo costo para las personas con discapacidad, reducir los pagos directos, suministrar apoyo económico…, de forma que pueda mejorarse el acceso y la utilización de tales servicios. En los países en desarrollo con mecanismos efectivos de protección sanitaria, como es el caso de España, habrá que establecer mecanismos para la inclusión en el sistema de aquéllas personas discapacitadas que por no trabajar están fuera del ámbito protector del sistema (véase el arts. 8 y 9 RD-Leg. 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).

En el *Plan de acción mundial de la OMS sobre discapacidad 2014-2021: mejor salud para todas las personas con discapacidad* [adoptado por la OMS en su 67ª Asamblea en base a las recomendaciones contenidas en el *World report on disability (Informe mundial sobre la discapacidad)* elaborado por la OMS y el Banco Mundial y que está en consonancia con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad] se pone de manifiesto la existencia de importantes disparidades en la atención sanitaria de las personas con discapacidad: Las personas con discapacidad

tienen más del doble de probabilidades de verse confrontadas con proveedores de atención de la salud insuficientemente capacitados y con instalaciones sanitarias inadecuadas; casi el triple de probabilidades de quedar privadas de asistencia sanitaria; y el cuádruple de posibilidades de recibir un tratamiento deficiente. Todo ello llevó a la OMS, desde mediados de los años 80, a articular la "Rehabilitación basada en la Comunidad" (RBC), que con el tiempo se ha convertido en una estrategia multisectorial que habilita a las personas con discapacidad para que puedan acceder a los servicios sociales, educativos, sanitarios y de empleo y beneficiarse de ellos. Se lleva a cabo mediante los esfuerzos combinados de las personas con discapacidad, sus familias, las organizaciones, las comunidades y los servicios gubernamentales y no gubernamentales pertinentes en materia sanitaria, social, educativa y formativa, entre otras esferas[45].

Para eliminar las disparidades existentes, en el *Plan de acción mundial de la OMS sobre discapacidad 2014-2021* se fijan tres objetivos fundamentales: eliminar obstáculos y mejorar el acceso a los servicios y programas de salud; reforzar y ampliar los servicios de rehabilitación, habilitación, tecnología auxiliar, asistencia y apoyo, así como la rehabilitación de ámbito comunitario; y mejorar la obtención de datos pertinentes e internacionalmente comparables sobre discapacidad y potenciar la investigación sobre la discapacidad y los servicios conexos.

En España, la realización de estos objetivos se tiene que llevar a cabo en el marco institucional y normativo establecido en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que organiza la asistencia sanitaria en: atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencia, prestación farmacéutica, prestación ortoprotésica, prestación de productos dietéticos y prestación de transporte sanitario. Es en estos distintos ámbitos donde deben detectarse los problemas existentes y adoptar las medidas adecuadas para eliminar las disparidades existentes en la atención sanitaria de las personas con discapacidad.

El Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, en su artículo 2, punto 1, define la «Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud como el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias». La Cartera de Servicios Comunes de Salud Pública incluye entre otros, en el anexo I, apartado 3, la «Promoción de la salud y prevención de las enfermedades y de las deficiencias». Dentro de estos Servicios de prevención se incluyen «Programas transversales de protección de riesgos para la salud, de prevención de enfermedades, deficiencias y lesiones, y de educación y promoción de la salud, dirigidos a las diferentes etapas de la vida y a la prevención de enfermedades transmisibles y no transmisibles, lesiones y accidentes» (punto 3.3.), «Programas de prevención y promoción de la salud dirigidos a grupos de población con necesidades especiales y orientados a eliminar o reducir desigualdades en salud» (punto 3.4.). Además, en el anexo II «La Cartera de Servicios comunes de Atención Primaria» recoge también «Las actividades en materia de prevención, promoción de la salud, atención familiar y atención comunitaria» (apartado 3), y «Atenciones y servicios específicos relativos a la mujer, la infancia, la adolescencia, los adultos, la tercera edad, los grupos de riesgo y los enfermos crónicos» (apartad 6).

[45] La Rehabilitación Basada en la Comunidad (OMS) facilita la salud inclusiva trabajando con el sector de salud para asegurar el acceso a todas las personas con discapacidad, defendiendo que los servicios de salud se adapten según los derechos de las personas con discapacidad, y que esta salud sea receptiva, que se base en la comunidad y que permita la participación. Se basa en "llevar los servicios de salud a la comunidad"; su enfoque principal es brindar servicios de salud para las personas con discapacidad "en sus domicilios". Se estableció un esquema de atención de salud domiciliaria (también para adultos mayores y personas con enfermedades crónicas), ofreciendo un enlace directo con el Hospital, mediante visitas regulares a los hogares son efectuadas por los miembros del equipo de la unidad de atención primaria y un terapeuta físico, evitando a las personas costosas e innecesarias visitas al hospital. También, se estableció un protocolo de rehabilitación basada en el hogar. Cfr. *Guía para la Rehabilitación Basada en la Comunidad* (RBC). OMS, 2012.

1. Prevención de la discapacidad

Tiene por finalidad desarrollar y mantener la capacidad personal de controlar, afrontar y tomar decisiones acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias y facilitar la ejecución de las actividades básicas de la vida diaria. Por ello, la prevención está muy relacionada con la promoción. Mediante los servicios de prevención se trata de evitar que se produzca la situación de discapacidad o dependencia, retrasar su aparición o evitar su agravamiento. La prevención de las condiciones de salud (enfermedades, desórdenes y lesiones), se relaciona con las medidas de prevención primaria (evitar), prevención secundaria (detección temprana y tratamiento temprano) y prevención terciaria (rehabilitación). Deben ser servicios adicionales a la asistencia sanitaria y compatibles con el resto de servicios y prestaciones, y así se configuran en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y en la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, cuyo artículo 21 dispone que la Prevención de las situaciones de dependencia tiene por finalidad evitar la aparición o el agravamiento de enfermedades o discapacidades y de sus secuelas, mediante el desarrollo coordinado, entre los servicios sociales y de salud, de actuaciones de promoción de condiciones de vida saludables, programas específicos de carácter preventivo y de rehabilitación dirigidos a las personas mayores y personas con discapacidad y a quienes se ven afectados por procesos de hospitalización complejos.

La prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades está establecida en el art. 11 del RD-Leg. 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Se configura como un derecho y un deber de todo ciudadano y de la sociedad en su conjunto y se establece que formará parte de las obligaciones prioritarias del Estado en el campo de la salud pública y de los servicios sociales. La prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades deberá atender a la diversidad de las personas con discapacidad, dando un tratamiento diferenciado según las necesidades específicas de cada persona.

Para garantizar este derecho, el art. 11 del RD-Leg. 1/2013 establece que las administraciones públicas competentes deberán promover "Planes de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades", teniendo en cuenta lo previsto en el art. 21 de la Ley de Dependencia. En dichos planes se concederá especial importancia a los servicios de orientación y planificación familiar, consejo genético, atención prenatal y perinatal, detección y diagnóstico precoz y asistencia pediátrica, incluida la salud mental infanto-juvenil, asistencia geriátrica, así como a la seguridad y salud en el trabajo, a la seguridad en el tráfico vial, al control higiénico y sanitario de los alimentos y a la contaminación ambiental. Además deben contemplarse de modo específico acciones destinadas a las zonas rurales.

En el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia sobre criterios, recomendaciones y condiciones mínimas para la elaboración de los planes de prevención de las situaciones de dependencia y promoción de la autonomía personal (Resolución de 23 de abril de 2013) se establece asimismo que el objeto de los Planes de Prevención de las Situaciones de Dependencia es disminuir la prevalencia e incidencia de deficiencias y discapacidades que puedan dar lugar a situaciones de dependencia, así como mejorar y mantener la calidad de vida de las personas en situación de dependencia o con riesgo de padecerla. La población destinataria de estos planes será toda aquella en la que pueda existir riesgo de sufrir la aparición o el agravamiento de una situación de dependencia, así como los cuidadores o las cuidadoras no profesionales de ésta, prestando atención no solo a la condición de salud sino también a los diferentes factores ambientales que condicionan su funcionamiento. El desarrollo posterior de estos planes autonómicos se orientará tanto a la ciudadanía en general como a los colectivos de población más vulnerables y a las personas que se encuentran en situación de dependencia.

Los Planes de Prevención de las Situaciones de Dependencia, deberían tener en cuenta una serie de principios, entre los que destacan: universalidad; atención personalizada, integral y continua; transversalidad; igualdad y equidad con perspectiva de género; calidad; cooperación y coordinación; interdisciplinariedad; proximidad; sostenibilidad.

Los Planes de prevención incluirán:

- Prevención primaria: Medidas dirigidas a personas que no se encuentran en situación de dependencia, con el objetivo de evitar o retrasar la aparición de la misma. Su objetivo es tratar de disminuir la aparición de factores de riesgo que puedan afectar el normal desarrollo de la persona, potenciando actuaciones complementarias a otros programas que se estén llevando a cabo.
- Prevención secundaria: Intervención sobre la situación de pérdida de funcionalidad, cuando todavía existen posibilidades de reversión o modificación de su curso y, por tanto, de mejorar su pronóstico. Su objetivo es fomentar los programas de detección y rehabilitación precoz de las personas en situación de dependencia o en riesgo de padecerla. Entre las acciones a desarrollar se incluyen el establecimiento de estrategias de captación específicas para la población de riesgo considerado en base al deterioro funcional precoz, incipiente, leve, o antes incluso de que se manifieste clínicamente (niños o niñas con alteraciones del desarrollo, personas con enfermedades crónicas, persona mayor en riesgo y frágil) y realización de pruebas diagnósticas si fuera necesario; también la detección y atención precoz de menores con alteraciones en el desarrollo y enfermedades de riesgo, en Centros de Atención Primaria de Salud, Centros y Programas de Servicios Sociales y Centros Educativos; y la elaboración de protocolos que permitan la detección de las situaciones de riesgo o deterioro funcional, psicosocial y ambiental, tanto en el domicilio, en el ámbito residencial, como durante los episodios de hospitalización.
- Prevención terciaria: Medidas dirigidas al tratamiento, atención y rehabilitación de la persona en situación de dependencia, ya sea de carácter transitorio o permanente, con el fin de reducir sus consecuencias o efectos negativos sobre la persona, o actuar sobre su progresión y, consecuentemente, mejorar su calidad de vida y la de su entorno social y familiar. Incluyen el desarrollo de programas de asesoramiento y orientación para la adaptación funcional del entorno de la persona en situación de dependencia y el empleo de productos de apoyo, con el fin de maximizar la autonomía personal y mejorar el funcionamiento; la protocolización de los procesos de atención y derivación entre los sistemas implicados, salud y servicios sociales, estableciendo de forma clara y precisa las vías a utilizar; la concreción y desarrollo de catálogos y carteras de servicios, de los sistemas implicados en estrategias preventivas; y actuaciones para prevenir el deterioro de las personas en todas las fases susceptibles de empeorar, mediante la implementación de medidas rehabilitadoras, de apoyo y soporte a cuidadores y cuidadoras, correcto tratamiento de la patología derivada de la inmovilización, especialmente en los episodios de hospitalización y en Centros Residenciales.

2. Atención Primaria

Conforme al art. 12 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, la atención primaria "es el nivel básico e inicial de atención, que garantiza la globalidad y continuidad de la atención a lo largo de toda la vida del paciente, actuando como gestor y coordinador de casos y regulador de flujos. Comprenderá actividades de promoción de la salud, educación sanitaria, prevención de la enfermedad, asistencia sanitaria, mantenimiento y recuperación de la salud, así como la rehabilitación física y el trabajo social". Éste será, por tanto, el nivel básico e inicial de atención a las personas con discapacidad, en condiciones de igualdad, para atender a su

salud general o a patologías o enfermedades crónicas que vayan asociadas o hayan derivado de su discapacidad.

No obstante, en algunos estudios, como Hernández-Galán[46], se ha destacado el riesgo de que la atención primaria para las personas con discapacidad esté condicionada por la circunstancia de la discapacidad, de manera que sea ésta el objeto exclusivo o el centro en torno al cual gire toda la atención sanitaria -partiendo de la concepción rehabilitadora de la discapacidad- desatendiendo otro tipo de dolencias, pruebas diagnósticas o protocolos de prevención que sí se siguen y se atienden en el caso de personas que no tienen discapacidad (por ejemplo, el caso de mujeres que por tener una discapacidad previa no son adecuadamente tratadas de osteoporosis o no son derivadas a los servicios especializados de detección de cáncer, etc.).

Para hacer frente a estos problemas se debe incidir muy especialmente en la formación del profesional sanitario, en cuanto a actitudes y conocimientos y en particular respecto a la formación e información sobre la discapacidad. Asimismo es importante fomentar en este ámbito la atención multidisciplinar que permita atender de manera adecuada a la diversidad. Por otra parte, para garantizar una adecuada atención primaria para las personas con discapacidad es necesario primar los aspectos relativos a la accesibilidad universal de los equipamientos y de las instalaciones y del efectivo acceso a la información por parte de las personas discapacitadas.

En cualquier caso, la atención primaria a las personas con discapacidad debe estar presidida por el principio de que a ninguna persona con discapacidad se le debe negar u omitir ningún tratamiento o atención que se debiera aplicar a otra persona que no tuviera discapacidad.

3. Atención sanitaria especializada

Conforme al art. 13 de la Ley 16/2003, la atención sanitaria especializada "comprende actividades asistenciales, diagnósticas, terapéuticas y de rehabilitación y cuidados, así como aquéllas de promoción de la salud, educación sanitaria y prevención de la enfermedad, cuya naturaleza aconseja que se realicen en este nivel. La atención especializada garantizará la continuidad de la atención integral al paciente, una vez superadas las posibilidades de la atención primaria y hasta que aquél pueda reintegrarse en dicho nivel". Dentro de ella se incluye la asistencia especializada en consultas o la hospitalización; la atención paliativa a enfermos terminales; la atención a la salud mental y la rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable.

La adecuada atención sanitaria a las personas con discapacidad requiere un enfoque global, debe ser específica y personalizada, participativa y accesible, debe garantizar el acceso a estudios diagnósticos y nuevas medidas terapéuticas y debe contar con una eficaz derivación a los servicios de rehabilitación adecuada a cada persona.

Si, como ya se ha dicho, la mayor parte de las personas con discapacidad no se consideran enfermas ni tienen que ser tratadas como tales, es cierto que en algunos casos requieren de atención especializada en el momento de su rehabilitación o en el marco de medidas de prevención secundarias. El acceso a esta atención sanitaria especializada constituye un derecho de todas las personas garantizado por los poderes públicos, pero requiere de sistemas sanitarios eficaces y sostenibles. Esta necesidad de sostenibilidad financiera es especialmente patente en el tratamiento de determinadas discapacidades como es el caso de la lesión medular, que requiere centros de alto nivel y mucha especialización, con equipos multidisciplinares para llevar a cabo la rehabilitación (terapia ocupacional, fisioterapia, asistencia psicológica…). La alta especialización y el alto coste de estos servicios hace necesario contar con Centros de Referencia Estatales, como el Hospital Nacional de Parapléjicos de Toledo (HNP) para el tratamiento de la lesión medular.

[46] Vid. Hernández-Galán, J.: "Nuevos focos de la atención sanitaria: pacientes discapacitados…", op.cit., pág. 703.

Actualmente existen en España Centros, Servicios y Unidades de Referencia en el Sistema Nacional de Salud (CSUR) y Centros de Referencia Estatal del IMSERSO (CRE) y además se han creado, o se están poniendo en marcha, en Europa Redes Europeas de Referencia (ERN). Los Centros de Referencia en el Sistema Nacional de Salud se han establecido para atender a patologías o procedimientos para cuya atención se requiere alta tecnología, un elevado nivel de especialización o se trata de patologías poco prevalentes (hasta el momento se han acordado 74 patologías o procedimientos para los que es necesario designar CSUR en el SNS). Estos Centros dan cobertura a todo el territorio nacional y deben atender a todos los pacientes en igualdad de condiciones independientemente de su lugar de residencia. Tienen como objeto garantizar la equidad en el acceso a una atención sanitaria de calidad, segura y eficiente a las personas con patologías de muy baja frecuentación, que por sus características, precisan de cuidados de gran especialización, motivo por el que estos casos se concentran en un número reducido de centros. Junto a ellos, los Centros de Referencia Estatal del IMSERSO están integrados en la red de servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) y actúan como instrumentos de la Administración General del Estado que sirven de cauce para la colaboración y participación de las Administraciones Públicas a fin de optimizar los recursos públicos y privados disponibles (por ejemplo, CRE de Atención al Daño Cerebral; CRE de Autonomía y Ayudas Técnicas; CRE de Atención Psicosocial a personas con Trastorno Mental Grave Valencia). Actúan como Centros de alta especialización en la prestación de programas de prevención y de atención directa, con el objeto de desarrollar experiencias innovadoras o buenas prácticas en la implantación o mejora de los servicios de atención a personas mayores y/o a personas con discapacidad en situación o en riesgo de dependencia.

En cualquier caso, el acceso a esta atención especializada para las personas con discapacidad o en situación de dependencia requiere, entre otras cosas, que se proporcione una adecuada información y conocimiento; que se impulsen acciones de formación y de cualificación para profesionales y personal cuidador y familias; que se desarrollen, desde el enfoque de la innovación permanente, nuevos modelos, programas, métodos y técnicas de intervención; que se promocionen buenas prácticas en la atención especializada directa; que se impulse la utilización de los productos de apoyo y la accesibilidad universal y diseño para todas las personas como medios de equiparación de oportunidades.

4. Prestación farmacéutica y prestación ortoprotésica

La prestación farmacéutica y la prestación ortoprotésica son dos prestaciones que forman parte de la Cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud, regulada en el art. 8 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (introducido por el número tres del artículo 2 del R.D.-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones). Se trata de prestaciones cuya provisión se realiza mediante dispensación ambulatoria y están sujetas a aportación del usuario.

Varias cuestiones se plantean en la garantía de estos derechos para las personas con discapacidad. En primer lugar, se plantea el acceso a estas prestaciones para aquéllas personas con discapacidad. El régimen establecido al respecto es el siguiente:

- El RD 383/1984, de 1 de febrero, por el que se establece y regula el sistema especial de prestaciones sociales y económicas previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, cuyos arts. 5 y 6 establecen que serán beneficiarias de la prestación de asistencia sanitaria y farmacéutica aquellas personas que cumplan dos criterios: a) tener una minusvalía en grado igual o superior al 33%, y b) no tener derecho, por cualquier título, obligatorio o como mejora voluntaria, sea como titulares o como beneficiarias, a las prestaciones de asistencia sanitaria, incluida la farmacéutica, del régimen general o regímenes especiales del sistema de la Seguridad Social.

Estos servicios se prestarán con idéntica extensión que los de asistencia sanitaria y farmacéutica por enfermedad común, accidente no laboral y maternidad del régimen general de la Seguridad Social. No obstante, en la prestación farmacéutica, la dispensación de medicamentos será gratuita para los beneficiarios.

-En segundo lugar, respecto a aquellas personas con discapacidad que por no desarrollar una actividad laboral, no están incluidos en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, el art. 8 del RD-Leg. 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, prevé un Sistema especial de prestaciones sociales y económicas para las personas con discapacidad, que comprenderá, entre otras cosas, la asistencia sanitaria y prestación farmacéutica. Estas prestaciones tendrán la extensión, duración y condiciones que se prevean reglamentariamente. Sin perjuicio de ello, el art. 9, respecto a la prestación farmacéutica de este sistema especial, establece que los beneficiarios del mismo estarán exentos de aportación por el consumo de especialidades farmacéuticas.

-En tercer lugar, el RD-Leg. 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, al regular en su art. 102 la aportación de los usuarios y sus beneficiarios en la prestación farmacéutica ambulatoria, establece en el apartado 8 que estarán exentos de aportación los usuarios y sus beneficiarios, entre otras categorías, los afectados de síndrome tóxico y personas con discapacidad en los supuestos contemplados en su normativa específica (letra a), las personas perceptoras de pensiones no contributivas (letra c) y las personas con tratamientos derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional (letra e).

-Finalmente, el resto de las personas con discapacidad, asegurados o beneficiarios, accederán a las prestaciones farmacéuticas con el tipo de aportación que le corresponda según sus características de aseguramiento y renta.

Numerosos estudios han puesto de manifiesto que determinadas medidas de contención del déficit relacionadas con el gasto farmacéutico como recortes de precios (por ejemplo, a través de la subasta de medicamentos o la compra de genéricos), la reorganización del copago y la exclusión de medicamentos escasamente eficaces pueden tener efectos positivos y ser útiles siempre que estén bien diseñadas. Sin embargo en algunas investigaciones se ha puesto de manifiesto que, si bien el copago redujo el consumo de medicamentos, se agrandó la inequidad del sistema sanitario aumentando el número de pacientes que no iniciaron los tratamientos prescritos o que los abandonaron después de haberlos iniciado como consecuencia del aumento del copago. Situación que afectó a las personas con rentas más bajas, pensionistas y enfermos crónicos[47]. Se trata de medidas con especial incidencia en las personas con discapacidad que, en muchos casos, necesitan acceder en gran medida a medicamentos para mejorar dolencias o patologías asociadas o derivadas de su discapacidad. De ahí que se propugnen "fórmulas de copago reducido, que contribuya en alguna medida a regular la demanda no necesaria, con salvaguarda de los grupos vulnerables y evitando totalmente el abandono de tratamientos por causas económicas"[48].

Por otro lado, para muchas personas con discapacidad adquiere una especial importancia la prestación ortoprotésica, consistente en la utilización de productos sanitarios, implantables o no, cuya finalidad es sustituir total o parcialmente una estructura corporal, o bien modificar, corregir o facilitar su función. Esta prestación comprenderá los elementos precisos para mejorar la calidad de vida y autonomía del paciente. Debe facilitarse por los servicios de salud o dar lugar a ayudas económicas,

[47] Estas consecuencias se ponen de manifiesto en una investigación realizada por el grupo Prisma del Parc Sanitari Sant Joan de Déu publicado en marzo de 2018 en la Revista BMJ Quality & Safety. También una encuesta nacional del Barómetro sanitario de 2016 puso de manifiesto que el 4,4 % de la población de España aseguró haber dejado de tomar medicamentos recetados debido a que eran demasiado caros (Vid. Comisión Europea: *State of Health in the EU. España. Perfil sanitario del país 2017*, pág. 10).

[48] Vid. Lobo, F.: *La economía, la innovación y el futuro del Sistema Nacional de Salud*. Funcas, 2017, pág. 290.

en los casos y de acuerdo con las normas que reglamentariamente se establezcan por parte de las administraciones sanitarias competentes.

La prestación ortoprotésica comprende los implantes quirúrgicos, las prótesis externas, las sillas de ruedas, las ortesis y las ortoprótesis especiales. El acceso a esta prestación se hará, garantizando las necesidades sanitarias de los pacientes, mediante su prescripción por un médico de atención especializada.

Esta ayuda o prestación debe ofrecer los productos adecuados (audífonos, prótesis, sillas de ruedas, etc,) para prevenir, mitigar o corregir una discapacidad. Sin embargo, reiteradamente se pone de relieve la insatisfacción de la población que utiliza prótesis o material ortoprotésico en su vida diaria. Se considera insuficiente e inadecuada las prestaciones ofrecidas en nuestro país; se denuncian las lesiones provocadas en las personas con discapacidad por no tener los materiales adecuados; la cantidad de bajas por productos inadecuados; el endeudamiento de las familias por el alto coste de las prótesis, etc.; las diferencias entre las comunidades autónomas; la falta de profesionalización de los técnicos ortoprotésicos; una cartera de servicios socio-sanitarios obsoleta; la escasa oferta de productos en el catálogo del SNS, etc.

De forma destacada se denuncian tres grandes cuestiones: Por un lado, la insuficiencia del gasto ortoprotésico y se proponen soluciones a estos déficits como una regulación de precios en los materiales ortoprotésicos. Por otro lado, la necesidad de actualizar la cartera de servicios socio-sanitarios, la incorporación en el catálogo de prestaciones del SNS de las nuevas tecnologías y el incremento de productos en este catálogo, incluyendo ayudas no contempladas como elementos para facilitar la comunicación, las prótesis mioeléctricas, las ayudas técnicas para deficiencias no sólo físicas o algunas ayudas para las actividades de la vida diaria, la transparencia en las ortopedias y la profesionalización de los facultativos, documento de garantía en los artículos, Por último, se reclama que el sistema cubra a todos los ciudadanos con discapacidad en relación con estas prestaciones ortoprotésicas.

5. Habilitación o rehabilitación médico-funcional

La rehabilitación es un conjunto de medidas que permiten a las personas con discapacidad lograr y mantener un funcionamiento óptimo en su ambiente. La rehabilitación es relevante tanto para los que adquieren discapacidades durante su vida, como para los que tienen discapacidades desde su nacimiento. La OMS considera que la rehabilitación "es una buena inversión porque genera capacidad humana". Es por ello que señala que la rehabilitación debe estar incorporada en la legislación general sobre salud, empleo, educación y servicios sociales, y también en leyes específicas para las personas con discapacidad. Además, indica que las políticas públicas deben hacer hincapié en las intervenciones tempranas, las ventajas de la rehabilitación para promover el funcionamiento de las personas con múltiples problemas de salud y la prestación de servicios lo más cerca posible de donde vive la gente.

En el *Informe Mundial sobre Discapacidad* (2011), la OMS enfatiza la necesidad de mejorar la eficiencia y eficacia de los servicios de rehabilitación, ampliando su cobertura y mejorando su calidad y asequibilidad. En contextos con menos recursos, se debería acelerar el suministro de servicios a través de la "rehabilitación basada en la comunidad", complementada con derivaciones a servicios secundarios. Además, integrar la rehabilitación en los establecimientos de atención primaria y secundaria de salud puede mejorar la disponibilidad. Pone también el acento en la necesidad de una mayor capacidad de formación para incrementar el número de profesionales de rehabilitación y en adecuadas estrategias de financiación, como pueden ser la redistribución o reorganización de los servicios existentes (por ejemplo, de servicios hospitalarios a servicios comunitarios), las alianzas entre los sectores público y privado y la financiación orientada a las personas pobres con discapacidad.

En esta línea, el art. 14 del RD-Leg. 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 establece como objetivo de la habilitación o rehabilitación médico-funcional conseguir la máxima funcionalidad de las capacidades físicas, sensoriales, mentales o intelectuales. Este proceso se inicia con la detección e identificación de las deficiencias y necesidades psicosociales de cada persona y continuará hasta la consecución y mantenimiento del máximo desarrollo y autonomía personal posible.

La detección, identificación y atención de dichas deficiencias y necesidades se llevará a cabo por equipos multiprofesionales de atención a la discapacidad, a los que se refiere el art. 12 del RD-Leg. 1/2013. Dichos equipos deben contar con la formación especializada y deberán existir en cada ámbito sectorial y son los órganos encargados de valorar y calificar las situaciones de discapacidad, para su reconocimiento oficial por el órgano administrativo competente.

Los equipos multiprofesionales de atención a la discapacidad de cada ámbito sectorial deberán contar con la formación especializada correspondiente y serán competentes, en su ámbito territorial, para prestar una atención interdisciplinaria a cada persona con discapacidad que lo necesite, para garantizar su inclusión y participación plena en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás. Sus funciones se concretan en la emisión de dictamen técnico sobre las deficiencias, las limitaciones para realizar actividades y las barreras en la participación social, recogiendo las capacidades y habilidades para las que la persona necesita apoyos; la orientación para la habilitación y rehabilitación, con pleno respeto a la autonomía de la persona con discapacidad, proponiendo las necesidades, aptitudes y posibilidades de recuperación, así como el seguimiento y revisión; la valoración y calificación de la situación de discapacidad, determinando el tipo y grado de discapacidad en relación con los beneficios, derechos económicos y servicios previstos legalmente (que será revisable hasta que la persona haya alcanzado su máxima rehabilitación o cuando la deficiencia sea presumiblemente definitiva).

Se reconoce el derecho de toda persona que presente alguna deficiencia en sus estructuras o funciones corporales o psicosociales, de la que se derive o pueda derivarse una limitación en la actividad calificada como discapacidad, a beneficiarse de los procesos de habilitación o rehabilitación médico-funcional necesarios para mejorar y alcanzar la máxima autonomía personal posible y poder lograr con los apoyos necesarios su desarrollo personal y participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás (art. 14 RD-Leg. 1/2013).

El proceso habilitador o rehabilitador puede iniciarse o desarrollarse desde los servicios básicos hasta los servicios especializados de intervención, incluido el ámbito hospitalario, y puede proseguir, si fuera necesario, mediante tratamiento domiciliario o en el entorno en el que la persona con discapacidad desarrolla su vida, con los recursos comunitarios existentes. Como señala la OMS (*Informe Mundial sobre Discapacidad,* 2011), es importante la coordinación entre los distintos ámbitos donde se puede llevar a cabo la rehabilitación, de forma que los sistemas de derivación entre diferentes modalidades de prestación de servicios (hospitales, ambulatorios, asistencia a domicilio) y niveles de prestación de servicios de salud (centros de atención primaria, secundaria y terciaria) pueden mejorar el acceso.

Los programas de habilitación y rehabilitación deberán ser complementados con el suministro, la adaptación, conservación y renovación de tecnologías de apoyo, prótesis y órtesis, dispositivos, vehículos, y otros elementos auxiliares para las personas con discapacidad cuyas circunstancias personales lo aconsejen. También estará presente en las distintas fases del proceso interdisciplinar habilitador o rehabilitador la atención, tratamiento y orientación psicológica (art. 15 RD-Leg. 1/2013).

La habilitación o rehabilitación médico-funcional se desarrolla como un proceso continuo destinado a descartar una deficiencia, a conservar, desarrollar o restablecer la aptitud de la persona para poder ejercer una actividad normal, asegurando al paciente una mayor independencia y una participación en la actividad de la vida social, económica y cultural. En la nomenclatura adoptada por

la Clasificación Internación del Funcionamiento, de la discapacidad y de la salud (CIF) el proceso Rehabilitador es toda actividad prestada en un Servicio de Medicina Física y Rehabilitación, desde la fecha de la primera consulta hasta el alta definitiva por un proceso claramente diferenciado, diagnosticado según reglas homologadas y aceptadas previamente. Pero dicho Servicio debe estar estrechamente relacionado con la Atención Primaria y otras Especialidades, ya que la asistencia rehabilitadora debe llevarse a cabo desde el estadio inicial de discapacidad.

Los objetivos de la Rehabilitación son, por un lado, ayudar a la persona a conseguir el máximo nivel de funcionalidad, prevenir las complicaciones, reducir la incapacidad y aumentar la independencia, y, por otro lado, acercar el tratamiento del proceso rehabilitador a la persona y a su entorno sociofamiliar. Estos objetivos planteados con criterios de racionalidad, económicos, sociales y sanitarios son: prevención de deficiencias funcionales; mantenimiento de las funciones comprometidas; reeducación de las deficiencias funcionales.; rehabilitación de las personas con discapacidad; re-inserción de las personas con discapacidad[49].

6. Accesibilidad universal y eliminación de barreras

En relación a todos estos ámbitos señalados con anterioridad, numerosos estudios han ido poniendo de manifiesto la existencia de necesidades que siguen sin estar cubiertas o que están aún atendidas de forma deficiente[50]. Así, entre otros aspectos, en los servicios de salud sigue existiendo en muchos casos una atención deficiente a la diversidad; la falta de adaptación del Catálogo de prestaciones a las necesidades de las distintas discapacidades (sensoriales, motoras, intelectual), que requieren programas de salud propios y específicos; falta de financiación pública, o deficiente financiación, para la adquisición de técnicas y productos sanitarios (es el caso de las prestaciones ortoprotésicas, programas rehabilitadores…). Y de forma muy especial se destaca la persistencia de barreras arquitectónicas y obstáculos en los accesos a los servicios donde se presta la asistencia sanitaria y, también de forma destacada, los obstáculos a la información adecuada, particularmente en el caso de personas con discapacidad intelectual.

Ya en el *Informe sobre la Salud en el Mundo. La atención primaria de salud: Más necesaria que nunca* (OMS, 2008) se destacaban las barreras a las que se enfrentan las personas con discapacidad para recibir atención de la salud: la ausencia de -o inapropiadas- políticas y legislación; barreras económicas; barreras físicas y geográficas (falta de transporte accesible y existencia de edificios y equipo médico inaccesible, así como recursos limitados para la atención de la salud en las áreas rurales y las largas distancias para llegar a los servicios en las grandes ciudades); barreras de comunicación e información (por ejemplo para una persona sorda o personas con discapacidad intelectual); las actitudes negativas y la falta de conocimientos por parte del personal de la salud acerca de las personas con discapacidad -actitudes inapropiadas, prejuicios, insensible o poca conciencia, entendimiento y destrezas-; los pocos conocimientos y ciertas actitudes de las personas con discapacidad acerca de la atención de la salud y los servicios en general.

Según la *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud* (OMS, 2001), "Barreras" son "todos aquellos factores en el entorno de una persona que, cuando están presentes o ausentes, limitan el funcionamiento y generan discapacidad. Entre ellos se incluyen aspectos tales como que el ambiente físico sea inaccesible, falta de tecnología asistencial adecuada, actitudes negativas de la población respecto a la discapacidad, y también los servicios, sistemas y políticas que bien, no existen o dificultan la participación de las personas con una condición de

[49] Vid. estos objetivos en la Unidad de Gestión Clínica de Medicina Física y Rehabilitación del Hospital Universitario Virgen de las Nieves, Servicio Andaluz de Salud.
https://www.huvn.es/asistencia_sanitaria/medicina_fisica_y_rehabilitacion/cartera_de_servicios_de_la_ugc/cartera_de_servicios_de_terapias

[50] Vid. Rodríguez González, S.: "El acceso al derecho a la asistencia sanitaria sin discriminación por razón de discapacidad", en AESSS: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española…*, op.cit., pág. 869.

salud en todas las áreas de la vida"[51]. Así, la *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud* (OMS, 2001) incluye, dentro de su clasificación de ayudas técnicas, aspectos como el diseño, edificación y construcción de las entradas y salidas a los edificios de uso público; rampas móviles y fijas; puertas mecánicas; altura a la que se sitúan los tiradores y manillas de las puertas; instalaciones en aseos; teléfonos; circuito cerrado de audio; ascensores y escaleras mecánicas; termostatos (para regular la temperatura); situación de los asientos accesibles; letreros (incluyendo en Braille); el tamaño de los pasillos; material en el que está construido el suelo; cabinas accesibles y otras formas de señalización.

En el *Informe Mundial sobre Discapacidad*, la OMS destaca la necesidad de eliminar los obstáculos en los espacios públicos, transporte, información y comunicación, que impiden que las personas con discapacidad participen en la educación, empleo y vida social, reduciendo así su aislamiento y dependencia. Y entre los requisitos fundamentales para abordar la accesibilidad y reducir las actitudes negativas frente a la discapacidad incluye el diseño universal para los planificadores, arquitectos y diseñadores, la accesibilidad en el transporte y en la información, de forma que permitan, entre otros aspectos, el adecuado acceso a la atención sanitaria para las personas con discapacidad. Es decir, la accesibilidad universal en los servicios y prestaciones sanitarias constituye un presupuesto imprescindible para la garantía del derecho a la atención sanitaria de las personas con discapacidad sin discriminación y esta accesibilidad debe ser garantizada en el entorno arquitectónico, pero también en el transporte y en el acceso a la información y a la comunicación (sitios web, aplicaciones móviles…). Una fórmula para garantizar el cumplimiento de estos objetivos puede ser el establecer auditorías de accesibilidad para alcanzar la calificación de calidad por parte de los servicios sanitarios.

El RD-Leg. 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 define (art. 2, k) la accesibilidad universal como la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse y sin que ello excluya los productos de apoyo para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando lo necesiten (art. 2, l).

Las personas con discapacidad tienen derecho a vivir de forma independiente y a participar plenamente en todos los aspectos de la vida y ello exige que los poderes públicos adopten las medidas pertinentes para asegurar la accesibilidad universal, en igualdad de condiciones con las demás personas, en todos los ámbitos, entre ellos en el acceso a la atención sanitaria. En este ámbito, el art. 28 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, establece que "la accesibilidad de los centros, servicios y prestaciones de carácter sanitario para personas con discapacidad constituye un criterio de calidad que ha de ser garantizado por el Sistema Nacional de Salud. Los centros sanitarios de nueva creación deberán cumplir las normas vigentes en materia de promoción de la accesibilidad y de eliminación de barreras de todo tipo que les sean de aplicación. Las Administraciones públicas sanitarias promoverán programas para la eliminación de barreras en los centros y servicios sanitarios que, por razón de su antigüedad u otros motivos, presenten obstáculos para los usuarios con problemas de movilidad o comunicación".

7. Consentimiento informado

El consentimiento informado es el procedimiento que permite respetar la libertad de las personas enfermas para decidir sobre su cuerpo, su salud y su vida, permitiéndoles así asumir sus

[51] Vid. *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud* (OMS, 2001), pág. 232 y págs. 193 y sigs.

propias responsabilidades en la toma de decisiones sanitarias. Se configura hoy día como uno de los ejes principales de una relación sanitaria moderna y éticamente coherente. El art. 3.2,a), de la *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* (NIZA, 2000), dispone, dentro del derecho a la integridad de la persona, que "En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la Ley".

En nuestro ordenamiento interno, el artículo 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece que "el consentimiento será verbal por regla general", pero que "se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente".

En relación a las personas con discapacidad, el punto de partida lo constituye el art. 12 de la *Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, que establece que "los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida", y que deben adoptar "las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica". De esta forma, "obliga a dejar atrás el modelo basado en la sustitución en la toma de decisiones para adoptar un modelo basado en la asistencia en la toma de decisiones"[52].

En esta misma línea, el *Informe Mundial sobre las Discapacidades*, la OMS señala que las personas con discapacidad tienen derecho a controlar su vida, y, por tanto, considera que deben ser consultadas sobre cuestiones que les incumban directamente, entre otros ámbitos, en materia de salud y rehabilitación. Para ello establece que "puede ser necesario apoyar la toma de decisiones para hacer posible que algunos individuos comuniquen sus necesidades y elecciones" (Recomendación 4).

Recogiendo estas formulaciones, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, mediante su art. 6.1, ha modificado el art. 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, estableciendo ahora que todas las personas tienen derecho "A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso. La información deberá efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad".

Además, el art. 6 RD-Leg. 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, reconoce el respeto a la autonomía de las personas con discapacidad, estableciendo 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, para lo cual "la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados y de acuerdo con las circunstancias personales, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño universal o diseño para todas las personas, de manera que les resulten accesibles y comprensibles". En todo caso, se deberá tener en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar el tipo de decisión en concreto y asegurar la prestación de apoyo para la toma de decisiones.

[52] Cfr. Vivas Tesón, I.: "Discapacidad y consentimiento informado en el ámbito sanitario y bioinvestigador", en *Pensar, Fortaleza*, v. 21, n. 2, p. 534-567, maio./ago. 2016. https://www.researchgate.net/publication/322763289_Discapacidad_y_consentimiento_informado_en_el_ambito_sanitario_y_bioinvestigador

V. COORDINACIÓN SOCIOSANITARIA: INCORPORAR LA PERSPECTIVA SOCIAL DENTRO DEL ÁMBITO SANITARIO PARA LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Un reto fundamental también para la protección de la salud de la población en la actualidad, y muy particularmente para la protección de la salud y la atención integral a las personas con discapacidad, es la adecuada incorporación de la perspectiva social dentro del ámbito sanitario, así como el desarrollo de la coordinación sociosanitaria.

Resulta cada vez más necesaria la interconexión entre los cuidados de salud y los servicios sociales para atender a toda la población, pero de manera particular a las personas de edad o personas con discapacidad y enfermedades crónicas asociadas[53]. Son cada vez más numerosos los estudios sobre la Salud conectada y los Servicios de cuidados integrados que subrayan el potencial de una integración más estrecha de los cuidados de salud y de los servicios sociales. Ello implica, entre otras cosas, delimitar quiénes son los profesionales sanitarios en el Sistema de Salud[54]; examinar los problemas de coordinación entre los servicios sociales y los cuidados de salud; determinar los servicios y prestaciones identitarios del trabajo social sanitario (técnicas de diagnóstico precoz -screening-; gestión psicosocial para evitar los reingresos hospitalarios injustificados o la hiperfrecuentación en los servicios; etc.); potenciar la cooperación y coordinación con el Sistema de Servicios Sociales y otros sistemas asistenciales; y delimitar la atención sociosanitaria en las carteras de servicios común y complementaria.

Otros aspectos necesarios para atender de forma adecuada y eficiente a esta necesidad, que tienen una especial incidencia en las personas con discapacidad, se refieren al desarrollo de estrategias para el fortalecimiento de la atención comunitaria y atención primaria en relación con la prevención y atención social, y la remodelación de la hospitalización y la institucionalización a largo plazo del cuidado. Además, es necesario establecer y potenciar los equipos multidisciplinares para la atención sanitaria integral y atender a los desafíos sociales, políticos y jurídicos que plantea la coordinación sociosanitaria. El desarrollo de esta dimensión social en al ámbito sanitario se proyecta también sobre el deber de formación e información de los facultativos, así como, muy especialmente, sobre el derecho de información de los pacientes, más allá del consentimiento informado oral u escrito. El trabajador social sanitario puede aportar una mayor garantía del derecho a la información completo, integrado y previo de los pacientes en los diferentes procesos de atención a la salud y la enfermedad.

Esta integración entre la atención social y la atención sanitaria se encuentra entre los objetivos planteados por la Unión Europea en relación con los sistemas de salud y las principales innovaciones que al respecto se están realizando en los países más avanzados. De forma expresiva, en la *Comunicación de la Comisión relativa a la consecución de la transformación digital de la sanidad y los servicios asistenciales en el Mercado Único Digital, la capacitación de los ciudadanos y la creación de una sociedad más saludable* (2018) se dice que el término «sistemas de salud y asistencia sanitaria» abarca un concepto más amplio que los «sistemas de salud» o «sistemas sanitarios», ya que engloba especialmente la salud pública y la asistencia social. También entre las recomendaciones señaladas

[53] Vid. Durán Bernardino, M.: "La organización y coordinación de los recursos sanitarios y sociales. Hacia una atención integral de las personas mayores", en AAVV: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Edic. Laborum. Murcia 2016, págs. 731-739; Durán Bernardino, M.: "La coordinación sociosanitaria en la atención a las personas en situación de dependencia: visión desde la asistencia sanitaria y los servicios sociales", *Revista de Derecho Social*, nº 4, 2015.

[54] En España sería necesario analizar críticamente la Ley 44/2003 de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias: examinar la oportunidad de su modificación y del reconocimiento, junto al personal profesional médico, enfermero y psicólogo clínico entre otros, de otros profesionales como el Trabajador Social Sanitario, que en la actualidad quedan desde el punto de vista jurídico-formal fuera del ámbito de lo sanitario, pese a su presencia asumiendo funciones vinculadas a la salud en los hospitales, centros de salud y otros establecimientos sanitarios desde hace más de cincuenta años en España.

por el *Libro Blanco del IMSERSO sobre "Envejecimiento Activo"* (2011) está la de promover la coordinación sociosanitaria como un objetivo permanente y una prioridad política y asistencial.

La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, en su artículo 7.1, establece que el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención. Uno de los elementos que sirve a este objetivo y que debe estar dentro de la Cartera de servicios es la "prestación de atención sociosanitaria", que se define en su art. 14. 1 como "el conjunto de cuidados a aquellos enfermos, generalmente crónicos, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su reinserción social».

VI. REVOLUCIÓN DIGITAL Y SALUD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La incorporación en los sistemas de atención sanitaria de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), así como las innovaciones en genómica, biotecnología y nanotecnología, están ya, y lo harán cada vez más en el futuro, revolucionando la forma en que se fomenta la salud de las personas y la forma en que se predicen, previenen y se tratan las enfermedades. Esto ha hecho que se haya producido ya una gran evolución en los sistemas de atención sanitaria, pero a medio y largo plazo se espera que se produzca una transformación radical de la sanidad, de los servicios asistenciales y de la propia sociedad.

Las nuevas tecnologías pueden revolucionar los sistemas de salud y de atención sanitaria y contribuir a su sostenibilidad futura; la sanidad electrónica, la genómica y las biotecnologías pueden mejorar la prevención de enfermedades y la prestación de tratamiento y favorecer un cambio de la asistencia hospitalaria hacia la prevención y la atención primaria. En definitiva, la sanidad electrónica puede ayudar a prestar una atención más centrada en la persona, a disminuir los costes y a favorecer la interoperatividad entre las fronteras nacionales, facilitando la movilidad y la seguridad de los pacientes. Por todo ello, desde hace algún tiempo se está planteando en el ámbito de la Unión Europea la utilidad para los sistemas sanitarios de Europa de la llamada "sanidad móvil", como una de las herramientas para abordar los retos actuales a los que se enfrentan, contribuyendo a desarrollar una atención sanitaria más centrada en el paciente y apoyando el cambio hacia la prevención, al tiempo que se mejora la eficacia del sistema (vid. *Libro Verde sobre sanidad móvil* de la Comisión Europea, 2014).

La llamada "*sanidad móvil"* constituye un sector emergente y en rápida evolución, que tiene el potencial de participar en la transformación de la atención sanitaria y de incrementar su calidad y su eficacia. Su objetivo no es sustituir a los profesionales sanitarios, por supuesto, sino que constituye una herramienta de apoyo para la gestión y la prestación de la atención sanitaria. Se considera que la sanidad móvil podría contribuir a una manera más eficaz de prestar atención sanitaria mediante una mejor planificación, reduciendo las consultas innecesarias, proporcionando métodos eficaces de tratar las enfermedades crónicas mediante un servicio remoto de seguimiento y asesoramiento, aumentando la comodidad del paciente, reduciendo significativamente los costes sanitarios y permitiendo una medicina personalizada.

La medicina personalizada es, en el ámbito de la Unión Europea, una tendencia emergente que se basa en el empleo de datos generados por nuevas tecnologías con el fin de comprender mejor las características de un paciente y que permite ofrecer la asistencia correcta a la persona adecuada en el momento oportuno (*Comunicación de la Comisión relativa a la consecución de la transformación digital de la sanidad y los servicios asistenciales en el Mercado Único Digital, la capacitación de los ciudadanos y la creación de una sociedad más saludable* de 2018*)*. Así, por ejemplo, a través de las nuevas tecnologías se puede llevar a cabo un uso más amplio de información genómica y de otro tipo

(creación de perfiles moleculares, diagnósticos por la imagen, datos medioambientales y de estilo de vida), que permitan a los facultativos y científicos comprender mejor las enfermedades y el modo de predecirlas, prevenirlas, diagnosticarlas y tratarlas[55].

Como se señala en el *Dictamen del Comité Económico y Social sobre Efectos de la revolución digital en materia de salud para el seguro de enfermedad* (2017), la innovación médica generada por la tecnología digital puede comportar una dinámica que conduce a una individualización de la medicina y los tratamientos a través de dos fuentes de información: la descodificación del genoma (que tiene una dimensión predictiva ya que se "conoce" la probabilidad de un riesgo sanitario y la prevención tiene más sentido, lo que puede aportar una nueva dimensión al enfoque de la prevención y plantea importantes retos en el ámbito del seguro de enfermedad); y los dispositivos de «salud electrónica» (que se inscriben en el ámbito de los «self data» -automedición- y permiten a las personas conocer y mejorar su estado de salud). Este proceso de individualización se caracteriza por la llamada «salud de las 4 P»: *participativa, preventiva, personalizada* y *predictiva*.

La utilización de estas herramientas digitales permitirá una asistencia centrada en las personas y dar una respuesta más adecuada a los retos derivados del envejecimiento de la población y del aumento de la discapacidad, así como de la creciente carga que suponen las afecciones crónicas y la multimorbilidad, que están aumentando constantemente la demanda de servicios sanitarios y asistenciales y que plantea una creciente complejidad como consecuencia de los distintos servicios por los que han de pasar los pacientes en la actualidad.

No obstante, también se debe tener en cuenta, por una parte, que la revolución digital de la sanidad plantea importantes problemas que exigen análisis y propuestas: la protección de datos; medidas para garantizar la igualdad de acceso a la asistencia sanitaria; determinación de buenas prácticas en la organización de la atención sanitaria para maximizar el uso de la sanidad móvil y medidas para garantizar la interoperabilidad de las aplicaciones de sanidad móvil con los historiales médicos electrónicos (directrices clínicas para el uso de la sanidad móvil); los modelos de reembolso; las responsabilidades de los desarrolladores de aplicaciones, los proveedores de las comunicaciones electrónicas, los fabricantes de servicios de sanidad móvil y los profesionales sanitarios; y la brecha digital.

Y por otra parte, que la tecnología digital tiende a acentuar las desigualdades sociales en materia sanitaria al reforzar el vínculo de causa-efecto entre el estado de salud de una persona y sus capacidades cognitivas (por ejemplo, la capacidad para encontrar y comprender información de calidad sobre salud) y financieras (como la posibilidad de equiparse con dispositivos cada vez más eficientes). Así se puede considerar que el no acceso igualitario a TIC constituye, también, un determinante social de la salud[56]. Estas desigualdades aumentan entre las personas mayores, las más vulnerables y las que viven en zonas poco cubiertas por los operadores del sector digital (vid. Dictamen del CESE *Efectos de la revolución digital en materia de salud para el seguro de enfermedad* de 2017).

En el *Informe Mundial sobre las Discapacidades,* la OMS destaca la necesidad de avanzar en el acceso a la tecnología de la información y comunicación (servicios tales como la transmisión telefónica por medio de dispositivos especiales de telecomunicación, la interpretación en lengua de señas y los formatos accesibles para la información, la utilización de dispositivos móviles, etc.), lo que requiere fomentar la sensibilización, aprobar leyes y reglamentos, elaborar normas y proporcionar formación. Para avanzar en el acceso igualitario a TIC, en 2008 la Alianza Global para las TIC y el desarrollo de las Naciones Unidas (UNDESA GAID) llevó a cabo la Iniciativa Global para TIC

[55] *Medicina personalizada para pacientes*, Conclusiones del Consejo (7 de diciembre de 2015) 15054/15.

[56] Vid. Filho, A. P. (2001): "Inequities in access to information and inequities in health", *Revista Panamericana de Salud Pública*, 11 (5-6): 409-412.

inclusivas (G3ict), proponiendo un kit de herramientas virtuales para el desarrollo de políticas públicas de accesibilidad digital para personas con discapacidad[57].

Por todo ello, será necesario desarrollar y facilitar el acceso a la alfabetización en materia de salud digital de los ciudadanos; garantizar una información de calidad en materia de salud, en particular alentando la adopción de procedimientos de etiquetado/acreditación de las aplicaciones sanitarias; reforzar las relaciones de confianza entre los pacientes, los profesionales de la salud y los agentes de los sistemas de seguro de enfermedad y asistencia sanitaria; establecer un sistema de formación adaptado tanto a los usuarios como a los profesionales de la salud; implantar mecanismos para la seguridad del tratamiento de los datos personales; promover un marco reglamentario evolutivo que tenga en cuenta el conjunto del ecosistema («múltiples partes interesadas») y el papel de las organizaciones de seguros de enfermedad y asistencia sanitaria.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Abásolo, I., Pinilla, J., Negrín, M.: "Equidad en la utilización de servicios sanitarios públicos por Comunidades Autónomas en España: un análisis multinivel", *Hacienda Pública Española / Revista de Economía Pública*, 187-(4/2008): 87-106.

Amaadachou Kaddur, F.: "Aspectos jurídicos del copago sanitario", en AAVV: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Edic. Laborum. Murcia 2016.

Bazo, María Teresa: "Introducción", en AAVV (Bazo, María Teresa, Coord.): *Envejecimiento poblacional y el reto de la dependencia. El desafío del envejecimiento en los sistemas sanitarios y sociales de España y Europa*. Nau-Llibres- Edicions Culturals Valencianes, S.A. Colección Edad y Sociedad, nº 11, 2012.

Canimas, J.: "¿Discapacidad o diversidad funcional?". *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, 46 (2): 79-97.

De Ortúzar, M. G.: "Justicia, capacidades diversas y acceso igualitario a las tecnologías de la información y comunicación (TIC): el impacto de la desigualdad relativa en el cuidado de la salud", en *Revista Española de Discapacidad*, 6 (I): 91-111, 2018.

Durán Bernardino, M.: "La organización y coordinación de los recursos sanitarios y sociales. Hacia una atención integral de las personas mayores", en AAVV: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Edic. Laborum. Murcia 2016.

Durán Bernardino, M.: "La coordinación sociosanitaria en la atención a las personas en situación de dependencia: visión desde la asistencia sanitaria y los servicios sociales", *Revista de Derecho Social*, nº 4, 2015.

Girela Molina, B.: *Gestión administrativa de la asistencia sanitaria en el sistema nacional de salud.* Tesis doctoral. Universidad de Granada, 2014 (Tesis en acceso abierto en: DIGIBUG).

Girela Molina, B.: "Situación actual y tendencias en la gestión de la asistencia sanitaria en el sistema nacional de salud", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº. 38, 2014.

Girela Molina, B.: "La gestión de la asistencia sanitaria en una encrucijada", *Revista de derecho de la seguridad social*, Nº. 4, 2015.

[57] Vid. De Ortúzar, M. G.: "Justicia, capacidades diversas y acceso igualitario a las tecnologías de la información y comunicación…", op.cit., pág. 99.

Gwatkin, R.: "Desigualdades sanitarias y salud de los pobres: ¿Qué sabemos al respecto? ¿Qué podemos hacer?". *Boletín de la Organización Mundial de la Salud*. Recopilación de artículos Nº 3, 2000 [Artículo publicado en inglés en el Bulletin of the World Health Organization, 2000, 78 (1): 3-18].

Hernández-Galán, J.: "Nuevos focos de la atención sanitaria: pacientes discapacitados, crónicos, frágiles y terminales", en AESSS: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Ediciones Laborum, Murcia, 2016.

Joan Benacha, J., Tarafaa, G. y Muntanera, C.: "El copago sanitario y la desigualdad: ciencia y política", *Gac Sanit*. 2012; 26(1):80-82.

Leturia Arrazola, F. J. et al.: "La atención sanitaria a las personas con discapacidad", en *Revista Española de Discapacidad*, 2014, 2 (1): 151-164.

Lobo, F.: *La economía, la innovación y el futuro del Sistema Nacional de Salud*. Funcas, 2017.

Martín García, M.: *El copago sanitario: resultados para el sistema sanitario y los pacientes*. Documento de trabajo 183/2014. Fundación Alternativas. Madrid, 2014

Monereo Pérez, J.L.: *Ciudadanía y derechos de las personas mayores*. Comares, Granada, 2013.

Monereo Pérez, J.L.: "La garantía jurídica del derecho social fundamental a la salud y la asistencia sanitaria", en Moreno Vida Y Díaz Aznarte (Dir.): *La protección social de la salud en el marco del estado de bienestar. Una visión nacional y europea*, Edit. Comares, Granada, 2019.

Monereo Pérez, J.L.: "Protección de la salud", en AAVV: *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., Dirs.).

Palacios, A.: *El modelo social de discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: CINCA, Madrid, 2008.

Palomo Cobos, L. y Sánchez Bayle, M.: *La Atención Primaria española: Situación actual y perspectivas cuarenta años después de Alma-Ata*. Documento de trabajo Nº: 196/2018. Fundación Alternativas. Madrid, 2018

Pérez, M. E. Y Chhabra, G.: "Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del concepto de discapacidad en las últimas cinco décadas", en *Revista Española de Discapacidad*, 2019, 7 (I): 7-27.

Remacha Roig, P.: "Administración sanitaria. Coordinación institucional en el estado autonómico", en AAVV: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Edit. Laborum. Murcia 2016.

Rey del Castillo, J. (Coordinador): *Análisis y propuestas para la regeneración de la sanidad pública en España*. Documento de trabajo Nº: 190/2015. Fundación Alternativas. https://www.fundacionalternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/analisis-y-propuestas-para-la-regeneracion-de-la-sanidad-publica-en-espana

Rodríguez González, S.: "El acceso al derecho a la asistencia sanitaria sin discriminación por razón de discapacidad", en AESSS: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Ediciones Laborum, Murcia, 2016.

Seguro Benedicto, A.: "Recortes, austeridad y salud. Informe SESPAS 2014", *Gaceta Sanitaria* 2014; 28 (S1), 7-11, en el análisis del Informe SESPAS 2014 (Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria).

Sen, A.: "Why health equity?" en Anand, S. et al. (eds.): *Public health, ethics and equity*. New York, 2004, Oxford University Press.

Tamayo, M., Besoaín, Á. y Rebolledo, J.: "Determinantes sociales de la salud y discapacidad: actualizando el modelo de determinación", en Gaceta Sanitaria, 2018; 32(1):96-100 [https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2016.12.004]

Toboso Martín, M. Y Arnau Ripollés, M.S.: "La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen", en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Año 10, Nº 20 Segundo semestre de 2008 [https://www.fuhem.es/wp-content/uploads/2019/08/Discapacidad_enfoque_Amartya_Sen.pdf];

Velarde Lizama, V.: "Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico", en *Revista Empresa y Humanismo*, vol. XV, nº 1, 2012.

Vivas Tesón, I.: "Discapacidad y consentimiento informado en el ámbito sanitario y bioinvestigador", en *Pensar, Fortaleza*, v. 21, n. 2, p. 534-567, maio./ago. 2016. https://www.researchgate.net/publication/322763289_Discapacidad_y_consentimiento_informado_en_el_ambito_sanitario_y_bioinvestigador

Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

7. Educación Sanitaria De Las Personas Discapacitadas En Andalucía

María del Carmen Burgos Goye
Profesora Contratada Doctora
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0003-3862-8074

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CUANTIFICACIÓN. III. CONCEPTO TÉCNICO -JURÍDICO DE DISCAPACIDAD. 1. *MARCO INTERNACIONAL*. 2. *MARCO EUROPEO*. 3. *MARCO NACIONAL*. IV. CAUTELAS Y MATICES EN LA EDUCACIÓN SANITARIA EN ANDALUCÍA. 1. *LA CAÓTICA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA*. 2. *AGENDA JURÍDICO-POLÍTICA DE LA DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA*. V. PAPEL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

> *"…nacemos débiles y necesitamos fuerzas; nacemos desprovistos de todo y necesitamos asistencia; nacemos sin luces y necesitamos de inteligencia. Todo cuanto nos falta al nacer, y cuanto necesitamos siendo adultos, se nos da por la educación"*
>
> Juan Jacobo Rousseau[1]

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos a la educación y la salud, son derechos humanos fundamentales que se encuentran conectados con otros derechos de diferente rango(entre otros, dignidad de la persona, derecho a la vida y a la integridad física y moral, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, etc.) de modo que, para lograr su efectividad y ejecución, precisan de la coadyuvación de otros derechos que no pueden llegar a desarrollarse y menos aún ejercitarse, debido a su carácter interdependiente que dificulta y en muchos casos imposibilita hacer efectivo cualquiera de los derechos humanos de forma aislada respecto de los demás, lo cual implica que esta interacción opere en sentido multidireccional y su omisión suponga su desnaturalización y vaciamiento; y, por consiguiente, resulte necesario delimitar el alcance y fijar los límites de los mismos.

Partiendo de estas premisas, la tutela de los derechos fundamentales *lato sensu*, y específicamente -el derecho a la salud y a la educación- precisan ser analizados de forma pormenorizada y blindándola aún más si cabe su tutela cuando estos afectan colectivos vulnerables: personas mayores, privadas de la libertad, en situación de desplazamiento forzoso, en estado de indigencia, menores, mujeres, inmigrantes y discapacitados. Y es precisamente en este último colectivo donde focalizamos el objeto de nuestro estudio-discapacitados-.

Y esto nos obliga a partir del axioma de que salud y educación son derechos inherentes que tiene toda persona y que por tanto, no pueden ser objeto de discriminación de ningún tipo: étnica, raza, género, origen social, opinión política, entre otras. Por lo tanto, la salvaguarda y protección de estos derechos es una obligación que tienen todos los Estados independientemente del tinte político que tenga cada gobierno y por esa razón, están obligados a garantizar su disfrute sino quieren perder su legitimidad. Además hay que tener presente que se tratan de derechos fundamentales subjetivos que

[1] Rousseau, J. J.: *Emilio o la Educación*, Editorial Universo, S. A. Lima. 1970,p.18

tienen un contenido prestacional que tal y como aserta Monereo Pérez, J.L.[2], refiriéndose a la protección de la salud y, en particular, a la asistencia sanitaria," constituye uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo democrático-social mundial y europeo". Y consideramos extensible lo expuesto, al derecho a la educación, al tener como objetivo prioritario fomentar una ciudadanía activa que en la actualidad solo concebimos que se garantiza plenamente en el modelo que ofrece la impronta del constitucionalismo socio-democrático, sin obviar que, también es el propio sistema y en particular, será el marco constitucional el que finalmente determine la extensión o restricción de los mismos cuando recoge y desarrolla los derechos fundamentales.

A la vista de lo expuesto, los derechos a la educación y a la salud, son derechos humanos y por tanto, al menos formalmente existe una igualdad en cuanto al reconocimiento de su titularidad por todas las personas que viven en un estado socio-democrático y que el texto constitucional y leyes que lo desarrollan permiten su materialización para que se pueden ejercer estos derechos. Sin embargo, hay que tener en cuenta que los colectivos vulnerables como suceden con las personas que tienen necesidades especiales, *de facto*, su grado de protección se rebaja cuando sufren unas patológicas específicas que les impide seguir de forma independiente y autónoma los programas de salud o educación, bien por falta de capacidad para asimilar la información que se les proporciona o por ser incapaz de solucionarlos *motu propio*. Ante esta problemática, la solución tiene como pilar fundamental "la educación sanitaria". Y en este sentido, según Flores, J.[3], se deben: "Elaborar e implantar programas de salud propios y específicos para cada forma de discapacidad, y dentro de cada una, para cada subgrupo de discapacidad". Es decir, la formación que reciban debe ser *sui generis*, adaptadas al grado y tipología de discapacidad, y el itinerario formativo que reciban y a su vez, debe adaptarse a las necesidades específicas de forma individualizada para que de este modo, estas puedan alcanzar una vida más independiente. Sin embargo, en la *praxis* nos encontramos que, el ámbito de esta disciplina a diferencia de otras ramas educativas también regladas (bachiller, universidad, formación profesional, etc.). Su impartición carece de autonomía propia debido a que generalmente se le ha venido atribuyendo un sesgo trasversal y consecuentemente su contenido abstracto y difuso, viene siendo colmado *al abur* de los propios docentes que según Casanova Rodríguez, M.A.[4], "Serán los actores finalistas que la concreten, no sólo de acuerdo con las características de cada grupo de alumnos, sino también con respecto a unos ejes y contenidos generales, habitualmente poco definidos". Todo genera que exista un tratamiento diferenciado según sea la Comunidad Autónoma en que sitúe el discapacitado, lo cual implica discriminación o tratamiento preferente, en función de lo que determine la normativa autonómica contenida en su Estatuto de Autonomía, leyes de educación propias, leyes específicas para la discapacidad y demás normas concordante de desarrollo de las mismas.

II. CUANTIFICACIÓN

Parece ser que uno de los colectivos que menos llama la atención de los organismos oficiales en nuestro país y mayor dificultad presentan a la hora de recabar información son las personas con discapacidad fundamentalmente por la heterogeneidad de tipologías, su complejidad y el retraso en ofrecer información los órganos institucionales pertinentes (conviene recordar que el asociacionismo es escaso y esta inacción perjudica al colectivo). Hecho que queda constatado con las tres únicas encuestas que hasta el momento se ha efectuado el INE .La primera en 1986, cuya denominación

[2] Monereo Pérez, J.L.: "Derecho a la salud: (art. 25.1 DUDH; art. 12 PIDESC)", en VV.AA. *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, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y textos internacionales concordantes,* Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coord.), Granada, Comares, 2014, p. 595.

[3] Flores, J.: "La salud de las personas con discapacidad", *Buenas Prácticas Revista Síndrome de Down* 22, 2005, p. 10.

[4] Casanova Rodríguez, M.A.: "Diseño curricular para la educación inclusiva", *Voces de la Inclusión: interpelaciones y críticas a la idea de "Inclusión" escolar*, compilado por Irazema Edith Ramírez Hernández, Praxis Editorial, Buenos Aires, Argentina, Septiembre 2016, p. 90.

fue "Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Minusvalías" (EDDM), en su diseño se siguió el modelo médico, la información que ofrecía es cuestionable, debido a que si bien, recopila una gran cantidad de datos referidos a las personas con discapacidad, estos se referían básicamente a las deficiencias, discapacidades y minusvalías, sobre todo a las primeras, las deficiencias, tipología, etiología, naturaleza, etc. Siendo criticable que esta información no fuera realizada por la propia persona sino por los *proxies* o informantes (personas autorizadas que contestan por quien no puede responder al cuestionario por diferentes motivos), en concreto padres y madres, que suelen restar importancia a la discapacidad de su hijo, debido a que la percepción que tienen sobre las personas discapacitadas con la que conviven es subjetiva y su valoración suele ser inferior a la situación real. La segunda trece años más tarde en 1999, figuraba bajo el epígrafe" Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud (EDDES)[5], que como su nombre indica tenía en cuenta además de las variables de la anterior encuesta, los datos de salud y como contribución más relevante destaca, el abandono del concepto de minusvalía, un mayor énfasis en los grados de severidad y mucha mayor atención al entorno, físico, social y familiar .Y la tercera y última hasta la fecha, realizada hace 9 años después denominada "Encuesta sobre Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia" (EDAD),en la que como novedad además de tener en cuenta la suma de los factores de las anteriores encuestas, se añaden los datos sobre ayudas y prestaciones gestionadas por las diferentes administraciones públicas, es decir, se interrelacionan una dualidad de variables: discapacidad y dependencia. Ante este vacío de catorce años, en la actualidad se encuentra en fase de elaboración la nueva EDAD, se trata de una investigación a nivel estatal que está incluida en el "Plan Estadístico Nacional 2017-2020". Con respecto a la metodología utilizada durante estos tres periodos analizados, se observa como todas ellas tienen como denominador común el seguimiento de las recomendaciones de la OMS; y en particular, de las clasificaciones internacionales vigentes en el año de realización de cada encuesta. De modo que, en cada fase se introduce algún elemento *ex novo* que no existía con anterioridad. Observándose como en la encuesta actual que se encuentra en fase de elaboración figuran elementos y factores que no existían en los dos periodos precedentes y que son fruto de la irrupción de las nuevas tecnologías como son entre otros: recogida de datos por internet *Computer-assisted Web Interviewing* (CAWI) y por teléfono *Computer-assisted Telephone Interviewing* (CATI). Esta nueva encuesta figura incluida en el vigente el "Plan Estadístico Nacional 2021-2024", que como novedad más destacada incorpora expresamente la perspectiva de discapacidad en las operaciones estadísticas, de modo que, junto a otros factores estadísticos que se tienen en cuenta de forma estandariza como son: género, edad o nacionalidad se le añade "la discapacidad". En este sentido, el nuevo Plan considera que en relación con la discapacidad "es conveniente elaborar y compartir un protocolo de actuación, que permita compartir la experiencia en relación a contenido de módulos a incorporar en cuestionarios, opciones de captura mediante vías administrativas de parte de esta información"(*vgr*. las declaraciones del IRPF, contratación laboral, etc.), es decir, utilizar la vía de las estadísticas específicas y cuenta con la colaboración de entidades expertas de la sociedad civil para recabar información estadística, en concreto, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) y de la Fundación ONCE(y en futuro probablemente estos factores se irán ampliando progresivamente)

Además de estas dificultades manifiestas hay que tener presente que el número de este colectivo es muy elevado, tal como se constata en la última información oficial disponible del Informe Mundial sobre la Discapacidad de 2011 de la OMS[6], el 15 % de la población mundial, o 1000 millones de habitantes, experimentan algún tipo de discapacidad, y la prevalencia de la discapacidad es mayor en los países en desarrollo. Entre 110 millones y 190 millones de personas, o sea la quinta parte de la población mundial, se ven afectadas por discapacidades importantes. De modo que, esas personas con

[5] Que sirvió de base para la elaboración del Libro Blanco de Atención a las Personas con Dependencia, de 2004 y para el diseño de la Ley de Dependencia de 2006, entre otros.

[6] OMS y Banco Mundial.: *Informe Mundial sobre la Discapacidad de 2011*, Ginebra, Suiza. Disponible en: https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/INTOR/informe-mundial-discapacidad-oms.pdf

discapacidad tienen más probabilidades de sufrir resultados socioeconómicos negativos como: menos educación, peores resultados de salud, niveles más bajos de empleo y mayores tasas de pobreza. A estos factores ya de por si demoledores, hay que sumar, el impacto que la pandemia ha tenido en las personas discapacitadas, fundamentalmente en tres áreas esenciales: salud, educación y transporte. En relación la primera, salud, son personas más expuestas que el resto de la población debido a que sus necesidades sanitarias subyacentes adicionales las hacen especialmente vulnerables a los síntomas graves de la SARS-CoV-2, si la contraen. Además tienen mayor dificultad de acceder a la información sobre la enfermedad y su prevención, ya que, la información no se les proporciona en formatos asequibles a su discapacidad (materiales impresos en Braille, interpretación de lenguaje de señales, subtítulos, contenidos audibles y materiales gráficos). Con respecto a la segunda, la educación, el cierre obligatorio de colegios y la impartición virtual de las clases, ha profundizado aún más si cabe en la brecha digital, debido a que muchos de estos menores discapacitados carecen de equipos o internet o de electricidad (pobreza energética), y los que disponen de estos medios, han obligado que sus padres se conviertan en profesores de apoyo(no todos están cualificados para realizar esta labor) y esta sustitución no siempre es aceptada por el menor que en muchas ocasiones no comprende el porqué de tantos y continuos cambios. Y en tercer y último lugar, el transporte, la reducción de servicios y las dificultades para su accesibilidad han quedado patentes más aún si cabe tras la crisis sanitaria.

En síntesis, los obstáculos a la inclusión social y económica de las personas con discapacidad se han visibilizado más tras la crisis sanitaria, se observa como ha aumentado el riesgo de sufrir situaciones de desprotección social y vulneraciones de derechos, entre ellos, la falta de accesibilidad a la información, las dificultades en las salidas terapéuticas, las carencias detectadas en residencias, la aparición de criterios de priorización que han puesto en cuestión la atención sanitaria en igualdad de condiciones, o la ralentización de algunos servicios necesarios para estas personas produciendo una rebaja en sus derechos sociales . Asi pues, tal y como señala el Informe de la Dirección General de Políticas de Discapacidad de 2020[7]: "(…) es preciso tener particularmente en cuenta -junto al interés general− las necesidades específicas y particulares de las personas con discapacidad a la hora de diseñar las estrategias de salida de la crisis; y, finalmente, es preciso tener en cuenta las diferencias internas dentro de las personas con discapacidad, prestando una atención específica a las personas con necesidades más complejas, que acumulan mayores desventajas y necesidades" (p.140).

Sino circunscribimos a España se aprecia como en los últimos datos oficiales del INE[8] son de 2008[9] (y los datos que contienen corresponden al 2007), y en aquel momento, había en España más de 3,8 millones de hombres y mujeres con discapacidad que suponían casi el 9% de la población. Y si atendemos al criterio de distribución territorial por CCAA, según el citado estudio, las Comunidades autónomas que presentaban una tasa mayor de población con discapacidad eran Galicia (11,3%), Extremadura (11,0%) y Castilla y León (10,9%), así como las ciudades autónomas de Melilla (11,9%) y Ceuta (11,3%). Por el contrario, los menores porcentajes se daban en La Rioja (6,2%), Cantabria (7%) e Islas Baleares (7,1%).

A colación con el tema objeto de estudio, nos plantearnos la cuestión de cuantos discapacitados figuraban registrados en la Comunidad Andaluza en aquel momento, la respuesta nos la ofrece el estudio del Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía de 2012[10], según el cual, el 9,1% de la población andaluza (725.390 personas) declaraba tener alguna discapacidad o limitación para

[7] Informe de la Dirección General de Políticas de Discapacidad de 2020, p.140. Disponible en: https://www.consaludmental.org/publicaciones/Impacto-pandemia-personas-discapacidad.pdf

[8] https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176782&menu=resultados&idp=1254735573175

[9] Se está llevando a cabo, con bastante retraso la actualización de la encuesta de 2008 y la aparición de una nueva Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia, que debería haber estado lista en 2018 pero que aún no ha visto la luz.

[10] Discapacidad y dependencia en Andalucía Con base en la Encuesta sobre Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD), 2008,Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía(Consejería

actividades de la vida diaria; y solo un 5,3% se considera en situación de dependencia (424.921 personas).Si atendemos al criterio etario se observa como del conjunto de los menores de 6 años, un 1,7% presenta limitaciones (9.254), y éstos se consideran dependientes; es una cifra inferior a la nacional. Si atendemos al lugar de residencia de los dependientes, la mayoría vive en establecimientos colectivos 30.684 personas, de las que 25.637 se encuentran en situación de dependencia, una proporción muy superior a la del resto de la población. La población con discapacidad reconocida igual o superior al 33% representa el 6,8% de la población residente en Andalucía. De acuerdo con los datos ofrecidos por los Centros de Valoración y Orientación de Andalucía, a través del sistema de información (OBI-SISS Sistema Integrado de Servicios Sociales), el número de personas reconocidas con un grado de discapacidad igual o superior al 33%, a 30 de noviembre de 2020, es de 586.510 personas, de las que 284.462 son mujeres y 302.048 son hombres. Sin embargo, con respecto al grado de discapacidad alcanzado, el número de mujeres con un grado de discapacidad igual o superior al 65% es más alto que el de hombres, mientras que en el rango del 33% al 64%, la mayoría corresponde a los hombres. Otro factor también a tener en cuenta es la longevidad de la población, el envejecimiento demográfico hace que la dependencia aumenta con la edad. El 22,7% de los mayores (65 y más años) es dependiente, observándose como en el caso de los hombres tienen una discapacidad reconocida antes de 64 años, mientras que el número de mujeres con discapacidad reconocida esta aumenta respecto del número de hombre a partir de los 65 años. Además la dependencia tiene un perfil envejecido: seis de cada diez personas en situación de dependencia son mayores de edad. También tiene un perfil femenino. Sólo en las edades infantiles y juveniles su prevalencia es algo superior en los hombres. Entre adultos y mayores en cambio son las mujeres las que presentan dependencia en una proporción más alta, unos 14 puntos porcentuales superior a partir de los 65 años. Además otro dato a subrayar es que cuanto menores son los municipios mayor peso tiene la población en situación de dependencia, con la salvedad de las capitales de provincia y municipios de más de 100.000 habitantes. Lógicamente Sevilla, Málaga y Cádiz, son las provincias que mayor número de personas dependientes tienen, pero la mayor prevalencia se da son en Jaén y Granada. Las personas en situación de dependencia muestran un nivel de estudios más bajo, y se mezclan ahí varios efectos (aunque el principal es su mayor edad). También es inferior para los andaluces que para el conjunto de españoles. El tipo de discapacidad más frecuente entre las personas en situación de dependencia es el que atañe a las limitaciones de movilidad, que afecta a 347.527 personas. Están directamente relacionadas con la vejez, que es mayoritaria entre la población debido según Maldonado Molina, J.A.[11]: "(…) a que este colectivo se caracteriza por sus frecuentes pluripatologías, comorbilidad y presentar más fragilidad que otros grupos etarios lo que complica la enfermedad en estas personas y dificulta el tratamiento exitoso".

Con respecto a la atención social y socio-sanitaria, destacar que el porcentaje de niñas que acuden a los centros de atención infantil temprana se sitúa en el 30%, frente al 70% de niños. En edades tempranas, la detección de algunas discapacidades muestra grandes diferencias entre sexos. Sirva de paradigma como, en el caso de los trastornos generalizados del desarrollo (en concreto, autismo, Síndrome de Rett y Síndrome de Asperger), el número de niños con una discapacidad reconocida igual o superior al 33% asciende a 10.450 frente a 2.457 mujeres. Los datos son a fecha de 1 de enero de 2019. En cuanto a las personas con discapacidad intelectual atendidas en Unidades de Salud Mental (USM), existe un predominio de hombres (59,63%) respecto a mujeres (40,37%). El cuidado y la asistencial personal a personas con discapacidad se encuentra altamente feminizado, es decir, la presencia de mujeres cuidadoras es muy superior a la de los hombres: el 79,1% del total de personas cuidadoras son mujeres. Existe una mayor cantidad de mujeres beneficiarias (62%) del Servicio de Asistencia Residencial que de hombres (38%). Dicha diferencia de mujeres sobre

de Economía, Innovación y Ciencia), Sevilla, 2012.Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/institutodeestadisticaycartografia/estudios/discapacidad/discapacidad.pdf

[11] Maldonado Molina, J.A.: "La protección social de los mayores durante la pandemia del Covid-19. Efectos en su asistencia sanitaria, dependencia, servicios sociales y pensiones", *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS)*, Nº3, 2021, p. 134. Disponible en: https://doi.org/10.24310/rejlss.vi3.13535

hombres no está alineada con la distribución por sexo de las personas con discapacidad (51,27% de hombres y 48,73% de mujeres). En lo que se refiere al ámbito educativo, se presentan los siguientes datos: La población con necesidades educativas especiales representa el 3,91% y 3,51% del alumnado matriculado en estudios de primaria y secundaria respectivamente, y referido al curso escolar 2018 - 2019. La comparativa por etapa educativa alcanzada entre la población con discapacidad revela que la mayor parte de este colectivo se concentra en Educación Primaria (37,3%) seguida de la ESO. (22,5%). En todas las etapas educativas el número de alumnos con discapacidad dobla al de alumnas con discapacidad, sin embargo, las mujeres discapacitadas presentan más dificultades de conseguir un empleo que los hombres[12]. Por otra parte, de acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadística, es mayor la proporción de mujeres que se ha sentido discriminada por su discapacidad. Sin embargo, paradójicamente es mayor el número de hombres que ha presentado una denuncia por sentir discriminación (3.400 hombres frente a 3.000 mujeres).

De otra parte, otra variable a considerar es la conectividad que tiene la edad con la discapacidad. Así según el precitado informe la población de más edad suele padecer problemas osteomusculares y sensoriales que adquieren a medida que envejecen y se convierten finalmente en problemas degenerativos. En cambio, los problemas mentales son los más frecuentes en la población residente en establecimientos colectivos, mientras que los menores las deficiencias congénitas, de nacimiento o desarrollo son las más importantes. De ahí que no resulte extraño que, haya más de trescientos mil andaluces en posesión del Certificado de Minusvalía; sólo dos de cada tres han declarado tener problema en alguna de las 44 discapacidades de EDAD y de ellos no todos son dependientes (no reciben ayuda personal para sus problemas). El 13,7% de las personas en situación de dependencia vive sola, en su mayor parte se trata de mujeres mayores. Más de la mitad vive en hogares multigeneracionales (en estrecha relación con la relevancia de los cuidados familiares), y sólo cuando la gravedad es muy alta, adquieren peso también los hogares de otro tipo. Un 13% de los andaluces en situación de dependencia ha sentido ser objeto de algún tipo de discriminación durante los doce meses anteriores a la encuesta, sobre todo en el ámbito institucional y en particular, en la atención sanitaria, sin embargo paradójicamente el nivel de asociacionismo de la población en situación de dependencia (y de sus familiares) es escaso (6,5%) y sin apenas diferencias respecto al conjunto de España (7%). [pp.7-10]. Por lo que considero que difícilmente pueden alcanzar la plenitud de sus derechos mientras que no logran visibilizarse y tener fuerza social reivindicativa institucionalmente reconocida y para ello, es necesario sí o sí, que se intensifique el asociacionismo de los afectados y sus familias.

III. CONCEPTO TÉCNICO -JURÍDICO DE DISCAPACIDAD

A priori para delimitar su concepto, hay que apostillar que este al igual que el resto de vocablos técnicos-jurídicos y médicos, este es objeto de una incesante evolución histórico-económica y socio-política, a la que en los últimos decenios también hay que sumar, el hecho de que se ha producido un pronunciado cambio cultural debido al desarrollo mundializador y globalizador de la movilidad humana y de la asimilación de la igualdad de las personas y aceptación de sus diferencias para que de este modo se produzca finalmente su inclusión social. Todo ello nos obliga a tomar como punto de partida su *iter* normativo que situamos en la definición realizada por la OMS en 1948, que conceptualiza la educación sanitaria como: "el perfecto bienestar biopsicosocial", es decir, la adquisición del máximo bienestar físico, mental y social, de forma que, a pesar de su ambigüedad terminológica, presenta como logro destacado incluir los aspectos mental y social junto al físico que era hasta entonces el único que se tenía en cuenta para que el sujeto quedara englobado en esta

[12] Según el *Informe de evaluación del impacto de género del proyecto del III Plan de Acción Integral para las personas con discapacidad en Andalucía*, Junta de Andalucía, Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación, Dirección General de Personas con Discapacidad e Inclusión, 30 de diciembre de 2020, pp.1-21.Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2021-03/6.%20Informe%20de%20impacto%20de%20g%C3%A9nero.pdf

categoría. Más tarde, un Comité de Expertos[13] de la misma organización en 1969, ampliaron esta definición pero no aprovecharon la ocasión para incluir en los mismos factores que hoy consideramos que también forman parte e influyen en la salud como son entre otros: ambientales, personal y contextuales. Así pues, quedo configurado la voz "educación sanitaria", en los siguientes términos: "La educación sanitaria representa esencialmente una acción ejercida sobre los individuos para conseguir modificar sus comportamientos. De una manera general la educación sanitaria pretende que los individuos adquieran y conserven hábitos de vida sana, que aprendan a usar mejor los servicios de salud que tienen a su disposición y que estén capacitados para tomar, individual o colectivamente, las decisiones que implican la mejora en su estado de salud y el saneamiento del medio en que viven". Esto nos lleva a plantearnos extrapolar esta interpretación al ámbito de las personas que tienen capacidades diferentes a las generales, en este sentido, la definición de discapacidad que realiza la referenciada organización, a partir de los años 70 según Egea García, C.[14], "Pretende ir más allá, con la clasificación de las consecuencias que la enfermedad deja en el individuo, tanto en su propio cuerpo como las repercusiones en su actividad y en su relación con el entorno", es decir, se supera el binomio que hasta aquel entonces existía entre enfermedad-discapacidad y se introducen nuevos factores como el social y el laboral. Y esto desembocó que una década después, se elaborara por esta organización la "Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías "(CIDDM) en 1980, desde un enfoque estrictamente médico y que efectuara la diferenciación del trinomio de conceptos de: deficiencia, discapacidad y minusvalía. Asi la primera, deficiencia, implica que la persona padece la pérdida o anormalidad en su estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, y por tanto, esa deficiencia puede producir una discapacidad o no. Mientras que la segunda, 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. Y por último, minusvalía es una situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol que es normal en su caso (en función de su edad, sexo o factores sociales y culturales), es decir, la minusvalía puede ser originada tanto por la deficiencia como por la discapacidad. Más tarde, en 2001, se reformula esta clasificación, que sustituyó a la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidad y Minusvalías (CIDDM) de1980, cambiando entre otras cosas, su denominación que pasa a convertirse *ad hoc* en "Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud" (CIF), pero además de este cambio morfológico, lo realmente resulta interesante es que "las deficiencias", para ser consideradas como tal, deben poder ser detectadas por la persona o por otras personas mediante observación directa o por inferencia de esa observación. Y a pesar de que es parte del estado de salud, no necesariamente indica que la enfermedad esté presente o que el individuo deba ser considerado enfermo sino que tienen un mayor alcance que las enfermedades o los trastornos (*vgr.* la pérdida de una pierna es una deficiencia, no un trastorno o una enfermedad). Mientras que desde entonces la "minusvalía", que hasta ese momento, se valoraba en función de la desventaja con relación al resto de los sujetos, de acuerdo con las normas sociales ensancha su ámbito objetivo, en lugar de resumir sólo las áreas más importantes. Así pues, la nueva clasificación identifica las áreas de implicación social del individuo, recogiendo la concepción de la salud de la OMS, como derecho humano fundamental: "un estado completo de bienestar físico, mental y social y no meramente la ausencia de enfermedad". Y finalmente, "la discapacidad", no se considera como un es un atributo de la persona, sino un complejo entramado de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el ambiente social. Por lo tanto, la solución ante este problema requiere la actuación social y consecuentemente, es responsabilidad colectiva de la sociedad hacer las modificaciones ambientales necesarias para la participación plena de las personas con discapacidad en todas las áreas de la vida social, lo que convierte finalmente este término en actuaciones políticas y por tanto, en una cuestión de derechos humanos y deja de ser

[13] Comité de Expertos en Educación Sanitaria de la OMS: Planificación y evaluación de los servicios de Educación Sanitaria. Serie Informes técnicos nº409, Ginebra, 1969. Disponible en: https://apps.who.int/iris/handle/10665/38471

[14] Egea García, C. y Sarabia Sánchez, A.: "Visión y modelos conceptuales de la discapacidad", *Polibea* Nº 73, 2004, p. 35.

considerado como hasta ahora en términos estrictamente médicos[15]. Esta perspectiva basada en los derechos humanos según Quinn, G. y Degener, T.[16], "(…) se pone de manifiesto también en el hecho de que las instituciones nacionales encargadas de la promoción y protección de los derechos humanos han comenzado a interesarse por las cuestiones relativas a la discapacidad. La importancia de esto radica en que las instituciones nacionales relativa a los derechos humanos y los debates internos sobre la legislación a favor de las personas con discapacidad y la reforma de la política". Frente a esta corriente doctrinal, existe una postura intermedia encabezada por Shakespeare, T.,[17] que considera que se den dejar de lado las radicalizaciones y apostar por un modelo intermedio en el que se tengan en cuenta los modelos médicos y el social.

1. Marco internacional

En este orden de ideas, existe una continua mutación conceptual de los términos jurídicos-técnicos," invalidez y "discapacidad", que son objeto de una evolución[18] y trasformación progresiva, tal y como se constata en la vinculación *prima facie* de la enfermedad a la discapacidad y su desarticulación posterior. Apreciándose desde hace dos décadas aproximadamente su ensamblaje a los derechos humanos. Tendencia en consonancia con el marco jurídico internacional que apuesta por el modelo social entre otros: Naciones Unidas, "Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad[19]", del año 1993, que en la regla 5 desarrolla medidas amplias pero concretas que los estados deben de poner en marcha para mejorar las condiciones de accesibilidad en sus territorios y que es completado el ámbito laboral por el art.7.2, dispone que los Estados deben estimular a los empleadores a que realicen los ajustes necesarios para integrar en el mercado a las personas con discapacidad. Además, la Asamblea General de Naciones Unidas de 30 de noviembre de 2001, acordó promover un Convenio Internacional para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Por otro lado, es de señalar el Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre readaptación profesional y empleo de personas inválidas, ratificado por España el 2 de Agosto de 1990, directamente aplicable en nuestro Derecho interno, establece que: "las medidas positivas especiales encaminadas a lograr la igualdad efectiva... no deberán considerarse discriminatorias". Asimismo la Recomendación núm.168/1983 de la OIT sobre readaptación y empleo de personas invalidas, enumera las medidas que se deberían incluir para crear oportunidades de empleo el mercado regular e incluye, entre ellas, incentivos económicos para alentar a los empresarios a proporcionar formación y empleo subsiguiente a las personas invalidas así a adaptar, dentro de los límites razonables los lugares de trabajo.

2. Marco europeo

Circunscribiéndonos al ámbito sectorial europeo el Tratado de Ámsterdam introdujo en el Tratado de la Unión Europea una disposición sobre la lucha contra la discriminación en diversos ámbitos, entre otros las discapacidades. Esta cláusula se mantiene por el Tratado constitutivo de la

[15] OMS. Clasificación Internacional del Funcionamiento y la Discapacidad Borrador Beta-2 Julio 1999. Ginebra, Suiza, pp.20 y 24.Disponible en: http://www.insor.gov.co/home/wp-content/uploads/filebase/ciddm_deficiencia_minusvalias.pdf

[16] Quinn, G. y Degener T. A.: "Survey of international, comparative and regional disability law reform", in Breslin ML, Yee S, eds. *Disability Rights law and Policy - International and National Perspectives,* Ardsley, Transnational, 2002, p. 12.

[17] Shakespeare, T.: *Disability Rights and Wrongs,* London, Routledge, 2006, p. 16.

[18] El Preámbulo de la Convención de las Personas con Discapacidad reconoce expresamente este carácter cambiante en el apartado e) en los siguientes términos: "Reconociendo 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".(Ratificado por España ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008, *BOE* nº96, *Rec*.6963,pp.2068-0659) .

[19] Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/48/627)]

Unión Europea, el cual adquiere virtualidad jurídica la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza de 2000, con su incorporación al Tratado. En ella se prohíbe toda discriminación por razón de discapacidad y reconoce el derecho a las personas con discapacidad a beneficiarse de medidas que favorezcan su integración. En este ámbito son también de interés la Comunicación de la Comisión Europea, refrendada por el Consejo en diciembre de 1996, sobre "Igualdad de oportunidades de las personas con minusvalías titulada" Una nueva estrategia comunitaria en materia de minusvalías" y la Comunicación de la Comisión del año 2000 titulada "Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad". Y, sobre todo, la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación que si bien alude la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad, no define en que consiste la misma. Directiva que es desarrollada a su vez, por dos Directivas posteriores: Directiva 2002/73/CE sobre igualdad de hombres y mujeres en el ámbito del empleo, que modifica la del año 1976[20] y la Directiva 2000/43/CE[21], relativa a la igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico que, a diferencia de la que afecta a la discapacidad, que solo se ocupa del campo del empleo, abarca todas las esferas de la vida.

3. Marco nacional

Centrándonos en nuestro país, el marco normativo lo situaremos en primer lugar en la Ley 13/1982 de 7 de abril, de Integración Social de las Personas con Discapacidad(LISMI), cuya promulgación obedece al mandato constitucional recogido en el art. 49 de nuestra carta magna y cuyo contenido secunda el modelo médico o rehabilitador mayoritario en el momento de su aprobación, y que según Palacios, A.[22], "(…) el objetivo del modelo médico es curar a la persona discapacitada, o bien modificar su conducta con el fin de esconder la diferencia y, de ese modo, incorporarla a la sociedad". Es decir, considera la discapacidad como un problema de la persona y no de la sociedad, y, su génesis deriva de una enfermedad, accidente o condición de salud del sujeto, y lo que la sociedad hace es curarla para eliminar de esta forma las diferencias con el resto de sujetos, y de este modo, conseguir su inclusión social, por lo que el médico adquiere un papel de órgano unipersonal decisorio y va a ser este el que definitiva determine si se encuentra el sujeto apto o no para formar parte de la sociedad calificada eufemísticamente como "normal". O dicho de otro modo, la discapacidad tendría su encaje en el segundo modelo de configuración jurídica de las diferencias titulado "diferenciación jurídica de las diferencias" realizado por Ferrajoli, L.[23], según el cual: "se valorizan algunas identidades se desvalorizan otras, y, por tanto, se produce la "jerarquización de las diferentes identidades", de forma que son exclusivamente los sujetos privilegiados los que se presenta una falsa universalización de la igualdad de forma que, esa igualdad jurídica al no hacerse cargo de las diferencias y de su concreta relevancia en las relaciones sociales, está destinada a permanecer ampliamente inefectiva y a ser desmentida por las desigualdades concretas en las que de hecho se transmutan las diferencias".

En el ámbito del desarrollo normativo de la Administración General del Estado, es imprescindible destacar por su importancia la Ley 63/2003 de Cohesión y Calidad de Sistema Nacional de Salud, en cuyo art.14 se define la prestación socio sanitaria como "la atención que comprende el conjunto de cuidados destinados a aquellas personas con enfermedad, generalmente crónicos, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su reinserción social" .

[20] Directiva 76/207/CEE, *DO L* 39, de 14/2/1976.
[21] Directiva 2000/43/CE, *DO L* 180 de 19/7/2000.
[22] Palacios, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2008, p. 66.
[23] Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías. La ley del más débil,* Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 8.

A continuación, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (LIONDAU), impulsa decididamente la igualdad efectiva de las personas con discapacidad, consagrada en nuestra Constitución pero que *hic et nunc* aún no se ha llegado a plasmar, figurando entre sus objetivos completar la LISMI, para ello toma como punto de partida el enfoque de derechos humanos en materia de discapacidad siguiendo las directrices del modelo social (basado en la búsqueda de la inclusión a través de la igualdad de oportunidades), subrayándose *ex lege* la vocación reformadora de esta norma, en el sentido de salvaguardar los derechos de estas personas con el objetivo de favorecer la toma de decisiones en todos los aspectos de su vida, tanto personal como colectiva, avanzar hacia la autonomía personal desinstitucionalizada y garantizar la no discriminación en una sociedad plenamente inclusiva, es decir, persigue eliminar o al menos paliar lo más posible la discriminación de este colectivo estableciendo para ello, medidas de acción positiva(discriminación positiva) para lograr la integración plena e introduciendo un elenco de principios que permanecen vigentes hoy día como son entre otros: accesibilidad universal, normalización, vida independiente, diálogo social, transversalidad en las políticas que se dicten para este colectivo, etc. Además se refuerza la protección de los derechos (Artículos 17 a 20 y Disposición final undécima). También se aumentan las medidas protección (vía judicial ordinaria, administrativa y de forma preventiva la vía arbitral); se fomenta participación institucional multinivel, se reformula la definición de las personas con discapacidad cuya definición realizada en el art.1.2., enmarca en el nuevo concepto a las personas con discapacidad, exigiendo a sus destinatarios que tengan reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33%, o ser pensionistas de la Seguridad Social siempre que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, o bien, ser pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

A renglón seguido, es relevante en esta materia el RD Legislativo 1/2013 de 2 de noviembre, por el que se aprueba la Ley General de Derechos de las Personas Discapacidad y su Inclusión Social, en cumplimiento del mandato previsto en la Disposición final segunda de la Ley 26/2011 de 11 agosto, de adaptación normativa a lo establecido en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, en la que se define la de discapacidad como la situación que resulta de la interacción de persona con deficiencias previsiblemente permanentes y de cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás, cuyo desarrollo reglamentario se realizó por el RD1276/2011 de 16 de septiembre y que en su Considerando sexto, define explícitamente la discapacidad como:" (…)la circunstancia personal y el ecosistema social resultante de la interacción del hecho diferencial de algunas personas con un entorno inadecuado por excluyente en tanto en cuanto que establecido según el parámetro de persona «normal». Entre las novedades más destacadas en esta última disposición referenciada subrayamos las siguientes: creación de Planes de Accesibilidad en todos los sectores del transporte así como establecer un criterio para deslindar las grandes infraestructuras y servicios de las de pequeña entidad en función del *quantum* de volumen. De este modo, se cataloga "gran infraestructura", cuando esta tenga un tráfico igual o menor a 750 viajeros/día. Mientras que las pequeñas infraestructuras y servicios sus obligaciones son más reducidas (perros-guía y de asistencia; información; servicios de larga distancia; situaciones de emergencia; dispositivos de alarma en material móvil; plazas reservadas) .Igualmente en el caso de los puertos de interés general en los que haya líneas regulares de viajeros con un tráfico superior a 200.000 pasajeros/año, así como las estaciones marítimas que igualmente tengan actividades de crucero con un tráfico superior a dicha cantidad, deberán disponer de los planes de accesibilidad; acceso a la sociedad de la información y medios de comunicación social(*vgr.* acceso a internet) cuya plasmación jurídico-normativa cristalizo en la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información y su desarrollo reglamentario efectuado por

el Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre[24], por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social, correlativo a estos derechos surge la problemática sobre la confidencialidad de datos y la heterogeneidad de las deficiencias dentro de cada tipo de discapacidad(teniendo en cuenta la vulnerabilidad mayor que tiene este colectivo ante la manipulación que se puede realizar de sus limitaciones) ; protección civil, mediante la regulación de protocolos de actuación específicos, así como incluir en los cursos de formación materias relacionadas con la asistencia a personas con discapacidad, en este sentido, hay que traer a colación el RD 734/2019, de 20 de diciembre, por el que se modifican directrices básicas de planificación de protección civil y planes estatales de protección civil para la mejora de la atención a las personas con discapacidad y a otros colectivos en situación de especial vulnerabilidad ante emergencia, si bien, hay que tener presente que, cada comunidad autónoma dispone canales de accesibilidad propios que no han dado siempre respuesta a las necesidades de accesibilidad de manera integral, por lo que se crea una palmaria discriminación subordinada al lugar de residencia de la persona discapacitada; reconocimiento de capacidad plena para ser testigo ante los notarios, de forma que, solo podrán excluirse a las personas que no posean el discernimiento necesario para conocer y para declarar o para comprender el acto o contrato que se firme ante el notario(art. 167 Reglamento de Notaría) y si existen dudas sobre la misma se debe recabar dictamen de dos facultativos que respondan la capacidad, en base a la aplicación por analogía de la regla prevista para los testamentos en el art. 665 Código Civil; en relación al derecho a la sanidad, mediante la precitada disposición de 2011, se refuerza la garantía del derecho de acceso a la información de las personas con discapacidad, y la asistencia necesaria para que presten consentimiento en concreto en las actuaciones siguientes: obtención y utilización clínica de órganos humanos, donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos, hemodonación y ensayos clínicos con medicamentos, entre otras; también para evitar inseguridad jurídica innecesaria se ha suprimido la obligación que tenían los órganos competentes en el reconocimiento del grado de discapacidad de reflejar en la resolución la circunstancia de no alcanzar el grado de discapacidad del 33%, cuando quien lo solicitaba eran los pensionista de invalidez permanente, los cuales tienen asimilado el grado de discapacidad en un 33% a los efectos de la Ley 51/2003 (LIONDAU) ; y por último, y no ello menos importante, se establece la obligación de que las CCAA, remitan anualmente datos estadísticos sobre la situación de las personas con discapacidad relativos: al reconocimiento de grado de discapacidad, movilidad, edad, sexo, datos sobre prestaciones o beneficios reconocidos por las Administraciones autonómicas y otras informaciones que se acuerden, para que de este modo, ofrecer una información fiable y transparente sobre ese colectivo y de este modo, poder adecuar las acciones y planes estatales a la situación real de los mismos teniendo en cuenta las necesidades específicas de cada territorio.

En base a lo expuesto, no es de extrañar que uno de los desafíos con el que se encuentran las diferentes administraciones públicas sea precisamente proporcionar educación sanitaria a este colectivo misceláneo con unas características específicas propias que requieren que la promoción de la salud, plantee más complejidad su aplicación. En este sentido conviene recordar que, la educación sanitaria y promoción de la salud, se realiza dentro del marco que fijan las diferentes leyes educativas y de sanidad en nuestro país. En este sentido, a nivel nacional la Ley 14/1986 de Sanidad, y Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que sin perjuicio de las competencias que tienen las CCAA en materia de salud, establece las bases legales que sustentan las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas en materia de salud pública, en este sentido se

[24] Modificado por el RD. 424/2005, de 15 de abril por las cuales se establecen, entre otros, los criterios de accesibilidad aplicables a las páginas de Internet de las Administraciones Públicas o con financiación pública y además se establece que las Administraciones Públicas promoverán el cumplimiento progresivo de los criterios de accesibilidad por páginas de Internet privadas, principalmente cuando sus contenidos sean de índole educativa, sanitaria y de servicios sociales.

pronuncia el art. 16.2 de esta última disposición referenciada cuya dicción literal es la siguiente: "Las actuaciones de promoción de la salud prestarán especial atención a los ámbitos educativo, sanitario, laboral, local y de instituciones cerradas, como hospitales o residencias. En dichos ámbitos, el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad apoyará la creación y el fortalecimiento de redes", precepto que debe ser puesto en relación con el art.18.5 de la misma norma, en la que se señala que las Administraciones públicas que desarrollen acciones en materia de comunicación en materia de salud, deberán adaptar la información que suministren a toda la población, especificando que este deber de adaptabilidad también se exige de forma específica para aquellos sectores de la población que presenten características culturales, sociales o lingüísticas, es decir, adaptación a la diversidad, en la que obviamente también se encuentran los discapacitados, lo cual supone que si la CA de que se trate no contempla acciones de comunicación, no están obligadas a adaptar su comunicación para los grupos con las características descritas por la ley estatal y en tal caso, será el Estado el que este encargado de forma general de difundir en los medios de comunicación las recomendaciones necesarias sobre salud pública.

De otro lado, las diferentes leyes de educación también hacen suyo este deber de promocionar y fomentar la educación para la salud, si bien, su desarrollo ha sido vacilante, siendo la primera vez, que la incorpora en la Ley de Ordenación General del Sistema Educativo de 1990, sin embargo, no le presta entidad propia, de modo que, en lugar de figurar como una materia propia se le dota de un carácter de cohesión e imbricación de los diferentes proyectos interdisciplinares. Más tarde, la Ley Orgánica de Educación de 2006, omitió su inclusión. Después, la actual Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa de 2013, vuelve a aplicar la transversalidad pero vinculada ahora a las asignaturas. Y por último, la *lex data* de Educación de 2020, vuelve a incluirse la educación para la salud, pero de forma transversal, junto a la educación para el consumo responsable y el desarrollo sostenible, la afectivo-sexual y la educación emocional y en valores.

IV. CAUTELAS Y MATICES EN LA EDUCACIÓN SANITARIA EN ANDALUCÍA

1. La caótica fundamentación jurídica

A priori a conocer la educación sanitaria en Andalucía, hay que tomar como punto de partida la diferencia conceptual que existe entre educación sanitaria y educación para la salud. La primera, según GAVIDIA CATALÁN, V., *et al.*[25], tiene como finalidad:" Educar a la población para prevenir las enfermedades y promocionar su salud, ya que de la restauración se hacen cargo los sectores de asistencia y rehabilitación. La acción educativa recae sobre el individuo, al que se le intenta instruir sobre la nocividad de ciertos comportamientos, con el objeto de que modifique su vida hacia hábitos más saludables y es llevada a cabo por personal sanitario". Mientras que, educación para la salud según la OMS en 1983 en la 36 Asamblea Mundial define esta como: "Cualquier combinación de actividades de información y educación que lleve a una situación en la que la gente desee estar sana, sepa cómo alcanzar la salud, haga lo que pueda individual y colectivamente para mantener la salud y busque ayuda cuando la necesite", y a su vez, en el mismo instrumento refiriéndose a la educación sanitaria colige que: "Si enfocamos la educación sanitaria desde un modelo participativo y adaptada a las necesidades, la población adquiriría una responsabilidad en su aprendizaje y ese no estará centrado en el saber, sino también en el saber hacer(…)" . De lo que se deduce que, la diferencia entre ambas definiciones radica en que mientras que para la educación sanitaria tiene en cuenta fundamentalmente el conocimiento del personal sanitario y donde el sujeto si bien participa en la salud, su actuación es transversal. Por el contrario, en la educación para la salud, al tener una naturaleza político-social, el protagonismo en la materia lo tiene la participación comunitaria y para lograr sus objetivos de adquirir un aprendizaje para favorecer el mantenimiento o la restauración de la salud, debe reconocer

[25] Gavidia Catalán, V., *et al*.: "La educación para la salud: Una propuesta fundamentada desde el campo de la docencia", *Rev. Enseñanza de las Ciencias* núm.11, 1993, pp. 290-291.

el derecho individual a la salud y educación de cada persona asi como favorecer la equidad entre las mismas, de forma que, si no se logran estos fines, los postulados formulados se convierten finalmente en papel mojado carentes de contenido reducidos a un mero *desiderátum* programáticos intangible.

En este orden de ideas, hay que tener presente que la atención específica a las personas con discapacidad por parte de los poderes públicos es una obligación que se recoge en las principales normas de nuestro ordenamiento jurídico. Así, la Constitución española, en su art. 49, en concordancia con los artículos 9 y 14, establece el mandato de procurar su integración y eliminar los obstáculos que impidan su participación social y su igualdad de derechos ante la Ley. Asimismo, el EAA, en sus artículos 23,24 y, de forma especial, *ex* art.10.3.15. º y 16. º, incluye la especial referencia de esta CA al colectivo de discapacitados. En este sentido, en el art. 14 prohíbe expresamente la discriminación por motivos de discapacidad; en el art. 24 proclama el derecho a acceder a las ayudas, prestaciones y servicios de calidad con garantía pública necesarios para su desarrollo personal y social, en el art. 37.1 5.º y 6.º, dedicado a los principios rectores que deben orientar las políticas públicas, incluye los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, así como el uso de la lengua de signos española, y por último, en el artículo 169.2, en relación con las políticas de empleo, conmina a los poderes públicos a establecer políticas específicas para la inserción laboral de las personas con discapacidad, así como a velar por el cumplimiento de las reservas previstas en la legislación aplicable.

Circunscribiéndonos al área sanitaria, en el ámbito nacional, el art. 43.1 de la CE, reconoce el derecho a la protección de la salud y en acápite siguiente establece que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Estos poderes públicos se articulan en entes territoriales- Estado y las Comunidades Autónomas-, que son los encargados de la organización y prestación de la asistencia sanitaria. Reservándose para el primero, el Estado, las competencias exclusivas que figuran en el art. 149.1.16. ª de la CE, en materia de bases y coordinación general de la sanidad además de corresponderle de forma explícita la sanidad exterior y la legislación farmacéutica, cumplimentado este precepto con el apartado siguiente, art. 149.1.17 ª de la CE, que atribuye también al Estado la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas .Por lo tanto, el resto de competencias no recogidas en estos acápites, se permite el desarrollo por parte de las CCAA. A la vista de lo expuesto, queda palmario el deslinde competencial que existe entre "salud pública" y "seguridad social". Sin embargo, hay que traer a colación el hecho de que, los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas según fuera la vía inicial de asunción de competencias, el título competencial de sanidad se articulaba o bien a seguridad social o a sanidad, según hubiera sido la vía de acceso al traspaso de transferencias del Estado-Art. 143CE o 151CE-, de tal suerte que, si su articulación se había producido por el art. 143CE, su conexión era a la seguridad social(control política asistencial, desarrollo legislativo de la legislación básica de Seguridad Social y régimen económico de ésta, quedaba subordinada al art.149.1.16 y 17CE) pero en cambio, si su traspaso se hizo vía 151CE, (en cuyo caso, la asistencia sanitaria se incardina en la materia y título competencial "sanidad"). Al hilo conductor del Estatuto de Autonomía de Andalucía (ETA) como de las leyes específicas dictadas sobre esta materia, siguen estas directrices expuestas y debido a que su adquisición de transferencias se realizó vía 151, la asistencia sanitaria se incardina en el título competencial de "sanidad".

Focalizando nuestro tema de estudio, la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, fijó los servicios y actuaciones de asistencia sanitaria pública y privada en Andalucía y creó el Sistema Sanitario Público de Andalucía, definido en su art.43 como el conjunto de recursos, medios organizativos y actuaciones de las Administraciones sanitarias públicas de la Comunidad Autónoma o vinculados a las mismas, orientados a satisfacer el derecho a la protección de la salud a través de la promoción de la salud, prevención de las enfermedades y la atención sanitaria además de crear el Servicio Andaluz de Salud (SAS), vertebra su estructura orgánica en dos órganos: Consejería de Salud

(sustituida por la Consejería de Salud y Familias que ha asumido nuevas competencias como la de desarrollo y coordinación de las políticas activas en materia de prevención, asistencia, tratamiento y reinserción de las personas en situación de drogodependencias) y SAS (creando una Dirección general en el mismo de cuidados socio sanitario)[26].

A continuación, el RD 1118/1981, de 24 de abril, por el que se estableció el régimen preautonómico para Andalucía, de las transferencias de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Junta de Andalucía, en su artículo Dos. uno, recoge un elenco de funciones y competencias en orden a la acción pública sanitaria sobre traspasos en materia de Sanidad y Servicios Sociales, entre las que figuraba en la letra e) *in fine*, una especie de cajón de sastre donde se recogían los programas sanitarios que cubría la Junta de Andalucía en esa coyuntura[27] y en la se alude explícitamente a la educación sanitaria. A renglón seguido, el ETA articulado en la LO 6/1981, de 30 de diciembre[28], contiene en el art. 13 dividido en 35 apartados, las competencias exclusivas de la Comunidad Andaluza(CA), y en el apartado 21, figura la de " Sanidad e higiene, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 149.1.16 de la Constitución" y se complementa con el art. 20.1 de la misma disposición, en el que se dispone que la CA le corresponde el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior. Disposición que ha sido modificada por LO 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del ETA que en el art. 55.2, modifica lo expuesto en el sentido de que, a partir de esta norma, esta CA adquiera la competencia compartida en esta materia, hasta entonces en manos exclusivas del Estado, sin perjuicio, de conservar la competencia exclusiva que tiene transferida en: ordenación, planificación y ejecución de los servicios y prestaciones sanitarias, socio sanitario y de salud mental de carácter público en todos los niveles y para toda la población, la ordenación y la ejecución de las medidas destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos, incluyendo la salud laboral, la sanidad animal con efecto sobre la salud humana, la sanidad alimentaria, la sanidad ambiental y la vigilancia epidemiológica, el régimen estatutario y la formación del personal que presta servicios en el sistema sanitario público, así como la formación sanitaria especializada y la investigación científica en materia sanitaria, por lo tanto, a la vista de lo expuesto, la educación sanitaria es una competencia exclusiva que tiene reconocida *ex lege* la Comunidad Autónoma Andaluza . Además el ETA reconoce en su art. 22.2.c), el derecho de pacientes y personas usuarias del Sistema Andaluz de Salud a la información sobre los servicios y prestaciones del sistema, así como de los derechos que les asisten. Por otra parte, su art. 30.1.e) establece, como uno de los derechos que comprende la participación política, el de participar activamente en la vida pública andaluza, para lo cual, se establecerán los mecanismos necesarios de información, comunicación y recepción de propuestas.

Sin embargo, el punto de inflexión en materia en la CA, lo constituye la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía, figurando entre sus objetivos la puesta en marcha de acciones en salud colectiva, en este sentido, se pronuncia el art. 68, en el que se señalan actuaciones dirigidas a promover las acciones destinadas a fomentar el desarrollo físico, mental y social de las personas y a crear las condiciones que faciliten a estas y a la sociedad las opciones más saludables. Para lograr este fin, se dota a la ciudadanía andaluza de un amplio elenco de derechos referidos a la salud pública, unos de nueva creación y otros renovados en sus contenidos y una mayor atención en materia de salud (arts.9-15). En concreto, se desarrollan los derechos a conocer y ser informado en

[26] «Decreto 3/2020, de 14 de enero, por el que se modifica el Decreto 105/2019, de 12 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Salud y Familias y del Servicio Andaluz de Salud, para redistribuir las funciones asignadas a algunos órganos de la Consejería y del Servicio Andaluz de Salud» (*BOJA* núm. 10, de16 de enero 2020)

[27] El conjunto de heterogéneos y variopintos programas faltos de cohesión que contenía el citado apartado son según su tenor literal los siguientes: higiene maternal, infantil, escolar, industrial, laboral, deportiva, mental, así como las acciones sanitarias permanentes en materia de enfermedades transmisibles y no transmisibles, antropozoonosis y educación sanitaria.

[28] «BOJA» núm. 74, de 4 de julio de 1998(última modificación 7 de mayo de 2010). Disponible en: https://www.boe.es/buscar/pdf/1998/*BOE*-A-1998-18720-consolidado.pdf

relación con la salud pública, a la promoción de la salud, a la protección de la salud y a la prevención de la enfermedad y los derivados de las actuaciones públicas en salud pública. Por otra parte, se hace hincapié en la tutela administrativa en relación con los asuntos de salud pública, y en las responsabilidades de la ciudadanía, en todos los entornos, tales como educativos, laborales, urbanos y otros.

En relación a las personas que tienen una discapacidad y la educación sanitaria esta vinculación figuraba recogida en esta disposición, *ex ante* la normativa autonómica solo aludía a la misma a efectos meramente técnicos-organizativos de carácter administrativo (*vgr*. el Decreto 77/2008, de 4 de marzo, de ordenación de los servicios de Salud Mental, tiene encomendada a la Unidad de Gestión Clínica de Salud Mental, asi como el resto de las unidades clínicas en este ámbito, entre sus funciones-desarrollar actuaciones de promoción de la salud, la *educación para la salud*, la prevención de la enfermedad, los cuidados y la participación en las tareas de rehabilitación y apoyo a la integración social y comunitaria de las personas con problemas de salud mental que reciben atención en alguno de los dispositivos asistenciales de la unidad-). Sin embargo, será a partir de esta Ley de 2011, cuando los grupos tradicionales objeto de discriminación socio sanitaria, serán objeto de atención específica por parte del legislador autonómico como "sujeto de derechos" e incardina en el art.14, figura el deber de esta Administración, de crear programas de salud específicos para los mismos, tal y como señala el tenor literal de dicho precepto: "Las personas menores, las mayores, las que se encuentren en situación de dependencia, las personas con discapacidad física, intelectual o sensorial, las que soporten situación o riesgo de exclusión social, las que sufran enfermedad mental, las que estén en situación terminal, las que padezcan enfermedades crónicas y discapacitantes, las diagnosticadas de enfermedades raras o de baja incidencia en la población, las personas con prácticas de riesgo, las mujeres y menores víctimas de violencia tendrán derecho a programas de salud pública específicos o adaptados a sus necesidades especiales". Y a renglón seguido, en el artículo 15, señala que la Administración Pública de Andalucía deberá facilitar las herramientas (obviamente, a través de la Consejería competente de salud) para permitir la participación en esta materia, señalando explícitamente a los grupos a los que se les debe prestar una especial atención: menores, mayores, personas con discapacidad y personas en riesgo de exclusión.

Todas estas actuaciones y desarrollo de derechos previstos en la Ley de 2011 de la CA, son desplegados vía reglamentaria por el Decreto 51/2017, de 28 de marzo, de desarrollo de los derechos y responsabilidades de la ciudadanía en relación con la salud pública. Así pues, haciéndose eco de los principios proclamados por la ley que desarrolla y cuya sistemática figura *ex* art. 4 de la misma, se presta atención especial a cuatro principios basilares: trasparencia, solidaridad, universalidad y equidad, lo cual implica la coadyuvación con otros principios a los que también hace referencia: justicia redistributiva, accesibilidad, pertinencia e integridad, etc. Además el art.5.2, rubricado "Derecho a obtener información fiable y adecuada sobre estilos de vida saludable y promoción de la salud" en su apartado g), establece el deber de la Administración andaluza de facilitar información fiable y adecuada sobre estilos de vida saludable y promoción de la salud y el bienestar, entre otros colectivos que figuran en el resto de apartados, el de la población con discapacidad, especialmente las personas que tienen discapacidad intelectual, y sus familias, incidiendo sobre la importancia de actuar sobre los factores de riesgo. Precepto que debe ser puesto en concordancia con el art. 8.1.c), sobre el acceso a la información sobre salud pública, en el que se fija de forma expresa como obligación de la Consejería de Salud, facilitar la adecuación de la información y sus soportes a los diferentes niveles educativos, a las diferentes edades, a las diferencias culturales y a las capacidades diferentes, de manera que se asegure su comprensión. Especialmente se adecuará la información dirigida a niños y niñas, adaptando los contenidos (…). Además en la referenciada disposición en el art.10.2, al referirse a la promoción a la salud, los programas que desarrolla que van dirigidos tanto a las familias como al personal docente y sanitario y entre las áreas específicas a las que se alude explícitamente, se encuentran los discapacitados e imbricado en el artículo en el apartado 3, figuran

ente las actuaciones cuyos destinarios finales son los menores y adolescentes, dos apartados g) y h).El primero, establecer una estrategia entre los sistemas de salud y educación. Y la segunda, establecer una estrategia específica para el área de educación formada por un conjunto de acciones heterogéneas en diferentes facetas: salud sexual y reproductiva, prevención de embarazos no deseados, infección por VIH y otras infecciones de transmisión sexual, discapacidad y sexualidad[29], así como de atención y apoyo a embarazadas adolescentes.

A colación con lo expuesto, surge el interrogante de ¿quién y cómo se va a prestar formación? y la respuesta de nuevo la vuelve a dar el legislador autonómico en el precitado Decreto en el art. 12.2, encomendando esta labor formativa dirigida a familias, usuarios, educadores y sanitarios, a los centros sanitarios y sociales que deberán coordinar sus funciones, para obtener como objetivos: promover el buen trato, la adquisición de hábitos saludables en las áreas de actividad física y alimentación saludable, salud bucodental, bienestar y salud emocional, educación afectivo-sexual, seguridad y prevención de riesgos, discapacidad y accidentes, entre otras áreas.

Como corolario, la Administración pública andaluza tiene entre otros deberes la generación de entornos saludables para toda la población que se encuentre en su territorio, en los diferentes ámbitos socio-laborales. Específicamente en el área sanitaria debe promover y propiciar medidas para que la ciudadanía cambie sus hábitos y se empodere en los programas de prevención y de autonomía personal. Pero además, si el sujeto forma parte de los denominados grupos de población que se encuentran en situación de vulnerabilidad y/o de riesgo de exclusión social, en el que se encuentran los discapacitados, esta obligación se materializa en la implementación de acciones que aseguren por el ejecutivo autonómico una mayor accesibilidad e integración de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la sociedad. Así pues, en concreto en el que área, de educación sanitaria estas actuaciones están dirigidas a la atención y promoción del bienestar de las personas con discapacidad física, psíquica o sensorial, con el fin de hacer efectiva la igualdad de oportunidades y posibilitar su rehabilitación e integración social, para lograr además de la remoción de obstáculos en el igualdad de condiciones que las personas que tienen todas sus capacidades, pero sobre todo, el objetivo que se pretende en relación a los discapacitados es eliminar o al menos paliar la discriminación en materia de salud pública, integración laboral, servicios sociales, etc. a través de campañas de sensibilización, dirigidas a la ciudadanía, realizando actuaciones que tiendan a la promocionar de programas de capacitación y sensibilización dirigidos al personal de las Administraciones Públicas de Andalucía, fomentando la creación y reconocimiento de asociaciones, colectivos y organizaciones que promuevan y protejan los derechos de estas personas. Asimismo tal y como aserta el CERMI "también las personas con discapacidad no pueden limitarse a ser meros sujetos pasivos sino que deben también ser partícipes a través de sus organizaciones representativas, han de ser consultadas y tenidas en cuenta a la hora de planificar y administrar los recursos del sistema de salud. Deben ser partícipes de la tomas de decisiones sobre asuntos que les conciernen directamente, así como en la evaluación de las políticas sanitarias, participando en los consejos y foros sanitarios donde se desarrollan estos aspectos"(p.66)[30].

2. Agenda jurídico-política de la discapacidad en Andalucía

De nada sirve un marco jurídico legal sino se acompañan de medidas jurídicas -políticas que las desarrollen y materialicen y esta situación también ocurre en la CAA. En concreto se han creado e implantado tres planes de acción para este colectivo que se encuentra ante una incesante

[29] La Junta de Andalucía dispone de un "Protocolo sobre relaciones interpersonales y sexualidad en personas con discapacidad intelectual, trastornos del espectro autista y otras discapacidades con déficit cognitivo usuarias de centros residenciales", que fue elaborado por la Dirección General Personas con Discapacidad 2012, sufragado por la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social. Disponible en: General de juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Personas_Discapacidad_Protocolo_sobre_relaciones_interpersonales_y_sexualidad_pdint.pdf

[30] CERMI.: *Salud pública y discapacidad .Planteamientos y propuestas del sector social de la discapacidad articulado en torno al CERMI ante la futura Ley estatal de Salud Pública*, Madrid, Cinca, 2010, pp.58-93.

vulnerabilidad debido a la sinergia de factores sociales, estructurales y personales. Si analizamos su *iter* político, este se sustantiviza en los Planes de acción integral para personas con discapacidad (PAIPDA) que a continuación sintetizamos su contenido:

A) I Plan de Acción Integral para Personas con Discapacidad (PAIPDAI), corresponde al periodo 2003-2006, surge como respuesta a la necesidad de desarrollo de la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de atención a las personas con discapacidad en Andalucía, tiene un carácter transversal, interdepartamental e intersectorial, en el que la administración autonómica estableció sus políticas convertidas en programas y actuaciones específicas para garantizar el derecho a: la salud, educación, empleo, servicios sociales, vivienda, accesibilidad a la comunicación, accesibilidad a la edificación, urbanismo, transportes, cultura, deportes, turismo y contratación administrativa. En las que existe una relación interadministrativa horizontal entre las diferentes Consejerías implicadas. Resulta novedoso que en este Plan se aborde *prima facie,* una programación politica la atención en residencias, centros de día, apoyo a cuidadoras/es informales, programa de respiro familiar[31], apoyo al movimiento asociativo, coordinación de servicios, etc., figurando como denominador común en todas las áreas enumeradas el lograr las mayores cotas de "calidad de vida".

B) El II Plan de Atención Integral a las Personas con Discapacidad 2010-2013 (PAIPDA II), presenta como rasgo más distintivo la importancia que presta a la intervención ante las demandas de las personas con discapacidad, vía diálogo civil, que se realiza a través de la participación de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y de sus familias, en los términos señalados por la ley .Las políticas sociales persiguen en esta coyuntura los siguientes objetivos: no discriminación, accesibilidad universalidad y acción positiva. En este caso, la vertebración pivota "autonomía en todos los ámbitos de la vida".

C) Tras un *impasse* de siete años sin Planes para el ámbito de la discapacidad en Andalucía, se ha aprobado el III Plan de Atención Integral para las Personas con Discapacidad 2020-2026 (PAIPDA III), su sistemática se concreta en ocho objetivos que se dividen en cuatro líneas estratégicas: reducción de tiempos y simplificación de trámites; autonomía y salud; educación y formación; e inclusión social y laboral y accesibilidad universal. Para ello, se han diseñado 23 programas que se llevan a cabo en los que los distintos centros directivos competentes a través de la adopción de medidas de actuación concretas persiguen avanzar en la plena y real inclusión social de las personas con discapacidad. Destaca la participación de nuevos agentes sociales como son: universidades, entidades representativas, organizaciones empresariales y sindicales, etc. Las áreas en las focaliza su atención son: educación, formación profesional, salud, movilidad, vivienda, ordenación del territorio, cultura, patrimonio histórico, justicia, medio ambiente, tiempo libre, deporte, turismo, estrategia digital y gobierno abierto. Por lo que resulta necesario, la coordinación de acciones horizontales entre las diferentes Consejerías (Salud, Educación y Asuntos Sociales, Administraciones Locales, Organizaciones sociales, etc.) y acciones verticales (Administración autonómica, provincial y municipal).

En relación a su motivación esta surge como respuesta a la necesidad de desarrollo de la 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, por la que se adapta la normativa andaluza a la Convención Internacional de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, que define este PAIPDA III, en su art.70.1 como:" (…)

[31] Este programa se encuentra vigente desde 2003, es un servicio que tiene como finalidad la acogida a personas en situación de dependencia (mayores y personas con discapacidad) cuando no pueden ser atendidas por los familiares que asumen su cuidado por motivos de descanso, hospitalización o enfermedad. Estas actuaciones se realizan en régimen residencial, incluyendo alojamiento y manutención completa, en periodos que oscilan entre las 24 horas y un mes, aunque es posible prorrogar estos tiempos siempre previa autorización. Las plazas ofertadas para 2021 son según Informe de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales de la Junta de Andalucía. Información disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/organismos/igualdadpoliticassocialesyconciliacion/servicios/actualidad/noticias/detalle/261019.html ticas sociales y Conciliación son 1.565 distribuidas entre los 2 colectivos equitativamente.

instrumento de la Administración de la Junta de Andalucía para coordinar las políticas y medidas recogidas en esta ley, a excepción de las relativas a la materia de empleo, que se regularán por el Plan de empleo correspondiente".

Destacan como novedades interesantes, con la desagregación de los datos por sexos, lo cual permite una mayor planificación y distribución de recursos. Todo ello se refuerza con la plasmación en cada uno de los objetivos estratégicos, en los que además de realizar una desagregación por sexo y grado y tipo de discapacidad añade la petición de siempre que sea posible también esta desagregación se efectúe por ámbitos rural y urbano. En este sentido hay supuestos concretos como ocurre con las personas con discapacidad que acceden los distintos ciclos de formación profesional, en los que la práctica hasta ahora consistía solo en contabilizar con datos estadísticos el acceso a los mismos pero no el número de abandonos, por esta razón, se ha dispuesto la solicitud al "Programa Séneca" para que informatice estos datos, los cuales se ofrecerán desagregados por sexos y de este modo, determinar las causas de los abandonos y de este modo, se puedan implantar acciones para eliminar la actual desescolarización profesional.

Como corolario, del estudio de los diferentes PAIPDA analizados, se observa como el tratamiento de la educación de asistencia sanitaria de las personas con discapacidad, no se realiza de forma específica sino transversal e implícita en las áreas que desarrollan educación y salud, cuyas causas son multicausales pero que consideramos que se pueden sintetizar en la carencia de un Plan Andaluz de Coordinación Socio sanitaria y otro de Coordinación de Educación y que ambos se conecten y converjan pero hasta que esto no se produzca, las actuaciones que se realizan se hacen de forma transversal las medidas figuran articuladas en- los Planes analizados y a través de Planes de Salud específicamente en Andalucía, donde se incide más en el área de educación socio-sanitaria para este colectivo es en el III Plan Andaluz-.En relación a este último, se observa como las actuaciones cuyos destinarios son las personas con discapacidad, figuran en las líneas prioritarias 4-6, y sus objetivos se centran en reducir la discapacidad a través del desarrollo de Planes integrales contra: cáncer, diabetes, enfermedades del corazón, accidentes, problemas osteoarticulares y a favor de la atención mental y la atención a las personas en situación de dependencia; reducir las desigualdades en el ámbito de la salud con especial atención a los colectivos excluidos y garantizar la participación efectiva de los ciudadanos en la orientación de las políticas sanitarias. En este sentido conviene tener presente que, las políticas que se adopten en materia socioeducativa-sanitaria para las personas con discapacidad deben fomentar la prevención de la discapacidad, mediante estrategias orientadas a la combatir la incidencia de las enfermedades, garantizando no solo la seguridad ambiental y en el empleo sino también promoviendo cambios en los estilos de vida que reduzcan la incidencia de las deficiencias. Y es precisamente mediante la educación sanitaria cómo se logra mejorar el cuidado de la salud de este colectivo, en este sentido, hay que traer a colación la interconectividad que existe entre los derechos humanos de educación y salud, por consiguiente, es necesario la implantación y desarrollo de buenas prácticas que faciliten el acceso al sistema sanitario y a sus prestaciones en condiciones de igualdad, siendo para ello ineludible la sinergia entre los actores institucionales y sociales además de la coordinación intersectorial entre las distintas redes profesionales (sectores sanitario, social, educativo, judicial y movimiento asociativo) que intervienen en la atención a estas personas para ofrecer una atención eficaz y eficiente que cubra sus necesidades y las de sus familias.

V. PAPEL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

En los diferentes informes anuales presentados por el Defensor del Pueblo tanto estatal como autonómicos, destacan un número significativo de quejas y consultas relativas a las actuaciones discriminatorias contra las personas discapacitadas en diferentes ámbitos: educación, sanidad, política social, empleo, urbanismo, centros penitenciarios o funcionariado. Estas situaciones se ven multiplicadas al añadirse factores como: género, edad, hábitat u origen étnico. Conscientes de la vulnerabilidad que presenta este colectivo, esta institución ha elaborado un informe específico

titulado "Las personas con discapacidad en el Informe Anual del Defensor del Pueblo 2020 ".En primer término, hay que tener presente que en esencia, las desigualdades no solo se incrementan en situaciones de crisis sino que además se cronifican, como ha ocurrido con la pandemia de COVID-19, en la que ha quedado patente esta vulnerabilidad y el intento de atajar la misma por parte de los poderes públicos, en este sentido, resulta dantesco como en los primeros meses de la pandemia se produjeron una serie de situaciones anómalas que han afectado de forma particular a este colectivo ya de por si sujeto de vulnerabilidad social, entre otras: a) que existieran protocolos que excluían de la atención hospitalaria a personas con discapacidad o de edad avanzada; b) que los centros residenciales estuvieran, en los primeros momentos del estado de alarma, en una situación crítica debido a la falta de equipos de protección (EPIS); c) falta de test para las personas usuarias y profesionales y falta de capacidad para atender los síntomas; d) suspensión de procesos de rehabilitación durante el confinamiento y una vuelta parcial ante el temor de las personas con discapacidad y sus familias por el riesgo de contagio; y, e) falta de información sobre el estado del pandemia y protocolos a seguir. En todo caso, esta discriminación es diferente en función la tipología de discapacidad, así en el caso de las personas con discapacidad intelectual, esta se ha manifestado en la dificultad en lectura fácil o pictogramas; mientras que las personas ciegas también se han visto afectada por falta de información debido a que las indicaciones para prevenir y protegerse del virus se hacen, en su mayoría, a través de señales visuales; en cambio, las que son sordas o sordomudas, en un primer momento quedaron incomunicadas totalmente hasta que se realizaron las comunicaciones oficiales vía videoconferencia; y por el contrario, las que padecen discapacidad física, los problemas han sido sobre todo, de accesibilidad a los centros sanitarios al ser increpados en reiteradas ocasiones por otros ciudadanos que desconocían su necesidad de atención médico-sanitaria.

En relación a nuestro objeto de estudio, este se circunscribe a la educación en el ámbito socio sanitario para este colectivo, sin embargo, no aparece ninguna queja o consulta específica sobre esta materia si bien, se realiza un tratamiento transversal del que por reseñar algunos ejemplos derivados de la pandemia sanitaria destacan entre otros: Consulta 20/15451, realizada al Defensor del Pueblo Andaluz por la Asociación de Padres y Madres y la propia dirección de un Centro de Educación de Málaga, por la falta de medios humanos y de infraestructuras, al disponer solo de un aula de educación especial con alumnos totalmente dependientes, todos ellos con una discapacidad superior al 90%, en el que solo se cuenta con una monitora de Educación Especial para acciones como: alimentación a través de botón gástrico, cambio de pañales, mover de posición y de mobiliario a alumnado con discapacidad motriz grave, actividades comprendidas en programas de autonomía, desplazamiento, a la vez que para mantener las medidas COVID en este alumnado totalmente dependiente: aseo de manos, mascarilla, etc., y por si esto fuera poco, se había producido la baja por incapacidad temporal de la citada trabajadora, y para la sustitución les informaban de que no se realizaría en un plazo inferior a 40 días, de modo que, estas personas totalmente dependientes fueron desatendidas durante un lapso de tiempo, hasta que se sustituya a esta trabajadora y además a pesar de haberse solicitado la coadyuvación de un segundo profesional para la atención de este alumnado pendiente de aprobación por parte de Consejería[32]. Este nombramiento no ha tenido lugar hasta la fecha.

Asimismo entre las consultas más reiteradas se encuentran entre otras. La situación de niños y adolescentes con problemas de salud mental, con trastornos mentales graves, cuya etiología es policausal: adicciones, ansiedad, situaciones de maltrato, abusos, suicidios, etc. Y que se encuentran ante la falta de atención por parte de la sanidad pública en lo que a atención psicológica se refiere, fundamentalmente por la carencia de información y medios, encontrándose familias ante la situación de que en muchas ocasiones o bien, no le diagnostican ninguna enfermedad mental o bien, no les ofrecen ningún tipo de tratamiento y ante este escenario éstas se encuentran incapaces de atender adecuadamente a su hijo y si esta situación *per se* es complicada, tener al cuidado a un menor o

[32] *BOPA* Núm. 626, 28 de julio de 2021, p. 162.

adolescente con problemas de salud mental y sin el necesario apoyo humano y logístico suficiente, resulta para su familia insostenible.

Igualmente debemos subrayar otra de las quejas más reiteradas son por falta de plazas y de coordinación interinstitucional-orgánica-administrativa, destaca en este sentido, la Queja 19/290, en la que un menor de 12 años, con trastorno generalizado del desarrollo de tipo autista infantil grave y con discapacidad intelectual severa, epilepsia y comportamiento violento, tal y como se constata en la fractura doble de antebrazo que ocasionó a la cuidadora del centro de autismo donde acudía periódicamente, situación que generó que la Unidad de Salud Mental Infanto-Juvenil (USMIJ) del hospital Reina Sofía, de Córdoba, prescribió la necesidad de ingreso del menor en el centro especializado privado en el abordaje de este tipo de patologías, situado en Málaga y que a pesar de estar dotada presupuestariamente esta plaza, el centro malagueño denegó su admisión alegando que este cuadro clínico del menor no era compatible con las características del centro, por lo que la Dirección General de Asistencia Sanitaria y Resultados en Salud del Servicio Andaluz de Salud, autorizó que fuese ingresado en otro recurso especializado ubicado en la provincia de Sevilla por un periodo máximo de siete meses, donde el menor se integró plenamente y sin problemas.

En cualquiera de los casos, el problema de las listas de espera no es exclusivo en salud mental sino que también se produce en el resto de discapacidades, además no se trata de una cuestión novedosa sino de un déficit que en algunas provincias andaluzas se ha convertido en estructural. En este sentido, se observa como en 2021, según un análisis realizado por el Defensor del Pueblo Andaluz durante varios meses acerca de la situación de los nueve Centros de Valoración y Orientación (CVO) de Andalucía[33], ha constatado "un retraso generalizado y estructural en gran parte" de ellos motivado en su mayoría "por el volumen de la demanda ciudadana y por el desequilibrio existente entre el volumen de trabajo a realizar con el número de personas designadas para estas tareas", bien socio sanitaria o bien de carácter técnico- administrativas, observándose como la provincia de Málaga sostiene una lista de espera de 24 meses para los casos de valoración del grado de discapacidad y de 23 para las revisiones de grado. A este respecto cabe señalar que de acuerdo con lo dispuesto en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el Reconocimiento, Declaración y Calificación del Grado de Discapacidad, así como con el Decreto 141/1993, de 7 de septiembre, de la entonces Consejería de Asuntos Sociales, en el que figuran los plazos de resolución, y los efectos de la falta de resolución expresa en seis meses, y en cuyo caso, el silencio administrativo tiene efecto desestimatorio. Situación que requiere una revisión administrativa urgente para este procedimiento, para garantizar los derechos de las personas con discapacidad y en espera que *de lege ferenda* esta se produzca(una solución posible seria desarrollar vía reglamentaria el procedimiento administrativo de reconocimiento de grado de discapacidad, y cuyo sustento legal encuentra su amparo en la obligación legal que establece la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, *ex* art. 36.3, y que figuraba su promulgación en el decreto de desarrollo normativo sobre el grado de discapacidad, en el anexo del Plan Anual Normativo para 2018, pero que hasta la fecha no se ha materializado),[34]en la práctica lo que se hace para subsanar esta anomalía es computar los plazos desde la fecha de solicitud inicial del procedimiento(*dies a quo*) hasta la notificación de la resolución a las personas interesadas(*dies a quem*). Esta solución paliativa sin embargo, de forma indirecta también resulta discriminatoria, debido a que en función de la provincia en que se encuentre la persona con discapacidad para solicitar la declaración de su estado y el correspondiente grado, estos periodos de espera son diferentes y desiguales, generando una discriminación territorial injustificada. Sirva de paradigma como según el referenciado análisis del Defensor del Pueblo de 2021, en las provincias de Huelva, AAA y Córdoba, no existe demoras ni tampoco listas de espera. Por el contrario

[33] Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la Queja 21/7579 dirigida a Consejería de Igualdad Políticas Sociales y Conciliación, Dirección General de Personas con Discapacidad e Inclusión de 3 de noviembre de 2021.Disponible en: https://www.defensordelpuebloandaluz.es/recomendamos-el-reconocimiento-del-grado-de-discapacidad-como-eliminacion-de-barreras-sociales

[34] *BOJA* núm.6 de 5 de abril de 2018 sobre el Acuerdo de 27 de marzo de 2018 del Consejo de Gobierno.

en Cádiz (retraso de diecisiete meses), Granada (diecinueve meses), Jaén (once meses), Málaga (veinticuatro meses) y Sevilla (dieciocho meses). La solución que se dio ante estas demoras por parte de la Delegación Territorial de Málaga y Cádiz (las más afectadas) fue la implantación de respectivos Planes de Choque de seis meses de duración en 2020, para el refuerzo de plantilla, que resultaron ser insuficientes, por los retrasos acumulados prepandemia.

VI. CONCLUSIONES

Uno de los objetivos prioritarios que tiene la Administración multinivel es conseguir alcanzar las máximas cotas de ciudadanía activa en el conjunto de su población. Sin embargo, para conseguir esta meta, debe integrar a los grupos que tradicionalmente han sido objeto de exclusión social, entre los que se encuentran las personas discapacitadas, cuyo enfoque por parte de los poderes públicos ha sido hasta hace unas décadas antediluviano, considerándolos sujetos débiles, frágiles e influenciables, sometidos a instancias ajenas a sí mismos, que no pueden ejercer sus derechos como cualquier otro miembro de la comunidad. Afortunadamente esta perspectiva ha ido evolucionando para finalmente dotarlos del *status* que deben tener, sujeto de pleno derecho y que como tal, tienen el derecho de actuar en todas las facetas de la vida y de este modo, lograr una ciudadanía inclusiva. Sin embargo, su grado de protección se rebaja cuando sufren unas patológicas específicas que les impide seguir de forma independiente y autónoma los programas de salud o educación, bien por falta de capacidad para asimilar la información que se les proporciona o por ser incapaz de solucionarlos *motu propio*. Ante esta problemática, la solución más adecuada es -la educación sanitaria-.A través de esta se pretende que las personas que tienen discapacidad, adquieran y conserven hábitos de vida sana, que aprendan a usar mejor los servicios de salud que tienen a su disposición y que estén capacitados para tomar, individual o colectivamente, las decisiones que implican la mejora en su estado de salud y el saneamiento del medio en que viven.

Este contexto, uno de los desafíos que tienen las diferentes administraciones públicas es precisamente proporcionar educación sanitaria a este colectivo misceláneo con unas características específicas propias, que requieren que la promoción de la salud, plantee más complejidad su aplicación. Circunscribiéndonos a la Comunidad andaluza, esta tiene competencia exclusiva en esta materia, sin perjuicio de la competencia compartida que tiene con el Estado, el cual solo se reserva en materia de sanidad y educación, las competencias de carácter normativo, así como la de coordinación general del sistema educativo y sanitario. En esa misma dirección se observa sin embargo como la plasmación legislativa de la educación sanitaria para los grupos tradicionales objeto de discriminación socio sanitaria, no han sido objeto de atención específica por parte del legislador autonómico como "sujeto de derechos", hasta la promulgación de la Ley16/2011 de Salud Pública de Andalucía. De modo que, *ad hoc* es cuando se van a crear programas específicos socio-educativos para este colectivo que deben adecuarse a sus capacidades diferentes, nivel educativo, edades y diversidad cultural. Y en concreto en el área de educación sanitaria estas actuaciones están dirigidas a la atención y promoción del bienestar de las personas con discapacidad física, psíquica o sensorial, con el fin de hacer efectiva la igualdad de oportunidades y posibilitar su rehabilitación e integración social, para lograr además de la remoción de obstáculos en el igualdad de condiciones que las personas que tienen todas sus capacidades para de este modo, conseguir la ciudadanía inclusiva de este colectivo, que en modo alguno se puede conseguir sin que tanto éstos como sus familias, participen en toma de decisiones de las políticas que les afecten, para lo cual es asociacionismo resulta imprescindible.

Además a pesar de haber plasmado en el plano jurídico-político una triada de Planes integrales dirigidos a las personas discapacitadas andaluzas, su temporalidad, falta de continuidad y tratamientos transversal de la educación sanitaria, ponen en tela de juicio la preocupación de los poderes públicos sobre esta área específica. A lo que hay que sumar también la carencia de un Plan Andaluz de Coordinación Socio sanitaria y otro de Coordinación de Educación y esta necesaria cooperación obliga a que las medidas que se adopten en este territorio se articulen en los Planes integrales

citados y en los planes de Salud autonómicos . En este sentido, uno de los logros más relevantes del vigente plan integral (2020-2026) es haber introducido la participación en los mismos nuevos actores institucionales y sociales además de fomentar la coordinación intersectorial entre las distintas redes profesionales (sanitario, social, educativo, judicial y movimiento asociativo) que intervienen en la atención a estas personas para ofrecer una atención eficaz y eficiente que cubra sus necesidades y las de sus familias.

En todo caso, tal y como ha constatado el Defensor estatal y autonómico de Andalucía en sus informes anuales, este colectivo precisa de forma urgente no solo una ordenación jurídico-legal de la educación sanitaria, sino que, en áreas donde existe una manifiesta carencia de medios, se realicen actuaciones de carácter estructural y permanente adecuando la dotación de personal a la ratio de población demandante, facilitando herramientas para que la población discapacitada pueda acceder de forma clara, sencilla y asequible a la información sanitaria y de este modo transversal, conseguir una participación más inclusiva en la sociedad vía educación para la salud. Es necesario que las autoridades socio sanitarias pongan en marcha estas medidas para que la ciudadanía cambie sus hábitos y se empodere en los programas de prevención y de autonomía personal y de esta forma, adquieran un mayor control sobre las decisiones y acciones que afectan a su salud.

Desde la premisa de su adecuación a la misma, de poco sirven la plasmación jurídico-legal de derechos si estos no se ponen en práctica, estas personas sin obviar la dificultad taxonómicas de sus patologías gozan del *status civitatis* y pueden deben reclamar ante las instituciones públicas que implanten estrategias multisectoriales para poder tener acceso a la información sanitaria(*vgr.* A través de las herramientas de la sociedad del conocimiento) y adoptar comportamientos que mejoren la calidad de vida y salud (carencia que se constató en los inicios del confinamiento de la pandemia provocada por el SARS-CoV-2).

De modo que, *mutatis mutandis* en este ámbito, la Administración andaluza tiene el deber y compromiso de proporcionar sanidad a todos los andaluces que se encuentren en su territorio siempre que cumplan los requisitos que la ley exige, máxime si estos son personas objeto de exclusión social. Para ello, debe proporcionar información de contenidos utilizando los formatos adecuados a sus capacidades e instruirles en el uso racional de los medicamentos y crear hábitos de vida saludable además de la prevención de enfermedades, este esfuerzo para empoderar a la población discapacitada mejorando sus capacidades para gestionar su propia salud no es solo un deber legal sino también moral y que por razones de equidad y solidaridad, debe acometer no solo de forma cortoplacista sino con actuaciones y medidas a largo plazo para lo que precisa no solo una reformulación de su enfoque sino también y de forma paralela un cambio cultural de la sociedad andaluza *hic et nunc.*

VII. BIBLIOGRAFÍA

Casanova Rodríguez, M.A.: "Diseño curricular para la educación inclusiva", en *Voces de la inclusión: Interpelaciones y críticas a la idea de "Inclusión" escolar*, compilado por Irazema Edith Ramírez Hernández, Praxis Editorial, Buenos Aires, Argentina, septiembre 2016, pp. 90-108.

Degener, T. y Quinn, G.: "A survey of international, comparative and regional Disability Law Reform", *en From Principles to Practice, an International Disability law and Policy Symposium, 22 al 25 de octubre de 2002,* organizado por DREDF.

Egea García, C. y Sarabia Sánchez, A.: "Visión y modelos conceptuales de la discapacidad", *Polibea* Nº 73, 2004, pp.29-42.

Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías. La ley del más débil,* Madrid, Editorial Trotta, 2001, pp.73-96.

Flores, J.: "La salud de las personas con discapacidad", *Buenas Prácticas Revista Síndrome de Down* 22, 2005, pp. 8-14.

Gavidia Catalán, V., *et al*.: "La educación para la salud: Una propuesta fundamentada desde el campo de la docencia", *Rev. Enseñanza de las Ciencias* núm.11, 1993, pp.289-296.

Maldonado Molina, J.A.: "La protección social de los mayores durante la pandemia del Covid-19. Efectos en su asistencia sanitaria, dependencia, servicios sociales y pensiones", *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS)*, Nº3, 2021, pp.119-177. Disponible en: https://doi.org/10.24310/rejlss.vi3.13535

Monereo Pérez, J.L.: "Derecho a la salud: (art. 25.1 DUDH; art. 12 PIDESC)", en VV.AA. *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, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y textos internacionales concordantes,* Monereo Atienza, C. Y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coord.), Granada, Comares, 2014, pp. 595-623.

Palacios, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2008, pp. 66-101.

Disponible en la siguiente dirección: http://www.dredf.org/symposium/degener1.htm

Quinn, G. y Degener T. A.: "Survey of international, comparative and regional disability law reform", in Breslin ML, Yee S, eds. *Disability Rights law and Policy - International and National Perspectives,* Ardsley, Transnational, 2002.

Rousseau, J. J.: *Emilio o la Educación*, Editorial Universo, S. A. Lima, 1970, p. 18.

Shakespeare T.: *Disability Rights and Wrongs,* London, Routledge, 2006, p. 16.

VV.AA.: "Programa integral de educación para la salud de jóvenes con discapacidad intelectual en la Comunidad de Madrid", Casado Muñoz, R., Y Lezcano Barbero, F., (dirs y coord.), Comunidad de Madrid, Consejería de Educación y Dirección General de Promoción Educativa, (Ed.), 2006, p.9.

Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

8. Accesibilidad Al Sistema Sanitario De Las Personas Con Discapacidad. Información Y Consentimiento. Accesibilidad En Los Sistemas De Emergencias Sanitarias A Las Personas Con Discapacidad auditiva

Braulio Antonio Girela Molina
Médico Inspector de Servicios Sanitarios. Junta de Andalucía
Profesor Asociado. Universidad de Granada

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. *CONCEPTO DE DISCAPACIDAD.* 2. *MARCO LEGAL DE LA DISCAPACIDAD.* A) INTERNACIONAL. B) ESPAÑA. C) ANDALUCÍA. 3. *CARACTERÍSTICAS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA, USUARIOS DEL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO DE ANDALUCÍA.* II. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA. 1. *LA DISCAPACIDAD EN LA LEGISLACIÓN SANITARIA ANDALUZA.* A) PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. B) MEDIDAS DEL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO DE ANDALUCÍA. *A) CONTEMPLAR LAS NECESIDADES INDIVIDUALES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LOS PROGRAMAS DE SALUD PÚBLICA Y DE ATENCIÓN SANITARIA. B) GESTIÓN SANITARIA, RECURSOS DE INFORMACIÓN Y EMERGENCIAS PARA FACILITAR LA ACCESIBILIDAD. C) INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO. D) PROFESIONALES. E) INVESTIGACIÓN, FORMACIÓN Y CONCIENCIACIÓN EN DISCAPACIDAD. F) MEJORAR LAS COMPETENCIAS DE AUTONOMÍA EN PERSONAS DISCAPACITADAS. G) ENTIDADES QUE ATIENDAN A PERSONAS CON DISCAPACIDAD. H) INCLUIR EN LOS ÓRGANOS DE PARTICIPACIÓN SOCIAL A LAS ENTIDADES REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SUS FAMILIAS. I) COORDINACIÓN CON LOS SERVICIOS SOCIALES.* C) ATENCIÓN INFANTIL TEMPRANA PARA MENORES DE SEIS AÑOS. *A) DERECHO A LA ATENCIÓN INFANTIL TEMPRANA. B) MODELO DE ATENCIÓN INFANTIL TEMPRANA.* 2. *LA DISCAPACIDAD EN LA PLANIFICACIÓN SANITARIA ANDALUZA.* A) IV PLAN ANDALUZ DE SALUD. B) III PLAN DE CALIDAD SISTEMA SANITARIO PÚBLICO DE ANDALUCÍA (2010-2014). C) PROGRAMAS IMPULSADOS POR LA CONSEJERÍA DE SALUD Y FAMILIAS EN EL MARCO DEL III PLAN DE ACCIÓN INTEGRAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA DICIEMBRE 2021-2026. III. ACCESIBILIDAD AL SISTEMA SANITARIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 1. *ACCESIBILIDAD A LOS SERVICIOS.* 2. *DISCAPACIDAD Y ACCESO AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.* IV. INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO. 1. *INFORMACIÓN.* A) EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD. INFORMACIÓN A PERSONAS DISCAPACITADAS. B) EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN EL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO DE ANDALUCÍA. INFORMACIÓN A PERSONAS DISCAPACITADAS. *A) LEY 2/1998, DE 15 DE JUNIO, DE SALUD DE ANDALUCÍA. B) DERECHO A ACTUACIONES Y PROGRAMAS SANITARIOS ESPECIALES Y PREFERENTES A PERSONAS DISCAPACITADAS. C) LA INFORMACIÓN EN LA LEY DE SALUD PÚBLICA DE ANDALUCÍA.* 2. *CONSENTIMIENTO.* A) MARCO JURÍDICO. B) CONSENTIMIENTO INFORMADO EN SUPUESTOS DE DISCAPACIDAD. C) CONCLUSIONES COMITÉ DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD CERMI. V. ACCESIBILIDAD A LA ATENCIÓN EN LOS SISTEMAS DE EMERGENCIAS SANITARIAS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AUDITIVA. 1. *BARRERAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AUDITIVA.* 2. *GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS EN EL ACCESO Y ATENCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AUDITIVA.* 3. *ACCESIBILIDAD EN LOS SISTEMAS DE EMERGENCIAS SANITARIAS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AUDITIVA.* A) TELÉFONO DE DISCAPACIDAD Y ACCESIBILIDAD. B) FORO INSERTA RESPONSABLE. C) LA EXPERIENCIA DE ARAGÓN: ACCESO A LOS SERVICIOS DE URGENCIAS Y EMERGENCIAS SANITARIAS PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD AUDITIVA. D) LA EXPERIENCIA DE CANTABRÍA: ACCESO A LOS SERVICIOS DE URGENCIAS Y EMERGENCIAS SANITARIAS PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD AUDITIVA. VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

1. Concepto de Discapacidad

El término discapacidad significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía, el IV Plan Andaluz de Salud referencia al valorar el envejecimiento y la dependencia de la población, que aproximadamente el 32% de las personas mayores de 65 años tiene alguna discapacidad. En general, se estima que un 5,6% de la ciudadanía andaluza necesita ayuda para las actividades básicas de la vida diaria (ABVD). De cada 100 personas con dependencia, cerca de 70 son personas mayores de 65 años.

Por término medio, en Andalucía, los hombres viven 7,9 años de su vida en situación de dependencia y las mujeres 12,1 años. Así pues, las mujeres, que tienen una esperanza de vida mayor que los hombres viven en promedio más años pero una parte importante de estos años los viven en situación de discapacidad.

En cuanto a los tipos de discapacidad, a los efectos de III Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad en Andalucía[1] se consideran los siguientes:

- Físicas y orgánicas. Las personas con discapacidad física poseen limitaciones en la realización de movimientos, pudiendo verse también afectadas otras funciones como el lenguaje o el control de esfínteres. En cuanto a discapacidad orgánica, se refiere a aquellas personas que cuentan con algún órgano interno que no funciona correctamente.

- Sensoriales. Se considera discapacidad sensorial aquella que afectan o privan de uno o varios sentidos. Entre las discapacidades de tipo sensorial se distinguen la discapacidad visual, auditiva o combinación de ambas.

- Psíquicas. Las personas con discapacidad psíquica presentan alteraciones de tipo conductual y del comportamiento adaptativo, generalmente derivadas del padecimiento de algún tipo de trastorno o enfermedad mental.
- Intelectuales. La discapacidad intelectual se caracteriza por un funcionamiento intelectual inferior a la media, que coexiste junto a limitaciones en dos o más de las siguientes áreas de habilidades de adaptación: comunicación, cuidado propio, vida en el hogar, habilidades sociales, uso de la comunidad, autodirección, salud y seguridad, contenidos escolares funcionales, ocio y trabajo. Esta discapacidad se origina durante el periodo de desarrollo neurológico (entre los 0 y 18 años de edad).

Cabe la posibilidad de que se manifiesten simultáneamente varios tipos, en ese caso se denominaría discapacidad de tipo mixta.

Conviene, asimismo, aclarar los conceptos de: Discapacidad sobrevenida. Se define como aquella que surge a partir de los seis años, a consecuencia de situaciones externas e internas no congénitas. Se desarrolla dentro de los tres primeros años de vida o incluso antes de nacer. En función del impacto y limitación en el desarrollo de la AVD se establecen los distintos "grados de discapacidad".

La calificación del grado de discapacidad responde a criterios técnicos unificados, fijados mediante los baremos descritos Real Decreto 1971/1999 de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. Son objeto de valoración

[1] III Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad en Andalucía Diciembre 2021-2026 Borrador V2: https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2022-06/Borrador%20del%20Plan%20v2%20%2825.02.22%29.pdf

tanto las limitaciones en la actividad que presente la persona como, en su caso, los factores sociales complementarios relativos, entre otros, a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural, que dificulten su inclusión social.

2. Marco legal de la discapacidad[2]

A) Internacional

El Preámbulo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y aprobada y ratificada por el Estado español, 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".

El texto de la Convención entiende como personas con discapacidad 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".

B) España

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), son tratados internacionales que recogen los derechos de las personas con discapacidad así como las obligaciones de los Estados Parte de promover, proteger y asegurar esos derechos. España la ratificó y publicó en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008, y entró en vigor el 3 de mayo de este mismo año; a partir de este momento, y conforme a lo establecido en el apartado primero del artículo 96 de la Constitución Española de 1978, forma parte del ordenamiento interno. La adaptación y modificación de diversas normas para hacer efectivos los derechos que la Convención proclama y garantiza, se realiza mediante la promulgación de la Ley 26/2001, de 1 de agosto de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad y el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, 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 que considera en su artículo 4 que "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.

Además de lo establecido en el 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".

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia constituye en España una inestimable avance en la prestación de servicios sociales (teleasistencia, ayuda a domicilio, centros de día y plazas residenciales) y

[2] https://www.imserso.es/imserso_01/autonomia_personal_dependencia/grado_discapacidad/index.htm

económicos (para el sujeto familiar que cuida o para la contratación de una asistencia personalizada de las personas mayores y con discapacidad). La Disposición adicional octava de ésta Ley, determina que las referencias en los textos normativos preexistentes a "minusválidos" y a "personas con minusvalía", se entenderán realizadas a "persona con discapacidad" o "personas con discapacidad" respectivamente, siendo estos términos los que deberán de utilizarse en lo sucesivo por las Administraciones Públicas para denominar a estas personas.

C) Andalucía

Destaca la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía.

3. Características de las personas con discapacidad en Andalucía, usuarios del Sistema Sanitario Público de Andalucía[3]

El número de personas con discapacidad en Andalucía, a 31 de diciembre de 2021, es de 578.509 personas, según cifras del Sistema Integrado de Servicios Sociales de Andalucía. (SISS). Este número se corresponde con el total de personas valoradas en los Centros de Valoración y Orientación de la Andalucía con un grado de discapacidad igual o superior al 33%. Esto es, un 6,8% de la población andaluza en el año 2021.

Según los datos del SISS, las discapacidades más comunes son las de tipo físico, ya que la presentan 234.452 personas de Andalucía (40,52%). No se observan diferencias significativas por sexo en atención al tipo de discapacidad reconocida

Sobre el total de personas con discapacidad, las mujeres representan un 48,37%. El mayor número de discapacidades reconocidas son las de tipo físico. El mayor porcentaje de personas con discapacidad reconocida tiene un grado de entre el 33 y 44%, esto es el 45,7% respecto del total de personas con discapacidad. Es conveniente analizar la diferente situación a la que se enfrentan las personas con discapacidad en los entornos rurales y urbanos.

No se dispone de información sistematizada sobre el acceso a los servicios de salud de las personas con discapacidad a los centros de atención primaria y especializada.

No se dispone de información completa sobre la adecuación de los equipamientos y los recursos humanos y materiales que garanticen el acceso a la salud en centros de atención infantil temprana y para mujeres con discapacidad. Se detecta falta de integración entre la información facilitada por el Sistema de Salud y el Sistema de Servicios Sociales.

Desconocimiento del estado de salud de las personas con discapacidad en la edad adulta, sobre todo en aquellas con discapacidad intelectual (TEA, S. Down).

La población reclusa con discapacidad representa el 8,28% respecto del total en centros penitenciarios de Andalucía. No se observan brechas de género significativas.

La población reclusa con discapacidad psíquica y con pluridiscapacidad presentan las cifras más altas, representando el 47,45% y el 21,31% respectivamente.

[3] III Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad en Andalucía Diciembre 2021-2026 Borrador V2: https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2022-06/Borrador%20del%20Plan%20v2%20%2825.02.22%29.pdf

II. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA

1. La discapacidad en la legislación sanitaria andaluza

En desarrollo del artículo 43 de la Constitución Española y de la legislación básica del Estado en esta materia, el derecho a la protección del derecho a la salud de la personas discapacitadas se salvaguarda, con la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía y la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía.

Además, de una manera específica, la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, dedica el Título III - De la Salud -, artículos 15, 16 y 17, a su protección sanitaria.

Reordenando las actuaciones establecidas en esta última Ley, consideramos los siguientes aspectos:

A) Protección del derecho a la salud de las personas con discapacidad

Las Administraciones Públicas de Andalucía establecerán:

- Programas, procesos asistenciales y actuaciones *específicas*[4].
- Cooperarán con las entidades del *sector asociativo* de las personas con discapacidad y sus familias.
- Asegurarán la *accesibilidad* a las personas con discapacidad a los servicios de salud o de atención a la salud.

B) Medidas del sistema sanitario público de Andalucía

Además de las medidas previstas en las normas sanitarias vigentes, se impulsarán las siguientes medidas, en relación con las personas con discapacidad:

a) Contemplar las necesidades individuales de las personas con discapacidad en los programas de salud pública y de atención sanitaria

- Asegurar la dotación de los medios, apoyos y recursos, así como la realización de los ajustes razonables necesarios en los *programas de salud pública y de atención sanitaria* para tener en cuenta las necesidades individuales de las personas con discapacidad. A tales efectos, se tendrá en cuenta el enfoque de género y a las personas con mayores necesidades de apoyo, así como la formación sobre pautas de atención e interacción con personas con especiales dificultades sociales y comunicativas.

- Desarrollar Programas de Salud Mental, Atención Sexual y Reproductiva.

b) Gestión sanitaria, recursos de información y emergencias para facilitar la accesibilidad

[4] Derecho a *programas de salud pública específicos o adaptados a sus necesidades de las personas discapacitadas:* El artículo 14 de la Ley 16/2011 de Salud Pública de Andalucía reconoce el derecho de las personas en situación de especial vulnerabilidad en Andalucía, entre los que se incluyen a las personas discapacitadas a *programas de salud pública específicos o adaptados a sus necesidades especiales. Así, especifica que "*Las personas menores, las mayores, las que se encuentren en situación de dependencia, las personas con discapacidad física, intelectual o sensorial, las que soporten situación o riesgo de exclusión social, las que sufran enfermedad mental, las que estén en situación terminal, las que padezcan enfermedades crónicas y discapacitantes, las diagnosticadas de enfermedades raras o de baja incidencia en la población, las personas con prácticas de riesgo, las mujeres y menores víctimas de violencia tendrán derecho a *programas de salud pública específicos o adaptados a sus necesidades especiales".*

- Realización de los ajustes necesarios en la gestión sanitaria, recursos de información y emergencias, que faciliten la accesibilidad al sistema sanitario de las personas con discapacidad con especiales necesidades y de sus personas cuidadoras.

- Crear una convocatoria de *ayudas públicas* para renovación y reparación de prótesis y órtesis, incluidas en el catálogo general de prestaciones ortoprotésicas del Servicio Andaluz de Salud que sufran deterioro por accidente u otra causa no achacable a la persona usuaria, dirigidas a las familias en situación de vulnerabilidad, así como la adquisición, renovación y reparación de ayudas técnicas dirigidas a las familias en situación de vulnerabilidad.

- Garantizar la accesibilidad en los sistemas de emergencias sanitarias a las personas con discapacidad auditiva.

- Incluir la accesibilidad y el diseño universal entre los estándares o criterios a tener en cuenta en la evaluación de calidad de los centros, actividades y servicios sanitarios públicos de Andalucía.

c) Información y consentimiento

- Garantizar que la información y el consentimiento en el ámbito sanitario resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad de acuerdo con el principio del diseño universal, incluidas las adaptaciones a lectura fácil y comprensible. En caso necesario, se ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes a las personas con discapacidad que así lo requieran.

d) Profesionales

- Aprobar protocolos y normas éticas para la mejora de las prácticas profesionales en la atención a la salud de las personas con discapacidad.

- Establecer un protocolo de comunicación entre los profesionales médicos de los distritos de atención primaria y las entidades del sector asociativo de las personas con discapacidad, que facilite el asesoramiento genético prenatal.

- En el caso de nuevas enfermedades o síndromes, que se incluyan en la última Clasificación Internacional de Enfermedades vigente (CIE), elaborar un protocolo de tratamiento cuando concurra la circunstancia de que la mayoría de pacientes potenciales sean personas con discapacidad.

e) Investigación, formación y concienciación en discapacidad

- Incluir la materia de discapacidad en las actuaciones de investigación, formación y concienciación que se desarrollen en el ámbito sanitario, con especial incidencia en los derechos humanos, la igualdad de género, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad.

- Promover la investigación en el ámbito de las enfermedades raras o de baja incidencia en la población.

f) Mejorar las competencias de autonomía en personas discapacitadas

- Desarrollar actuaciones informativas y educativas específicas dirigidas a las personas con discapacidad, con el fin de mejorar sus competencias en la toma de decisiones sobre los aspectos de su vida relacionados con la salud.

g) Entidades que atiendan a personas con discapacidad

- Apoyar a las entidades, prioritariamente a aquellas que carezcan de ánimo de lucro cuyo objeto sea la atención a personas con discapacidad, que desarrollen programas de ayuda mutua, prevención y promoción de la salud, dirigidos a personas con discapacidad o a sus familias.

h) Incluir en los órganos de participación social a las entidades representantes de personas con discapacidad y sus familias.

i) Coordinación con los Servicios Sociales

- Coordinar su actuación con los servicios sociales para prestar una atención integral a las necesidades de las personas con discapacidad.

C) Atención infantil temprana para menores de seis años

a) Derecho a la atención infantil temprana

- La población infantil menor de seis años con discapacidad, que presente trastornos del desarrollo o riesgo de padecerlos, tiene derecho a la atención infantil temprana. Esta atención comprenderá actuaciones de información, prevención, detección precoz, diagnóstico, tratamiento, orientación y apoyo familiar en el ámbito sanitario, educativo y de servicios sociales.

- El sistema sanitario público de Andalucía establecerá los sistemas y protocolos de actuación técnicos para una atención adecuada de los menores, los cuales incorporarán acciones preventivas sobre la población en general dirigidas a evitar las condiciones de deficiencias o trastornos en el desarrollo infantil, especialmente aquellas que tienen que ver con el consejo prenatal, la atención al embarazo, parto y puerperio, así como el adecuado seguimiento de la salud de los recién nacidos y los primeros años de vida.

b) Modelo de atención infantil temprana

- Coordinación de los sistemas públicos de salud, educación y servicios sociales y acceso de los profesional a la historia clínica de las personas con discapacidad para poder intervenir de una forma más óptima en su tratamiento.

- Determinación de los recursos de atención infantil temprana, con especificación de las actuaciones a desarrollar en los ámbitos sanitario, educativo y de servicios sociales.

- Establecimiento de un sistema de información en atención temprana que permita identificar las necesidades de la población infantil en esta materia y adoptar las medidas necesarias para satisfacerlas.

- Se garantizará la aplicación del protocolo de atención temprana, entre la Consejería competente en materia de educación y la Consejería competente en materia de salud, del Decreto 85/2016, de 26 de abril, por el que se regula la intervención integral de la Atención Infantil Temprana en Andalucía, garantizando en todo momento la evidencia científica y el conocimiento experto y atendiendo a las necesidades específicas de cada caso de forma individualizada, desde la complementariedad y especificidad de las actuaciones a realizar por los profesionales de ambos sistemas.

- La prestación del servicio de atención infantil temprana se podrá organizar a través de conciertos sociales.

- Contempla el modelo la creación de recursos específicos para la atención especializada a colectivos con necesidades particulares de apoyo e intervención.

2. La discapacidad en la Planificación Sanitaria Andaluza

A) IV Plan Andaluz de Salud

El Plan Andaluz de Salud, es el marco de referencia y el instrumento indicativo para todas las actuaciones en materia de salud en el ámbito de Andalucía.

La planificación de los servicios sanitarios y sociosanitarios, debe garantizar la equidad para el conjunto del territorio de Andalucía en el acceso a prestaciones preventivas, de cribados, rehabilitadoras, de procesos asistenciales, cuidados paliativos y a personas cuidadoras de las personas

con discapacidad, contemplados en distintos Planes Integrales (Oncológico, Cardiopatías, Diabetes, Tabaquismo, Obesidad, Salud Mental, Accidentalidad, etc.).

En Andalucía se vienen desarrollando desde hace años, y a través de los diferentes Planes de Salud, estrategias para mejorar la esperanza de vida y la esperanza de vida libre de discapacidad.

Estas se han orientado a abordar:

- *Los estilos de vida y los entornos saludables* mediante abordajes como el Plan de Alimentación Equilibrada y Actividad Física (PAFAE), el Plan Integral de Tabaquismo de Andalucía (PITA) y la promoción de la salud en la adolescencia y la juventud (Forma Joven).

- *La prevención de enfermedades transmisibles*, fundamentalmente mediante el Programa de Vacunaciones de Andalucía, la prevención de la infección por VIH y las intervenciones de protección de la salud para controlar la transmisión alimentaria, hídrica y ambiental de estas enfermedades.

- *La prevención de enfermedades no transmisibles y lesiones a través del desarrollo de los Planes Integrales* (PPII) que han definido actuaciones preventivas para los problemas de salud que producen una mayor morbilidad, discapacidad y mortalidad. Son el Plan Integral de Cardiopatías de Andalucía (PICA), el Plan Integral de Diabetes Mellitus de Andalucía (PIDMA), el Plan Integral de Oncología de Andalucía (PIOA), el Plan Integral de Salud mental de Andalucía (PISMA) y el Plan Integral de Accidentalidad (PIAA), el Plan Integral de Tabaquismo de Andalucía (PITA), el Plan Integral de Obesidad Infantil de Andalucía (PIOBIN) etc. Además existe una estrategia de prevención y atención a las víctimas de la violencia de género.

- También los PPII han abordado el diagnóstico precoz, el sistema de atención sanitaria y la rehabilitación de las personas afectadas por los problemas de salud a los que se enfrentan. Los instrumentos fundamentales para ello son los *Procesos Asistenciales Integrados* en los que se define cómo debe hacerse el diagnóstico, el tratamiento y la rehabilitación de las enfermedades más prevalentes o más graves y los indicadores de calidad de esas prácticas.

B) III Plan de Calidad Sistema Sanitario Público de Andalucía (2010-2014)

Hacen referencia a la atención a la discapacidad, los Proyectos1, 3 y 18.

Proyecto 1 ATENCIÓN CENTRADA EN LA PERSONA.

Acción: 1 Incluir de forma continua la visión de género "rol social asignado" en el abordaje de los problemas de salud, la multiculturalidad y discapacidad.

Proyecto 3 MODERNIZACIÓN E INNOVACIÓN DE LOS PROCESOS ASISTENCIALES INTEGRADOS.

Acción: 7 Incorporar en los procesos asistenciales integrados la perspectiva de género, las actuaciones sobre estilos de vida, y las necesidades especiales de las personas que se encuentran en situación de discapacidad o dependencia.

Proyecto 18 ESTRATEGIA DE DESARROLLO DEL NUEVO MODELO DE SALUD PÚBLICA.

Estrategias sociosanitarias

Acción 31: Implantación de los Subprocesos de Seguimiento del Recién Nacido de Riesgo, Trastorno del Desarrollo con Discapacidad Intelectual, Trastornos Sensoriales, Trastornos del Desarrollo con Discapacidad Motora y Trastorno del Espectro Autista.

Acción 34: Incorporar e integrar la perspectiva de discapacidad y dependencia como un eje transversal en el Plan de Calidad

C) Programas impulsados por la Consejería de Salud y Familias en el marco del III Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad en Andalucía Diciembre 2021-2026[5]

La concreción de la realización de los objetivos estratégicos antes mencionados en el borrador del III Plan se realiza en base a formulación de un conjunto de programas. Los programas se encuentran clasificados en función de un código correspondiente con las siglas de la Consejería en la que se ubica el centro directivo competente de su impulso. Refiriéndonos a la Consejería de Salud y Familias están los siguientes programas:

CSAFA01 P7. Accesibilidad universal a servicios sanitarios públicos en condiciones de igualdad.

Este programa persigue favorecer la plena accesibilidad universal a servicios, prestaciones e infraestructuras del Sistema Sanitario Público de Andalucía de forma autónoma e independiente y en condiciones equiparables a las de acceso de personas sin discapacidad.

Línea estratégica

- LE3.Accesibilidad universal.

Objetivos estratégicos a los que contribuye

- OE3: Reducir el agravamiento de las situaciones de discapacidad y de dependencia derivada de la discapacidad y su impacto sobre la calidad de vida de las personas con discapacidad y sus cuidadoras.
- OE8. Incrementar la accesibilidad universal en los edificios públicos utilizados por la Junta de Andalucía y por las entidades locales y en los edificios de viviendas, así como en los espacios y servicios públicos que se prestan a la ciudadanía.

Objetivos generales del Programa

- Incrementar la accesibilidad cognitiva a los servicios del Sistema Sanitario Público de Andalucía.
- Incrementar la accesibilidad a edificios e infraestructuras de asistencia primaria, hospitales y otros servicios del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

Medidas a desarrollar:

1. Implementar actuaciones para asegurar la accesibilidad cognitiva de las personas con discapacidad intelectual y del desarrollo al Sistema Sanitario Público de Andalucía (I): Edición y distribución de pictogramas de accesibilidad cognitiva para personas con TEA y discapacidad intelectual.

2. Implementar medidas que permitan incrementar la accesibilidad arquitectónica en los centros sanitarios (I): Revisión de las actuaciones realizadas, necesidades detectadas y medidas a realizar.

3. Elaboración de documentos de información y de consentimiento en el ámbito sanitario que sean de lectura fácil y en formato comprensible a las personas con discapacidad.

4. Revisar y detectar la necesidad e implementación de medios materiales y aparatajes para el tratamiento de los diferentes tipos de discapacidad.

5. Incluir parámetros de accesibilidad y el diseño universal entre los criterios a considerar para la evaluación de calidad de los centros.

[5] III Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad en Andalucía Diciembre 2021-2026 Borrador V2: https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2022-06/Borrador%20del%20Plan%20v2%20%2825.02.22%29.pdf

6. Garantizar la accesibilidad en los sistemas de emergencias sanitarias a las personas con discapacidad auditiva y otras discapacidades.

7. Diseñar e implantar un protocolo para la comunicación efectiva del personal sanitario con los pacientes con distintos tipos de discapacidad. Se asegurará un tratamiento especializado a aquellos colectivos especialmente vulnerables, ej: mujeres con discapacidad y personas inmigrantes con discapacidad.

8. Elaborar un Plan de formación a personal sanitario sobre accesibilidad, autoprotección y evacuación para personas mayores o con discapacidad en casos de emergencias.

9. Implantar y facilitar el uso de nuevas tecnologías en los centros sanitarios. (ej: sistema de citas de especialistas online, consultas por video llamadas para pacientes que no puedan desplazarse y que les permitan consultar determinada información. Estudio e informe que permita la implantación de diferentes medidas en función de las necesidades y los recursos.

Población destinataria

- Profesionales sanitarios y no sanitarios del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

Población beneficiaria

- Personas con discapacidad y en especial colectivos especialmente vulnerables.

Tiene indicadores de realización y resultados, temporalización (años 20221 y 2022) y presupuesto.

CSAFA-02 P6. Apoyo social y recuperación en salud mental.

Este programa persigue la inclusión social de las personas con discapacidad consecutiva a un problema grave de salud mental, través de la defensa de derechos de ciudadanía; la lucha contra la discriminación y el estigma; el acceso a la educación, la cultura y el deporte; la igualdad de género, y el desarrollo de actuaciones complementarias para aquellas que están en situación de privación de libertad, sin hogar o en especial vulnerabilidad por crisis sanitaria o económica.

Línea estratégica LE2. Participación e inclusión social.

Objetivos estratégicos a los que contribuye

- OE3. Reducir el agravamiento de las situaciones de discapacidad y de dependencia discapacidad y su impacto sobre la calidad de vida de las personas con discapacidad y sus cuidadoras.

Objetivos generales del Programa

- Aumentar la inserción social de las personas con discapacidad consecutiva a un problema grave de salud mental, especialmente mediante el acceso a educación, la cultura y el deporte inclusivo.

- Reducir brechas de género en los programas de apoyo social para las personas con enfermedad mental.

- Mejorar la atención a personas con enfermedad mental internadas en centros penitenciarios, sin hogar o en situación de especial vulnerabilidad

Población destinataria

- Profesionales de las redes implicadas en la atención sanitaria y social de personas con problemas de salud mental.

- Familiares y allegados. Movimiento asociativo.

Población beneficiaria

- Personas con discapacidad consecutiva a un trastorno mental grave.

Organismo responsable

- Fundación Pública Andaluza para la Integración Social de Personas con Enfermedad Mental (FAISEM).

Agentes implicados

- Dirección General de Cuidados Sociosanitarios.

- Red de Salud Mental de Andalucía.

- Dirección General de Personas con Discapacidad e Inclusión

Medidas a desarrollar

- Se plantean las siguientes medidas para los diferentes ejes de actuación:

  EJE 1:

  1.1. Desarrollar 4 actividades de sensibilización social y defensa de derechos de ciudadanía de las personas con problemas de salud mental, dirigidas a los miembros de la comunidad educativa.

  1.2. Desarrollar 4 actividades formativas de sensibilización social dirigidas a las fuerzas y cuerpos de seguridad sobre las personas con problemas de salud mental.

  1.3. Desarrollar 3 actividades formativas de sensibilización dirigidas a profesionales de la abogacía y juzgados de guardia sobre las personas con problemas de salud mental en el ámbito judicial.

  EJE 2:

  2.1 Desarrollar un proyecto de educación de personas adultas para personas con trastorno mental grave mental, en cada una de las provincias andaluzas.

  2.2 Desarrollar 1 experiencia socioeducativa con carácter inclusivo para personas con problemas de salud mental y estudiantes universitarios.

2.3 Desarrollar 2 iniciativas de formación inclusiva sobre arqueología experimental para personas con enfermedad mental. Realizar un estudio sobre el impacto del deporte en la mejora de la salud general de las personas con problemas de salud mental y la reducción del gasto sanitario a través de la actividad física.

2.4 Realizar un Estudio sobre el impacto del deporte en la mejora de la salud general de las personas con problemas de salud mental, y la reducción del gasto sanitario a través de la actividad física.

EJE 3:

3.1 Impulsar los espacios de Coordinación de FAISEM, la red de salud mental, el movimiento asociativo y la Dirección General de Personas con Discapacidad e Inclusión, en relación a los Programas de atención a personas con enfermedad mental en el ámbito penitenciario.

3.2 Completar en cada provincia los programas específicos de seguimiento para personas con trastornos mentales graves sin hogar o en situación de especial vulnerabilidad.

EJE 4:

4.1. Desarrollar 3 Acciones Formativas dirigidas a profesionales de los programas de apoyo social en materia de igualdad.

4.2. Desarrollar un programa específico de apoyo social para mujeres con trastorno mental grave.

III. ACCESIBILIDAD AL SISTEMA SANITARIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. Accesibilidad a los Servicios

Según el Concepto Europeo de Accesibilidad[6], ésta es una característica básica del entorno construido, es la condición que posibilita llegar, entrar, salir y utilizar las casas, las tiendas, los teatros, los parques y los lugares de trabajo. Y permite a las personas participar en las actividades sociales y económicas para las que se han concebido. De esto se desprende que, cuando exista una falta de accesibilidad, por ejemplo, con barreras físicas, esa persona sufrirá algún grado de marginación y, lógicamente, una pérdida de calidad de vida respecto a los demás que no sufran esta falta, siendo las personas discapacitadas las que la sufrirán en mayor grado.

La accesibilidad universal es aquella condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para que las personas los puedan comprender, los puedan utilizar en condiciones de seguridad, comodidad y de la forma más autónoma y natural posible

Hay que mejorar constantemente y de forma inmediata y exponencial, la situación de los entornos productos y servicios destinados a combatir o paliar de alguna manera los distintos grados de

[6] CCPT (Comisión Central de Coordinación para la Promoción de la Accesibilidad). Concepto Europeo de Accesibilidad. Madrid: Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO) - Centro Estatal de Autonomía Personal y Ayudas Técnicas (CEAPAT), p. 35, 1996.

discapacidad. Y esa mejora puede aparecer desde la aplicación y desarrollo del concepto Accesibilidad Universal[7].

El Comité Español de representantes de Personas con Discapacidad (CERMI)[8], concluye que "Sin duda la accesibilidad universal es una de las esferas más críticas de este año 2017. La accesibilidad es un principio que irradia en todo el articulado de la Convención, un elemento esencial para garantizar el disfrute de todos los derechos en condiciones de igualdad para la ciudadanía con discapacidad. Sin embargo, la mayor parte de la denuncias vienen a este principio y al propio artículo 9 de accesibilidad universal, ya que no hay un argumento más determinante que aquel que emerge de los datos. Este año, además, el propio Estado lo mancillaba con el incumplimiento de un mandato legal en materia de accesibilidad, una pésima práctica en un Estado de Derecho, que reconoce la igualdad y que, sin embargo, no asegura su ejercicio".

2. Discapacidad y Acceso al Sistema Nacional de Salud

Desde el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), se alerta que las personas con discapacidad en España, no siempre reciben una atención sanitaria adecuada a sus necesidades peculiares de atención, ya que aún no se aplican de la forma más efectiva las directrices marcadas en la Convención de la Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Tiene interés conocer el análisis de situación y las conclusiones reflejadas en el Informe de la Fundación ONCE[9].

Las carencias más importantes a las que se enfrentan las personas con discapacidad y las personas mayores en su acceso al sistema sanitario español se encuentran en lo siguiente:

- *Procesos de acceso a los servicios sanitarios largos y complicados*. En muchos casos derivados de la cronicidad del paciente. Debidos a la superespecializacion de la sanidad, los problemas existentes de continuidad asistencial. La falta de coordinación entre profesionales y la necesidad de desarrollar procesos de atención multicisciplinar que atienda las necesidades de los pacientes, cuidadores y familias
- *Barreras* de accesibilidad relacionadas con sistemas de *información y de comunicación.*
- *Barreras físicas en los entornos sanitarios* aún por resolver a través de solucionesde Accesibilidad Universal, que garanticen la configuración de un sistema sanitario inclusivo y en clave de plena igualdad de oportunidades.

Una vía para la búsqueda de soluciones que atienda a las necesidades de las personas es la *innovación social*. Ésta es el conjunto de nuevos procesos, prácticas o métodos para llevar a cabo iniciativas que cuenten con la participación de las personas, las cuales se transforman en actores de su propio desarrollo, fortaleciendo así el sentimiento de pertenencia y convirtiéndose en agentes del cambio.

Respecto a la *accesibilidad en el sistema sanitario*, concluye el Informe que:

---

[7] Lopez Cala, G., Sotomayor Morales, E., Grande Gascón, M.L., Calero García, M.J.: *Discapacidad y Accesibilidad Universal. La unión perfecta,* Revista Electrónica de Investigación y Docencia (REID), Monográfico 3, abril, 2018, 44-62. doi: 10.17561/reid.m3.4

[8] DERECHOS HUMANOS Y DISCAPACIDAD INFORME ESPAÑA 2017, Comité de representantes de personas con discapacidad (CERMI), Ediciones Sinca, 2018. https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/Informe%202017%201_0.pdf

[9] FUNDACIÓN ONCE: Accesibilidad e innovación social en la atención sanitaria. Las TIC como facilitador para un uso eficiente de la sanidad: análisis de contexto y estudio de necesidades (Fases I y II), Fundación ONCE-Vía Libre; Ilunion, 2021, http://riberdis.cedd.net/bitstream/handle/11181/5956/Accesibilidad_e_innovaci.es

- Los avances en accesibilidad en el ámbito de sanitario son evidentes. No obstante, para que se cumpla la accesibilidad universal en este ámbito, los entornos y todo aquello que forma parte de los servicios y procesos sanitarios deben ser plenamente utilizables por cualquier persona independientemente de sus capacidades (desde la concertación de una cita, la utilización de los espacios sanitarios, pasando por la comunicación con los profesionales médicos, etc.) y aún hay muchas evidencias de que esto no se cumple.
- Localizar las consultas, utilizar los sistemas de gestión de turnos y/o acceder a la consulta desde la sala de espera son los momentos en los que los usuarios tienen mayores dificultades. Las personas con discapacidad visual o auditiva son las que lo experimentan en mayor medida, ya que en muchas ocasiones en las salas de espera no tienen manera de saber cuándo y dónde les toca pasar.
- El entorno de urgencias es uno de los espacios en dónde las valoraciones de la accesibilidad son más bajas. Sobre todo, en los momentos anteriores y posteriores al triaje.
- Las carencias de accesibilidad física en los centros de salud y hospitales siguen encontrándose, por la falta de adecuación de la altura de mostradores, la ausencia de grúas o camillas adaptadas, pasillos estrechos o falta de señalización.
- Aún no se está garantizando el acceso a la información por parte de los usuarios de los servicios de salud en situación con discapacidad mediante sistemas de lectura fácil, braille, lengua de signos, medios de apoyo a la comunicación oral, entre otros, ya que la información antes de las pruebas, los consentimientos informados o los informes únicamente se facilitan en texto y con un lenguaje a veces demasiado técnico que no todas las personas pueden entender.
- Dentro de los servicios de atención personal que ofrecen los centros de salud u hospitales el de acompañamiento a pacientes es el más demandado, pero las personas con discapacidad suelen recurrir a familiares o asistentes personales.
- En el caso de las personas sordas signantes, tienen dificultades para comunicarse con el personal sanitario ante la falta de intérpretes de lengua de signos. En este sentido reconocen que en algunas Comunidades Autónomas ha habido un gran avance al facilitar el servicio de tele-interpretación.
- Las personas con discapacidad que han participado en el estudio manifiestan que aún hay bastantes barreras actitudinales del personal sanitario por falta de conocimiento o formación.

Respecto al *uso de las TIC en el sistema sanitario*, presentan las siguientes conclusiones:

- El uso de las TIC es cada día más habitual en el sistema sanitario, ya que la gestión de citas es habitual realizarla por internet a través de aplicaciones móviles, existen sistemas electrónicos de gestión de turnos en los centros de salud/hospitales y ya se están utilizando los servicios básicos de sanidad digital por los que apuesta el Sistema Nacional de Salud: el acceso a la receta electrónica interoperable y la disponibilidad de Historia Clínica a través de Internet.
- La falta de accesibilidad en estas tecnologías hace que las personas con discapacidad tengan dificultades para utilizar los servicios sanitarios. Por ejemplo, aplicaciones de gestión de citas por internet o sistemas de gestión de turnos inaccesibles para personas con discapacidad visual. Las personas con discapacidad no suelen participan en los proceso de diseño de dicha tecnología.

- El teléfono móvil es la herramienta por excelencia de las personas usuarias para interactuar con el entorno tecnológico de la sanidad, realizándose numerosas propuestas para mejorar su interacción con el sistema sanitario:
  - — Renovar la receta electrónica de medicación para evitar tener que ir a la consulta.
  - — Disponer de un chat para poder resolver dudas sobre recetas o información básica sobre pruebas diagnósticas.
  - — Gestionar citas de especialistas y de pruebas diagnósticas.
  - — Recibir recordatorios de citas pendientes.
  - — Buzón de sugerencias y reclamaciones.
  - — Acceso directo a servicios de video-interpretación en LSE para personas sordas.
  - — Consultar información sobre la accesibilidad de los centros.
  - — Sistema de localización de consultas accesible para discapacidad visual.
  - — Acceso al ID del turno para la cita y visualización del turno activo, mismo que aparece en la pantalla de las salas de espera.
- El acceso a los resultados de pruebas e informes médicos (Historial Clínico) se realiza en aplicaciones y portales del paciente desarrollados sobre todo en el ámbito hospitalario (público y privado.) No obstante, debido a que no es algo generalizado en el sistema, ni se dan en todas las aplicaciones desarrolladas por las distintas las Comunidades Autónomas para el acceso y uso de la Atención primaria, muchas de las personas usuarias lo desconocen.
- La tele-medicina es poco conocida, ya que más de la mitad de las personas encuestadas no conocía ninguno de los tipos de telemedicina por los que se preguntó (tele-monitorización, tele-diagnóstico y tele-consulta). Sólo la tele- consulta resulta un término más conocido y hasta un 4,5% de las personas encuestadas reconoce haberlo utilizado.
- Existen muchas opciones tecnológicas que facilitarían y mejorarían la atención, como pueden ser soluciones de tele-consulta o tele-diagnóstico que se podrían implementar, pero muchas veces no se hace por desconocimiento o por trabas administrativas.
- Se necesita aún formación, sensibilización y talleres de digitalización y en accesibilidad TIC, tanto de los propios profesionales como de los pacientes.

En definitiva, los resultados aquí expuestos son la base para idear y diseñar nuevos productos y servicios que mejoren la accesibilidad y la calidad de la atención en el sistema sanitario a través de las tecnologías de la información y comunicación.

IV. INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO

1. Información

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Disposición adicional cuarta. Necesidades asociadas a la discapacidad.

El Estado y las Comunidades Autónomas, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, dictarán las disposiciones precisas para garantizar a los pacientes o usuarios con necesidades especiales, asociadas a la discapacidad, los derechos en materia de autonomía, información y documentación clínica regulados en esta Ley.

A) El derecho a la información en el Sistema Nacional de Salud. Información a personas discapacitadas

La primera ley postconstitucional que reguló algunos de los derechos de los pacientes fue la Ley General de Sanidad del año 1986, sin embargo en este texto legislativo únicamente se planteaban o trataban con poco profundidad determinadas cuestiones muy relevantes en el ámbito de los derechos de los pacientes que posteriormente fueron desarrolladas por la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Debe tenerse en cuenta que la Ley General de Sanidad nació con la intención de vertebrar y organizar el sistema y no legislar los derechos del paciente, por lo que para el análisis de este aspecto el estudio debe centrase en la legislación aprobada posteriormente.

La ley 41/2002 supone un gran avance a la hora de organizar y legislar como debe ser la relación entre el personal del centro de salud y el enfermo, destacando entre su articulado la regulación del derecho a la información o del consentimiento informado. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que al tratarse de una norma estatal tiene carácter básico, por lo que determinados aspectos han sido completados en diferentes legislaciones autonómicas

El derecho a la información no solo se refiere al deber de los profesionales de facilitar información al paciente sobre el proceso asistencial, sino que abarca un campo mucho más amplio, incluyendo el derecho a la información necesaria para elegir médico y centro sanitario o el derecho a conocer aquellos problemas sanitarios que supongan un riesgo epidemiológico para otros usuarios. Las palabras información e informar aparecen en el texto legislativo de la 41/2002 casi 50 veces, lo que refleja la importancia que se le da a este aspecto en la normativa existente.

Podemos diferenciar cuatro derechos de información en la ley 41/2002, el primero de ellos es el derecho a la información asistencial, el segundo el derecho a la información epidemiológica, el tercero a la información sobre los servicios y unidades asistenciales de cada servicio de salud, y el cuarto y último el derecho a la información para la elección de médico y de centro sanitario. En todos estos casos el titular del derecho a la información es el paciente, si bien en determinadas circunstancias también serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho.

La ley marca que cuando el paciente carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico el personal sanitario informará a familiares o personas vinculadas al usuario que le acompañen. En este apartado es necesario abordar el derecho a la información de las personas con discapacidad, puesto que en la mayor parte de las ocasiones sí que están en disposición de poder comprender al facultativo, sin embargo, los servicios de salud no siempre están tomando todas las medidas que deberían para garantizar este derecho. En el caso de los pacientes sordomudos, por ejemplo, las diferentes administraciones sanitarias deberían proporcionar un servicio de intérpretes de signos que permitiera a estos usuarios recibir la información con total autonomía, mientras que para pacientes invidentes sería oportuna la elaboración de documentos informativos o formularios en braille.

Estos servicios no siempre se están prestando, por lo que son numerosas las asociaciones de discapacitados que vienen reclamando de forma reiterada una mayor accesibilidad de la información sanitaria.

El derecho a la información asistencial es a su vez un deber de los profesionales sanitarios, debiendo existir un continuo intercambio de información entre médico y paciente. Según la legislación esta información se proporcionará en general de forma verbal, si bien debe dejarse también constancia en la historia clínica. Para cada actuación el facultativo deberá explicar la finalidad, naturaleza, riegos y consecuencias de esta, salvo que el paciente se niegue expresamente a ser informado.

Un aspecto importante a tener en cuenta respecto a la información asistencial es la confidencialidad de la misma, ya que son datos que pertenecen únicamente al paciente. Este deber

de confidencialidad atañe tanto al personal sanitario como al no sanitario, ya que es habitual que los auxiliares administrativos también puedan tener acceso a determinados datos o incluso a toda la historia clínica de un usuario, por ello es fundamental que estos profesionales tomen medidas para no dejar accesible la información a terceros y por supuesto que no comuniquen a nadie información que no les pertenece.

El segundo tipo de información a la que el usuario tiene derecho es a la información epidemiológica, un derecho que antes de la ley 41/2002 reguladora de los derechos y obligaciones en materia de información no estaba recogido y que supone pasar de un derecho a la información sanitaria individual a un derecho a la información sobre problemas de salud pública.

Se deberá informar sobre aquellas situaciones que pueden suponer un riesgo para la salud individual o colectiva y sobre sus causas y medidas preventivas, incluyendo información sobre peligros derivados del medio ambiente, el consumo de agua y alimentos o los hábitos de vida poco saludables. Los servicios sanitarios, por tanto, no solo deben realizar labores asistenciales, sino que como recoge la ley general de sanidad (ley 14/2016) las actuaciones de las administraciones sanitarias deben encaminarse en primer lugar a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades jugando un papel fundamental la difusión de información que fomente comportamientos y hábitos saludables.

La ley 41/2002 también reconoce el derecho de los usuarios a ser informados sobre los servicios disponibles en los diferentes centros sanitarios, de los requisitos de acceso y de la calidad de los mismos. La legislación estatal, sin embargo, únicamente marca que se deberá disponer de una guía en el centro sanitario con esta información, por lo que algunas administraciones autonómicas han completado esta apartado en sus legislaciones regionales indicando que se deberá promover entre la población la difusión de los planes o programas sanitarios y sociosanitarios que se adopten, empleando para ello los medios e instrumentos necesarios de forma que se garantice que la información llega al destinatario de esas acciones sanitarias. Es decir, no es suficiente con que la información pueda ser consultada en el centro por el usuario, sino que la administración sanitaria debe comunicar al usuario aquellas acciones que puedan ser de su interés.

En este capítulo también se incluye el derecho de los usuarios a conocer los costes de las prestaciones y servicios sanitarios que reciban, un derecho que no aparece de forma expresa en la legislación nacional pero que algunas comunidades autónomas recogen en su legislación. Este derecho no es habitualmente ejercido por los usuarios, habiendo realizado las administraciones acciones para que se conozcan los elevados costes que deben asumir cada vez que se vista el médico, con el fin de evitar que los usuarios acudan a los centros sanitarios cuando no es necesario.

Derecho a la información para elegir facultativo y centro

Los usuarios tienen derecho a recibir la información necesaria para facilitarles la elección de centro y profesional sanitario, tanto en el caso de la atención primaria como en la especializada. En este capítulo se incluye un amplio número de informes sobre la calidad de los servicios prestados, como puedan ser los resultados asistenciales de cada centro sanitario, el grado de cumplimiento de los planes anuales o información sobre la situación de las listas de espera.

Según marca la legislación estatal en la ley 41/2002 esta elección de centro y facultativo se hará con arreglo a los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competentes, lo que supone en la práctica que no existe una completa libertad a la hora de elegir centro o profesional médico. Como norma general puede realizarse la elección entre los centros y profesionales existentes en el área de salud en la que reside el usuario y en el caso de las consultas especializadas entre los facultativos que lleven a cabo su actividad en el hospital de referencia del área de salud. Sin embargo, las administraciones autonómicas también suelen indicar que la elección del usuario puede denegarse si no es conveniente la asignación de más personas a un determinado profesional por ejemplo porque

este tenga ya su cupo máximo, un porcentaje alto de personas de avanzada o edad o un mayor nivel de frecuentación entre sus usuarios.

Los centros sanitarios contarán por tanto con guías en las que se facilitará determinada información al ciudadano -usuario-, como por ejemplo los servicios que presta o las instalaciones de las que dispone, sin embargo estos documentos nos suficientes para cumplir de manera adecuada con las obligaciones en materia de información al usuario por lo que en la actualidad la mayoría de centros cuentan con servicios de información al ciudadano que se encargan de ofrecer a los usuarios el acceso a la información sobre el sistema sanitario público, así como de canalizar de canalizar la participación de los mismos mediante sus quejas y sugerencias.

B) El derecho a la información en el Sistema Sanitario Público de Andalucía. Información a personas discapacitadas.

a) Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía

Esta Ley en su Título II, artículo 6 y 7, completa y desarrolla los contenidos de la Ley General de Sanidad sobre los derechos de los ciudadanos ante los servicios sanitarios, ampliando las facultades de libre elección del ciudadano a la libre elección de médico, profesional sanitario, servicio y centro sanitario en los términos que reglamentariamente se establezcan, así como al derecho a la segunda opinión y al acceso a la información relacionada con su estado de salud. Este cuadro de derechos se completa con el derecho al disfrute de un medio ambiente favorable a la salud, en el marco de las normativas que las diferentes Administraciones Públicas desarrollan.

En el art. 6 de Ley de Salud de Andalucía se reconoce a los ciudadanos, y por tanto a las personas discapacitadas, que son titulares y disfrutan, con respecto a los servicios sanitarios públicos en Andalucía, de los siguientes derechos, el derecho a la información, en las siguientes dimensiones:

- A la información sobre los factores, situaciones y causas de riesgo para la salud individual y colectiva.
- A la información sobre los servicios y prestaciones sanitarios a que pueden acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso.
- A disponer de información sobre el coste económico de las prestaciones y servicios recibidos.
- A que se le dé información adecuada y comprensible sobre su proceso, incluyendo el diagnóstico, el pronóstico, así como los riesgos, beneficios y alternativas de tratamiento.
- Al acceso a su historial clínico.

En sentido amplio, también serían caras del derecho de información, los derechos a:

- A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y su estancia en cualquier centro sanitario.
- A ser advertidos de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y tratamiento que se les apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso, será imprescindible la previa autorización y por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la dirección del correspondiente centro sanitario.
- A que se les extienda certificado acreditativo de su estado de salud, cuando así lo soliciten.

- A que quede constancia por escrito o en soporte técnico adecuado de todo su proceso. Al finalizar la estancia en una institución sanitaria, el paciente, familiar o persona a él allegada recibirá su informe de alta.
- A disponer de una segunda opinión facultativa sobre su proceso, en los términos en que reglamentariamente esté establecido.
- A la utilización de las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias, así como a recibir respuesta por escrito en los plazos que reglamentariamente estén establecidos.
- A disponer, en todos los centros y establecimientos sanitarios, de una carta de derechos y deberes por los que ha de regirse su relación con los mismos.

Estos derechos de información rigen también en los servicios sanitarios de carácter privado y son plenamente ejercitables.

b) Derecho a actuaciones y programas sanitarios especiales y preferentes a personas discapacitadas:

En la Ley de Salud de Andalucía se reconoce expresamente, que los niños, los ancianos, los enfermos mentales, las personas que padecen enfermedades crónicas e invalidantes y las que pertenezcan a grupos específicos reconocidos sanitariamente como de riesgo, tienen *derecho a actuaciones y programas sanitarios especiales y preferentes*.

Son derechos específicos de los enfermos mentales, de conformidad con lo previsto en el Código Civil:

- A que por el centro se solicite la correspondiente autorización judicial en los supuestos de ingresos involuntarios sin autorización judicial previa, y cuando, habiéndose producido voluntariamente el ingreso, desapareciera la plenitud de facultades del paciente durante el internamiento.
- *A que por el centro se reexamine, al menos trimestralmente, la necesidad del internamiento forzoso. De dicho examen periódico se informará a la autoridad judicial correspondiente.*

c) La información en la Ley de Salud Pública de Andalucía

La Administración sanitaria de Andalucía desarrollará las políticas de solidaridad y equidad en salud garantizando la aplicación de acciones que permitan desarrollar planes específicos de actuación para las personas que viven en zonas con necesidades de transformación social, para la población inmigrante con necesidades especiales, para las personas que realizan prácticas de riesgo y para todas aquellas personas en situación o riesgo de exclusión social o especial vulnerabilidad, aplicar el enfoque de los derechos de la infancia y de las personas con discapacidad y hacer efectivos los derechos de las personas o colectivos más desfavorecidos, a efectos de perseguir la igualdad de todas las personas en sus condiciones de vida y en la calidad de su salud.

En el artículo 9, regula el derecho a la información.

Los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones en que se agrupen o que los representen, tienen derecho a ser informados, con las garantías y, en su caso, con las limitaciones previstas en la normativa vigente, en materia de salud pública por las Administraciones públicas de Andalucía. Este derecho comprende, en todo caso, los siguientes:

- A recibir información sobre los derechos que les otorga esta ley, así como sobre las vías para ejercitar tales derechos.

- A recibir información sobre las actuaciones y prestaciones de salud pública, su contenido y la forma de acceder a las mismas.
- A recibir información sobre los condicionantes de salud como factores que influyen en el nivel de salud de la población y, en particular, sobre los riesgos biológicos, químicos, físicos, medioambientales, climáticos, o de otro carácter, relevantes para la salud de la población, y sobre su impacto. Si el riesgo es inmediato, la información se proporcionará con carácter urgente.
- A recibir información sobre programas y calendario vacunal.
- A recibir información fluida y sistemática en los supuestos de epidemias y pandemias

En sentido amplio el artículo 11, sobre el derecho a conocer en relación con la salud pública, también se refiere al derecho de información. Así, la población en Andalucía tiene derecho:

- A un conocimiento adecuado sobre el estado epidemiológico de su entorno. Esta información, basada en la evidencia científica, ha de ser suficiente, comprensible, adecuada y tiene que comprender los factores, las situaciones y causas de riesgo para la salud individual y colectiva.
- A un conocimiento adecuado sobre la salud ambiental, con el alcance y contenido que reglamentariamente se establezcan.
- A un conocimiento adecuado sobre las características y condicionantes relevantes para la salud pública de los productos alimentarios, así como la naturaleza y los riesgos asociados a los mismos, salvo en aquellas cuestiones que estén sometidas a protección legal.

2. Consentimiento

A) Marco Jurídico

Estado:

Ley 41/2002, de 14 de noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE nº 274 de 15 de noviembre de 2002)

Comunidad Autónoma de Andalucía:

Ley 2/1998, de 15 de junio de Salud de Andalucía (BOJA nº 74 de 4 de julio de 1998)

Orden de 8 de julio de 2009, por la que se dictan instrucciones a los Centros del Sistema Sanitario Público de Andalucía, en relación al procedimiento de Consentimiento Informado (BOJA nº 152 de 6 de agosto de 2009)

Resolución de 9 de febrero de 2011, de la Secretaría General de Calidad y Modernización, por la que se constituye el Comité de Evaluación y Seguimiento de los formularios de consentimiento informado escritos del Sistema Sanitaria Público de Andalucía.

B) Consentimiento Informado en supuestos de discapacidad

- En el caso de discapacidad del paciente será necesario el consentimiento del/de la representante legal

La Orden de 8 de julio de 2009 citada anteriormente, prevé lo siguiente:

La persona que vaya a ser atendida es el titular del derecho a la información y la única reconocida para otorgar, de forma voluntaria, su consentimiento a la intervención propuesta. Cuando

esta persona no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del profesional sanitario responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, se otorgará el consentimiento por representación.

No obstante, el personal sanitario podrá llevar a cabo las intervenciones clínicas necesarias e indispensables a favor de la salud de las personas, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando exista un riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas en la Ley, o cuando exista un riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica de la propia persona (Art. 6 Ley de Salud de Andalucía).

La prestación del consentimiento emitido por representación habrá de ser adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre a favor de la persona enferma y con respeto a su dignidad personal.

En caso de existir declaración de voluntad vital anticipada esta prevalecerá sobre la opinión y las indicaciones que puedan ser realizadas por sus familiares, allegados o, en su caso, por quien haya sido designado representante por el autor de la declaración y por el personal sanitario que participen en su atención.

En cualquier caso, la persona paciente o usuaria del sistema sanitario, deberá ser siempre informada de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión y participará en el proceso de toma de decisiones en la medida de sus posibilidades.

El artículo 9 de la Ley 41/2002, regula los límites del consentimiento informado y consentimiento por representación. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.

- Consulta de datos de Atención Infantil Temprana:

Es necesario el consentimiento expreso para la consulta de datos a través del Sistema "Alborada". En caso de no consentir, se aportará informe del Centro de Atención Infantil Temprana.

C) Conclusiones Comité de Representantes de Personas con Discapacidad CERMI[10]

Se detectan los siguientes problemas por el Comité:

- Es preocupante la sustitución de la voluntad y transgresión del libre consentimiento, vinculada a la igual capacidad jurídica y los apoyos a la toma de decisiones. El ejercicio del derecho y la propia titularidad del mismo es un hecho sustancialmente indivisible: no se entiende el uno sin el otro. Con lo cual resulta paradójico, o una muerte civil, ser titular y no poder decidir sobre tu propia existencia. En este sentido, la Convención obliga a los países a aprobar leyes que respeten dicho tratado, algo que no sucede cuando al modificar la capacidad legal de una persona se le priva del ejercicio de múltiples derechos.

[10] DERECHOS HUMANOS Y DISCAPACIDAD INFORME ESPAÑA 2017, Comité de representantes de personas con discapacidad (CERMI), Ediciones Sinca, 2018. https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/Informe%202017%201_0.pdf

V. ACCESIBILIDAD A LA ATENCIÓN EN LOS SISTEMAS DE EMERGENCIAS SANITARIAS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AUDITIVA

1. Barreras personas con discapacidad auditiva

El Libro Verde de la Accesibilidad (IMSERSO, 2002) hace referencia a las principales barreras encontradas para personas discapacitadas auditivas:

- Falta de paneles y carteles informativos
- Comunicación con el personal (no conocen la lengua de signos)
- Ausencia de video portero y avisadores luminosos de timbres
- No hay teléfonos de texto o fax públicos
- Carencia de sistemas de alarma sonoros y luminosos - - Pocas películas y cine subtitulado

Son en general, barreras de comunicación y acceso a la información.

2. Guía de buenas prácticas en el acceso y atención de las personas con discapacidad auditiva[11]

La Fundacion Sanitas ha elaborado una Guía de Buenas prácticas en el acceso y atención de las personas con discapacidad en el sector sanitario, estableciendo unas pautas para mejorar el trato a personas con problemas de audición. Estas son las siguientes:

• Hablar siempre cara a cara, nunca de espaldas. Mirarle al hablar, porque muchas personas sordas se apoyan en la lectura de los labios para entender lo que se está diciendo.

• Evitar agentes obstaculizadores como, por ejemplo: columnas, personas que se crucen entre los interlocutores, ponernos la mano en la boca, etc.

• Para comunicar con la persona sorda: *ƒ* Hablar despacio y de forma clarar para que pueda leer nuestros labios. *ƒ* Se puede llamar su atención tocándole levemente en el hombro y no se debe empezar a hablar hasta asegurarse de que está mirando. *ƒ* Vocalizar pero sin gritar; hablar despacio, pero con normalidad, construyendo frases cortas, correctas y simples. *ƒ* Ayudarse con un gesto o escribiendo las palabras puede ser adecuado. *ƒ* Se puede buscar un sinónimo más fácil para entender a través de la lectura de los labios. 78 Guía Buenas Prácticas en el acceso y atención de las personas con discapacidad en el sector sanitario privado español *ƒ* La correcta comunicación con una persona sorda usuaria de la lengua de signos se garantizará mediante la comunicación en esta lengua, existiendo personal en el centro sanitario que conozca la lengua de signos o mediante la puesta a disposición de un intérprete profesional de lengua de signos. Así, si no conocemos la lengua de signos y la persona sorda es usuaria de la misma, y sólo puede comunicarse a través de ella, habrá que solicitar la presencia de un intérprete para poder comunicarse con esa persona. *ƒ* Se pueden utilizar otros medios aumentativos de comunicación si la persona sorda es usuaria de los mismos.

• Si la persona sorda es usuaria de prótesis auditivas, utilizar las ayudas técnicas auxiliares para facilitar el acceso a la información auditiva, como el equipo de FM o el bucle magnético

• Las personas con discapacidad auditiva pueden no captar las ironías, bromas, dobles sentidos, así que si se trata de una broma hay que hacérselo saber.

• Las personas con problemas de audición tienen que estar informadas sobre su tratamiento, próximas citas, prescripción, etc. Y esta información deben tenerla siempre por escrito.

[11] https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/SANITASGUIABUENASPRACTICAS.pdf

• Habrá que asegurar el medio más eficaz para ponerse en contacto con la persona sorda en su domicilio (fax, correo electrónico, telefonía móvil, sms) y hacerlo constar por escrito en su ficha de datos de contacto.

3. Accesibilidad en los sistemas de emergencias sanitarias a las personas con discapacidad auditiva

En Andalucía se garantiza en el Sistema Sanitario Público de Andalucía por el art. 16 de la Ley 4/2017, a accesibilidad en los sistemas de emergencias sanitarias a las personas con discapacidad auditiva

A) Teléfono de Discapacidad y Accesibilidad[12]

El teléfono de Discapacidad y Accesibilidad presta un servicio ininterrumpido, las 24 horas del día, los 365 días del año, estando gestionado vía electrónica por Salud Responde (Consejería de Salud y Familias, de la Junta de Andalucía), con la finalidad de estar siempre disponible.

La ciudadanía podrá acceder a este servicio desde el Teléfono de Discapacidad y Accesibilidad (902 455 564) o el de Salud Responde (902 505 060), así como a través del mail saludresponde@ juntadeandalucia.es y del teléfono fax 953 018 715, servicios habilitados para aquellas personas que presenten discapacidad auditiva.

Salud Responde trabajará en coordinación con los Centros de Valoración y Orientación, a fin de que los ciudadanos que tengan algún expediente de discapacidad abierto, puedan realizar consultas específicas sobre su situación. La ciudadanía podrá obtener respuestas a sus dudas sobre Centros de Valoración y Orientación, Discapacidad y Grados de discapacidad, Tarjeta Grado de Discapacidad, tarjeta de aparcamiento, tiempos de respuesta o cambios e informe de expedientes y certificados, entre otros.

Además, en el ámbito de la discapacidad, la ciudadanía encontrará información sobre temas referentes a viviendas, transporte, comunicación, perros asistenciales y normativa, entre otras.

De esta manera, Salud Responde, amplía su cartera de servicios, sumando el Teléfono de Discapacidad y Accesibilidad a las funciones que viene realizando de gestión de citas previas con el médico de familia y pediatra; el cambio de citas con las consultas externas de los hospitales; la oferta de consejo sanitario a través del canal Salud Andalucía 24 horas; el seguimiento de altas hospitalarias durante los fines de semana de pacientes de especial riesgo; el servicio de traducción lingüística; el teléfono de información sobre tabaco, salud sexual y VIH; la libre elección de hospital; la tramitación de la segunda opinión médica; la tarjeta sanitaria; entre otras

B) Foro Inserta Responsable[13]

El Foro Inserta ha permitido la incorporación de más de 11.000 personas con discapacidad a la plantilla de empresas Inserta. Por su parte, la Fundación ONCE ha generado más de 80.000 empleos para estas personas en sus 17 años de vida, generándose un beneficio más allá de las empresas, creándose riqueza económica y social para Andalucía.

[12] http://www.epes.es/?sala-de-prensa=el-telefono-de-discapacidad-y-accesibilidad-pasa-a-ofrecer-un-servicio-ininterrumpido-las-24-horas-los-365-dias-del-ano

[13] https://juntadeandalucia.es/organismos/saludyfamilias/areas/salud-vida/adulta/paginas/ive-discapacidad.html

C) La experiencia de Aragón: Acceso a los servicios de urgencias y emergencias sanitarias para personas con discapacidad auditiva[14]

Con carácter general, la demanda de asistencia y el acceso inicial a los sistemas de atención de emergencias y urgencias sanitarias se produce mediante la comunicación telefónica a través de un número de marcación rápida como es el 061 o 112. Ambos números y el acceso al sistema de emergencias son comunes para el territorio nacional. El acceso se realiza por vía telefónica y mediante lenguaje oral. Se plantea que la población con déficit auditivo presenta dificultad para acceder al servicio por lo que los gobiernos autonómicos responsables han establecido medidas para facilitar la accesibilidad.

La accesibilidad a los servicios de emergencias sanitarias de las personas con discapacidad auditiva se realiza en Aragón por medio de un fichero al que pueden registrarse dichas personas. A su vez se dispone de un Programa conjunto del 061 y la Agrupación de Sordos de Zaragoza y Aragón, "Programa de Asistencia Urgente a Personas Sordas de Aragón (PAUSA)" que facilita el acceso a este servicio. Utilizando las nuevas tecnologías, hay que realizar estudios de cómo mejorar el acceso a estos servicios para una mayor rapidez en el acceso.

D) La experiencia de Cantabria: Acceso a los servicios de urgencias y emergencias sanitarias para personas con discapacidad auditiva[15]

El Centro de Atención a Emergencias 112 del Gobierno de Cantabria atiende a las personas con discapacidad auditiva a través de la aplicación móvil '112 Accesible', que permite informar de cualquier emergencia a través de un sistema ágil y rápido basado en pictogramas.

'112 Accesible' se ha implementado para IOS y Android. Para su funcionamiento es necesario tener conectado el GPS del teléfono, estar en zona de cobertura y darse de alta en la Federación de Asociaciones de Personas Sordas de Cantabria (FESCAN), que desde dispone de las claves de acceso para el uso de la aplicación por parte de los asociados que lo deseen

E) Propuesta de método adaptado mediante telemedicina[16]

La población sorda presenta una dificultad específica para acceder a los Servicios de Emergencia Sanitaria 061, cuya activación por el usuario se realiza telefónicamente. Las nuevas tecnologías de la información y a la comunicación pueden ayudar a superar dicha dificultad. El fax es un medio de comunicación ampliamente extendido entre la comunidad sorda, estando claramente familiarizados con su uso. La forma ideal de comunicación, mediante el fax es eminentemente gráfica usando documentos prediseñados de fácil comprensión. Otras tecnologías pueden también ser de utilidad pero tienen menor implantación.

Se ha propuesto desarrollar y validar un protocolo basado en comunicación gráfica y empleo del fax que permita a las personas sordas enviar al Servicio 061 información pertinente ante una urgencia sanitaria. Con esta información el Centro de Coordinación puede valorar la situación del Paciente, movilizar el recurso sanitario adecuado y proveer unos Consejos Sanitarios que pueden ser aplicados hasta tanto llega la asistencia, comunicando todo ello inmediatamente al usuario.

[14] https://revistamedica.com/acceso-urgencias-emergencias-discapacidad-auditiva/#:~:text=El%20Gobierno%20de%20Arag%C3%B3n%2C%20consciente,Chat%20o%20mediante%20el%20env%C3%ADo

[15] https://112.cantabria.es/conoce-el-112/preguntas-frecuentes/--se-puede-alertar-al-112-con-discapacidad-auditiva-

[16] Raya Moles, J.A., Castillo Garzón, M.J., Gómez Jiménez, F.J.: *Acceso telefónico de la población con déficit auditivo al servicio de emergencias sanitarias 061. Propuesta y validación de un método adaptado mediante telemedicina,* Granada, Tesis Doctoral, 2001. https://sid-inico.usal.es/documentacion/acceso-telefonico-de-la-poblacion-con-deficit-auditivo-al-servicio-de-emergencias-sanitarias-061-propuesta-y-validacion-de-un-metodo-adaptado-mediante-telemedicina/

El Cuestionario, los consejos y su utilización por un centro de coordinación de urgencias deben ser adecuadamente válidos. Una vez conseguida esta validación se pretende su implantación por parte de la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias 061 en el ámbito de la comunidad andaluza. Por último se establecerá el planteamiento de posibles desarrollos ulteriores.

Bajo el punto de vista metodológico, el Protocolo de Comunicación Gráfica desarrollado ha sido validado y optimizado en base a las opiniones de expertos mediante la técnica de investigación cualitativa de Grupo Nominal. Su eficacia de uso ha sido comprobada de manera experimental a través de un Periodo de Casos simulados.

Como conclusión de este trabajo, se observan importantes logros en la protección social de las personas discapacitadas en la Comunidad Autónoma de Andalucía, y en concreto en su atención sanitaria, quedando aún, un largo camino por recorrer en nuevas metas sociales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

DERECHOS HUMANOS Y DISCAPACIDAD INFORME ESPAÑA 2017, Comité de representantes de personas con discapacidad (CERMI), Ediciones Sinca, 2018.

https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/Informe%202017%201_0.pdf

FUNDACIÓN ONCE: Accesibilidad e innovación social en la atención sanitaria. Las TIC como facilitador para un uso eficiente de la sanidad: análisis de contexto y estudio de necesidades (Fases I y II), Fundación ONCE-Vía Libre; Ilunion, 2021, http://riberdis.cedd.net/bitstream/handle/11181/5956/Accesibilidad_e_innovaci%c3%b3n_social_en_la_atenci%c3%b3n_sanitaria.pdf?sequence=1&rd=0031525789783950

IMSERSO:https://www.imserso.es/imserso_01/autonomia_personal_dependencia/grado_discapacidad/index.htm

Lopez Cala, G., Sotomayor Morales, E., Grande Gascón, M.L., Calero García, M.J.: *Discapacidad y Accesibilidad Universal. La unión perfecta,* Revista Electrónica de Investigación y Docencia (REID), Monográfico 3, abril, 2018, 44-62. doi: 10.17561/reid.m3.4

López Cala, G.: La *accesibilidad en el Sistema Sanitario Público Andaluz, el caso del Distrito Sanitario de Jaén,* Tesis Doctoral, Universidad de Jaén, 12/09/2011.

Pérez García, I., Diaz Blanco, M., Nikole Arcoiza Pato, S., Herrero León, F.J.: El *derecho del usuario a la información sanitaria en la legislación español,* Ocronos Editorial Científico Técnica, 20/02/2020, https://revistamedica.com/derecho-usuario-informacion-sanitaria-legislacion-espanola/

PLAN ANDALUZ DE SALUD (IV): Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, Junta de Andalucía, 2013. https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/IV_PAS_v9.pdf

III Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad en Andalucía Diciembre 2021-2026 Borrador V2 https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2022-06/Borrador%20del%20Plan%20v2%20%2825.02.22%29.pdf

Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

9. Evaluación De La Calidad De Los Centros, Actividades Y Servicios Sanitarios Públicos De Andalucía: Accesibilidad Y Diseño Universal

Alejandro Muros Polo
Personal Investigador Predoctoral en Formación - FPU[1]
Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-6192-8481

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU BLOQUE NORMATIVO REGULADOR BÁSICO. II. LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL COMO REQUISITO NECESARIO PARA GARANTIZAR LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. I. *CONCEPTUACIÓN DE LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL Y DIFERENCIACIÓN CON FIGURAS AFINES*. A) LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL. B) EL DISEÑO UNIVERSAL O DISEÑO PARA TODOS. C) LOS AJUSTES RAZONABLES. III. ACCESIBILIDAD UNIVERSAL EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL GENERAL, COMUNITARIA E INTERNA. IV. PRINCIPALES BARRERAS Y RETOS DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN RELACIÓN CON LA DISCAPACIDAD. V. ACCESIBILIDAD EN LA NORMATIVA AUTONÓMICA ANDALUZA: ESPECIAL REFERENCIA AL SISTEMA SANITARIO ANDALUZ. VI. LAS DIFERENTES ESTRATEGIAS SOBRE LA DISCAPACIDAD Y SU INCIDENCIA EN LA ACCESIBILIDAD A LA ASISTENCIA SANITARIA. EL III PLAN DE ACCIÓN INTEGRAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA. VII. EVALUACIÓN DE LA CALIDAD DE LOS CENTROS, ACTIVIDADES Y SERVICIOS SANITARIOS PÚBLICOS DE ANDALUCÍA EN MATERIA DE ACCESIBILIDAD. VIII. CONCLUSIONES CRÍTICAS. IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU BLOQUE NORMATIVO REGULADOR BÁSICO

Se debe de partir de la base de que el derecho a la salud se erige como uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo democrático-social mundial y europeo y, por ende, como núcleo fundamental del Estado Social actual[2]. Es un derecho social fundamental de carácter primario vinculado al derecho a la vida y a la dignidad de la persona -el clásico derecho a una existencia digna de la persona-[3]. Buena prueba de ello es que con carácter general los textos internacionales en el marco de la ONU han venido reconociendo el derecho a la salud como un derecho social fundamental vinculado a la persona, lo cual muestra la proyección universalista del derecho (véase, artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales)[4].

---

[1] Ayudas para contratos predoctorales de Formación de Profesorado Universitario 2019, financiadas por el Ministerio de Universidades (FPU 2019, concesión definitiva por Orden de 7 de octubre de 2020).

[2] En este sentido, Monereo Pérez, J.L.: "La garantía jurídica del derecho social fundamental a la salud y la asistencia sanitaria", en VV.AA.: *La protección social de la salud en el marco del estado de bienestar. Una visión nacional y europea*, Moreno Vida, M.N. y Díaz Aznarte, M.T. (Dir.), Granada, Comares, 2019, pp. 11 y ss.

[3] Monereo Pérez, J.L.: "El derecho a la salud y a la asistencia sanitaria en los ordenamientos interno e internacional", en VV.AA.: *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19,* Monereo Pérez, J.L. *et al*. (Dir.) y Fernández Ramírez, M. *et al*. (Coord.), Navarra, Aranzadi, 2021, p. 133.

[4] Análisis exhaustivo en Monereo Pérez, J.L.: "Derecho a la salud: (art. 25.1 DUDH; art. 12 PIDESC)", en VV.AA.: *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,* Monereo Pérez, J.L. y Monereo Atienza, C. (Dir. y Coord.), Granada, Comares, 2014, pp. 595-623.

La Carta Social Europea garantiza, asimismo, el derecho a la protección de la salud como un derecho fundamental de solidaridad[5] a través del compromiso de los Estados de establecer medidas para eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente; establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma; y prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras, así como los accidentes (art. 11). Además, la CSE reconoce el derecho a la asistencia social y médica en el art. 13, que implica, entre otras cosas, velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado, sin sufrir disminución alguna en sus derechos políticos y sociales. Los Estados Parte deberán de disponer lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 35 también contiene un derecho a la protección de la salud que se reconoce a "toda persona", en un marcado sentido universalista, no limitado tan solo a los ciudadanos comunitarios, sino a todas las personas que se encuentren en el espacio de la Unión Europea y requieran asistencia sanitaria en cualquiera de sus manifestaciones[6]. El tenor literal del precepto dice así: "toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana".

Del mismo modo, diversos tratados internacionales también han reconocido este derecho a colectivos específicos, destacando la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 23[7]. En materia de personas con discapacidad, el tema que aquí nos ocupa, destaca la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 en su sede de Nueva York y con entrada en vigor el 3 de mayo de 2008 tras conseguir las correspondientes ratificaciones.

La CDPD -que supuso un cambio de paradigma, tras dejar atrás el modelo médico o rehabilitador, y dejar paso al modelo social o del enfoque de los derechos de las personas con discapacidad[8]- reconoce a lo largo de su articulado varias referencias a la salud de las personas con discapacidad. En este sentido, el art. 10, rubricado "derecho a la vida", declara que "los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las

[5] Moreno Vida, M.N.: "Protección de la salud y atención integral a las personas con discapacidad", en VV.AA.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Monereo Pérez, J.L. *et al*. (Dir.) y López Insua, B.M. *et al*. (Coord.), Murcia, Laborum, 2020, p. 997.

[6] Monereo Pérez, J.L.: "Artículo 35. Protección de la salud", en VV.AA.: *La Europea de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Monereo Pérez, J.L. y Monereo Atienza, C. (Dir. y Coord.), Granada, Comares, 2012, pp. 939-988.

[7] Biel Portero, I.: *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 462.

[8] Así lo reconoce la propia Exposición de Motivos 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: "La Convención supone 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". Véase, López Insua, B.M.: "La inclusión social de las personas con discapacidad desde un enfoque de derechos, principios de justicia y obligaciones generales", en VV.AA.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo,* Monereo Pérez, J.L. *et al*. (Dir.) y López Insua, B.M. *et al*. (Coord.), Murcia, Laborum, 2020, pp. 135-188. Para una explicación detallada de los paradigmas y modelos históricos de la discapacidad, cfr., Ruiz Santamaría, J.L.: *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad,* Navarra, Aranzadi, 2019.

medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás".

El art. 25 CDPD se ocupa de forma pormenorizada del derecho a la salud a través de la siguiente fórmula: "los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad". A tal fin, la CDPD exhorta a los Estados a que adopten las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. Como se puede observar la Convención vincula el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación con la accesibilidad a los servicios sanitarios, poniendo el acento sobre dos cuestiones: la perspectiva de género y la rehabilitación relacionada con la salud.

Además, el art. 25 CPDP añade que "en particular, los Estados Partes:

a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población;

b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores.

c) Proporcionarán esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales;

d) Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado;

e) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable;

f) Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad".

De forma complementaria a lo anterior, el art. 26 CDPD, rubricado "habilitación y rehabilitación", reconoce que los Estados Partes deberán adoptar las medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. "A tal fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales, de forma que esos servicios y programas:

a) Comiencen en la etapa más temprana posible y se basen en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona;

b) Apoyen la participación e inclusión en la comunidad y en todos los aspectos de la sociedad, sean voluntarios y estén a disposición de las personas con discapacidad lo más cerca posible de su propia comunidad, incluso en las zonas rurales".

Asimismo, "los Estados Partes promoverán el desarrollo de formación inicial y continua para los profesionales y el personal que trabajen en los servicios de habilitación y rehabilitación" (apartado segundo), así como "promoverán la disponibilidad, el conocimiento y el uso de tecnologías de apoyo y dispositivos destinados a las personas con discapacidad, a efectos de habilitación y rehabilitación" (art. 26.3 CDPD).

Ya en el plano del ordenamiento jurídico español es necesario destacar el art. 49 de la Constitución Española, el cual supuso un punto de inflexión en la política social de este colectivo de las personas discapacitadas, transitando de una política pasiva a una de integración social en sus diferentes vertientes. El art. 49 establece no solo un principio de igualdad de derechos y una prohibición de discriminación, sino además un principio de igualdad de oportunidades (igualdad efectiva)[9]. En este sentido, "los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos". Y uno de los derechos que precisamente reconoce este Título I es el del derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) que, recordemos, no es un mero derecho de estricta configuración legal ya que se encuentra vinculado por el estándar de garantía multinivel al que remite el art. 10.2 CE[10].

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 (en adelante, TRLGDPD)[11], del mismo modo contiene previsiones específicas relacionadas con el derecho a la salud de las personas discapacitadas. Así, en primer lugar, el art. 7 subraya el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad e insta a las Administraciones Públicas a que desarrollen medidas para alcanzar la igualdad real y efectiva, además de reconocer que dichos poderes públicos protegerán de forma especialmente intensa los derechos de las personas con discapacidad en materia de igualdad en salud y protección social, entre otras cuestiones.

En segundo lugar, el art. 8 establece un sistema especial de prestaciones sociales y económicas para el colectivo de las personas con discapacidad que incluirá: la asistencia sanitaria y prestación farmacéutica; el subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte; la recuperación profesional; y la rehabilitación y habilitación profesionales. Además, el art. 9 TRLGDPD exonera de la aportación por el consumo de la prestación farmacéutica.

[9] Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C.: "El derecho a la protección de las personas con minusvalías", en VV.AA.: *Comentario a la Constitución socio-económica de España,* Monereo Pérez, J.L. *et al.* (Dir.), Granada, Comares, 2002, pp. 1757 y ss.

[10] Véase, Rodríguez-Rico Roldán, V.: *El sistema multinivel de asistencia sanitaria: tensiones y desafíos en su articulación,* Comares, Granada, 2017.

[11] El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, refunde 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; y 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; conforme al 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.

En tercer lugar, el capítulo II del Título I TRLGDPD, rubricado "derecho a la protección de la salud", por un lado, se ocupa de reconocer en el art. 10 que "las personas con discapacidad tienen derecho a la protección de la salud, incluyendo la prevención de la enfermedad y la protección, promoción y recuperación de la salud, sin discriminación por motivo o por razón de discapacidad, prestando especial atención a la salud mental y a la salud sexual y reproductiva. Las actuaciones de las administraciones públicas y de los sujetos privados prestarán atención específica a las necesidades de las personas con discapacidad, conforme a la legislación sanitaria general y sectorial vigente".

Además, el art. 10.3 TRLGDPD incluye un mandato a las Administraciones Públicas para que, por una parte, desarrollen las actuaciones necesarias para la coordinación de la atención de carácter social y de carácter sanitario, de forma efectiva y eficiente, dirigida a las personas que por problemas de salud asociados a su discapacidad tienen necesidad simultánea o sucesiva de ambos sistemas de atención, y, por otra parte, para que promuevan las medidas necesarias para favorecer el acceso de las personas con discapacidad a los servicios y prestaciones relacionadas con su salud en condiciones de igualdad con el resto de ciudadanos.

Por otro lado, también destacan otros artículos del TRLGDPD como el art. 11 dedicado a la prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades; la garantía de equipos multiprofesionales de atención a la discapacidad en el art. 12; y el art. 13 que establece la atención integral como aquellos "procesos o cualquier otra medida de intervención dirigidos a que las personas con discapacidad adquieran su máximo nivel de desarrollo y autonomía personal, y a lograr y mantener su máxima independencia, capacidad física, mental y social, y su inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida, así como la obtención de un empleo adecuado". Atención integral que si atendemos a la definición de salud adoptada por la OMS en su Constitución[12] como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades" es plenamente coherente con el derecho a la salud de las personas con discapacidad. De este modo, los programas de atención integral comprenden: la habilitación o rehabilitación médico-funcional (art. 14); la atención, tratamiento y orientación psicológica (art. 15); educación (art. 16) y apoyo para la actividad profesional (art. 17).

En concreto, la habilitación o rehabilitación médico-funcional (art. 14), cuyo objetivo es conseguir la máxima funcionalidad de las capacidades físicas, sensoriales, mentales o intelectuales, se inicia con la detección e identificación de las deficiencias y necesidades psicosociales de cada persona y continuará hasta la consecución y mantenimiento del máximo desarrollo y autonomía posible. Para ello, se le reconoce un derecho a toda persona que presente alguna deficiencia en sus estructuras o funciones corporales o psicosociales, de la que se derive o pueda derivarse una limitación en la actividad calificada como discapacidad según lo dispuesto en esta ley, por el que se podrá beneficiar de los procesos de habilitación o rehabilitación médico-funcional necesarios para mejorar y alcanzar la máxima autonomía personal posible y poder lograr con los apoyos necesarios su desarrollo personal y participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones que las demás[13]. Estos programas se complementarán con el suministro, la adaptación, conservación y renovación de tecnologías de apoyo, prótesis y órtesis, dispositivos, vehículos, y otros elementos auxiliares para las personas con discapacidad cuyas circunstancias personales lo aconsejen.

En cuanto a la legislación sanitaria, integrada principalmente por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional

[12] Constitución de la Organización Mundial de la Salud adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados y que entró en vigor el 7 de abril de 1948.

[13] El artículo 14.3 TRLGDPD especifica que: "el proceso habilitador o rehabilitador que se inicie en servicios específicos se desarrollará en intima conexión con los centros de intervención en donde deba continuarse y proseguirá, si fuera necesario, como tratamiento domiciliario o bien en el entorno en el que la persona con discapacidad desarrolla su vida, con los recursos comunitarios existentes".

de Salud (en adelante, LSNS); y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, esta se aplica, como no podía ser de otro modo, a las personas con discapacidad por la vía del principio de la igualdad[14]. En concreto, la LSNS en su art. 7 recoge el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud que tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención. Catálogo[15] que está integrado por los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos, y que se individualiza en las siguientes prestaciones de: salud pública; atención primaria; atención especializada; atención sociosanitaria; atención de urgencias; prestación farmacéutica; prestación ortoprotésica; prestación de productos dietéticos y de transporte sanitario.

Una vez presentada la normativa básica reguladora del derecho a la protección de la salud de las personas con discapacidad, a lo largo de las siguientes páginas se abordará un estudio con el objetivo de determinar si este derecho efectivamente se cumple. Para ello se abordará un estudio de la accesibilidad universal como requisito esencial para garantizar el derecho a la protección de la salud de las personas con discapacidad y, por tanto, se analizará el propio concepto de accesibilidad universal y se diferenciará de otras figuras como las medidas de accesibilidad, el diseño universal para todas las personas y los ajustes razonables. Seguidamente, se recogerán las principales referencias normativas acerca de la accesibilidad universal en la norma internacional general, comunitaria e interna, para posteriormente determinar las principales barreras a las que siguen enfrentándose las personas con discapacidad para ejercer su derecho a la salud. Por otro lado, se desarrollará un estudio de la accesibilidad universal en la normativa autonómica, así como se presentarán las diferentes estrategias de la discapacidad en diferentes niveles, con especial atención al III Plan de Acción Integral para las personas con discapacidad en Andalucía. Por último, se abordará la importante evaluación de la calidad de los centros, actividades y servicios sanitarios públicos en relación con la accesibilidad, así como se elaborarán una serie de conclusiones críticas para responder al objetivo del estudio aquí presentado.

II. LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL COMO REQUISITO NECESARIO PARA GARANTIZAR LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

A pesar de la ingente normativa que se ocupa de reconocer el derecho a la protección de la salud de las personas con discapacidad (de forma expresa la CDPD y el TRLGDPD), es palmario que dichas personas tienen mayores dificultades en el acceso al sistema sanitario con el fin de satisfacer su derecho a la salud en general y el derecho a la asistencia sanitaria en particular[16]. En efecto, las personas con discapacidad tienen menor acceso a los servicios de asistencia sanitaria, lo cual provoca que en muchas ocasiones sus necesidades asistenciales o bien sean desatendidas, o bien que cuando

[14] Véase, entre otros, el artículo 10.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, por el que todos tienen derecho respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por su origen racial o étnico, por razón de género y orientación sexual, de discapacidad o de cualquier otra circunstancia personal o social.

[15] El catálogo de prestaciones del SNS cumple una doble función: por un lado, define y delimita, a nivel prestacional, los elementos comunes de aplicación homogénea de asistencia sanitaria en todo el sistema sanitario español; y, por otro lado, sirve de guía necesaria para los usuarios y/o pacientes del mismo, pues en este catálogo se contiene la oferta prestacional pública y las condiciones para su ejercicio, Hernández Bejarano, M.: "Reflexiones críticas sobre el catálogo de prestaciones y la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud", *Temas laborales,* N.º 88, 2007, p. 56.

[16] Véase en este mismo sentido Organización Mundial de la Salud y Banco Mundial: *Informe Mundial sobre la Discapacidad,* Ginebra, OMS, 2011.

consigan acceder al sistema sean objeto de discriminación y estigmatización, recibiendo servicios sanitarios de calidad deficiente[17].

El *Plan de acción mundial de la OMS sobre discapacidad 2014-2021: mejor salud para todas las personas con discapacidad* (adoptado por la OMS en su 66ª Asamblea Mundial de Salud) pone de relieve importantes disparidades en relación con la asistencia sanitaria de las personas con discapacidad: tienen más del doble de probabilidades de verse confrontadas con proveedores de atención de la salud insuficientemente capacitados y con instalaciones sanitarias inadecuadas; casi el triple de probabilidades de quedar privadas de asistencia sanitaria; y el cuádruple de posibilidad de recibir un tratamiento deficiente. En concreto, este Plan de la OMS fija tres objetivos fundamentales: eliminar obstáculos y mejorar el acceso a los servicios y programas de salud; reforzar y ampliar los servicios de rehabilitación, habilitación, tecnología auxiliar, asistencia y apoyo, así como la rehabilitación de ámbito comunitario; y mejorar la obtención de datos pertinentes e internacionalmente comparables sobre discapacidad y potenciar la investigación sobre la discapacidad y los servicios conexos[18].

En este sentido, aunque la mayoría de las personas con discapacidad no son ni se sienten enfermas, en la mayor parte de las ocasiones este colectivo se encuentra desprovisto de la atención a la salud más intensa que les corresponde por su discapacidad y los problemas de salud asociados a ella, como usuarios y/o consumidores más cualificados de servicios y prestaciones sanitarias. Si bien muchas personas con discapacidad no se encuentran enfermas, en muchas ocasiones la discapacidad proviene de una enfermedad previa e incluso puede dar lugar a comorbilidades que, junto con otras barreras o factores contextuales, provoca la demanda de una atención a la salud específica, adaptada a sus necesidades[19].

En efecto, se trata de un colectivo muy vulnerable con un grado de protección menor frente a las enfermedades que puedan padecer, ya sea debido a la falta de información y de resortes de alarma, o por la escasa o nula capacidad para percibir su enfermedad, como es el caso de las personas con discapacidad intelectual; ya sea porque las personas con discapacidad motora tampoco pueden fácilmente percibir su enfermedad, por carencia de movilidad y de autonomía para responder por sí solo a la alarma o por su dependencia de otras personas. De ahí que las personas con discapacidad requieran, por lo general, una atención a su salud más continuada e intensa, situándolos como usuarios más cualificados de los servicios sanitarios[20].

Como apunta la doctrina más autorizada, "en la mayor parte de las veces, la discapacidad que presenta la persona que recibe atención sanitaria no es tenida en cuenta, pues los sistemas de salud no saben cómo abordarla. La discapacidad resulta así un elemento "perturbador" para los sistemas tradicionales de salud, que introduce perplejidad e incertidumbre, en un sistema poco flexible, concebido para el canon de usuario medio"[21]. Algunos grupos, como puede ser el ejemplo paradigmático de las personas con discapacidad intelectual, son discriminados por el sistema sanitario ya que, pese a presentar más problemas de salud que la población en general, acuden con menor

[17] Nota descriptiva de la Organización Mundial de la Salud: *Discapacidad y salud*, entrada de 24 de noviembre de 2021, disponible en: https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health

[18] Moreno Vida, M.N.: op. cit., pp. 1019 y 1020.

[19] Véase las estadísticas recogidas por Organización Mundial de la Salud y Banco Mundial: op. cit., pp. 35 y ss. y Marbán Gallego, V. *et al*.: *El sector de la discapacidad: realidad, necesidades y retos futuros. Análisis de la situación de la población con discapacidad y de las entidades del movimiento asociativo y aproximación a sus retos y necesidades en el horizonte de 2020*, Rodríguez Cabrero, G. (Dir.), Madrid, CERMI, 2012, pp. 67 y ss.

[20] Beltrán Aguirre, J.L.: "La atención sanitaria a las personas con discapacidad", en VV.AA.: *Atención y protección jurídica de la discapacidad*, Beltrán Aguirre, J.L. y Ezquerra Huerva, A. (Dir.), Navarra, Aranzadi, 2015, pp. 187 y 188.

[21] Pérez Bueno, L.C.: *Discapacidad y asistencia sanitaria. Propuestas de mejora*, Madrid, CERMI, 2006, p. 8.

frecuencia a los servicios sanitarios, habida cuenta de la innumerable cantidad de barreras con las que se encuentran[22].

En este plano, una de las causas principales de la defectuosa asistencia sanitaria que se presta a la discapacidad proviene de la falta de accesibilidad (junto con el déficit de financiación del sistema público sanitario). Una falta de accesibilidad que impide el acceso a los servicios sanitarios por multitud de factores físicos (v.gr.: existencias de barreras arquitectónicas, tales como escaleras, suelos deslizantes, puertas o pasillos estrechos, etc.); sensoriales (v.gr.: inadecuados sistemas de señalización o de aviso en las salas de espera, información en imágenes o textos pequeños, falta de información en braille, ausencia de intérpretes en lengua de signos, etc.); o cognitivos (v.gr.: información inaccesible a través de mensajes confusos o pobres, excesivos tecnicismos, etc.). También se habla de barreras sociales (aquellas que en muchos casos sirven de fundamento a todas las barreras anteriores y que expresan una minusvaloración de las personas, tales como la desconsideración, el trato paternalista, etc.)[23].

1. Conceptuación de la accesibilidad universal y diferenciación con figuras afines

A rasgos generales la falta de accesibilidad a productos, entornos, servicios, bienes, derechos, etc., puede producir situaciones de discriminación o, simplemente, situaciones de insatisfacción de derechos. Es más, en el ámbito de las personas con discapacidad, la inexistencia o falta de accesibilidad en el ejercicio de sus derechos o la existencia de barreras de cualquier tipo es lo que determina precisamente la condición de persona discapacitada[24]. Se llega incluso a decir que la accesibilidad es un elemento esencial del discurso de la discapacidad, pues la discapacidad es una situación que surge por la falta de accesibilidad[25], algo que tiene mucho que ver con el modelo social de la discapacidad que ya no mira al individuo con discapacidad sino a la sociedad en su conjunto como culpable de tal condición.

En efecto, es un hecho constatable que el ejercicio efectivo de los derechos de las personas discapacitadas depende en buena medida del grado de accesibilidad de los entornos, entendidos estos en el sentido más amplio posible. En función de si un entorno reúne o no condiciones de accesibilidad, un mismo derecho reconocido normativamente, podrá ejercitarse o no por una persona, dependiendo de si esta presenta o no una discapacidad (hecho que se ha podido constatar con el análisis del derecho a la salud de las personas con discapacidad). La ausencia de accesibilidad, que frustra de ordinario el ejercicio regular de los derechos a las personas con discapacidad, se reputa en este sistema como discriminación que atenta contra la igualdad y por ende ha de ser prohibida, y las situaciones de hecho que la desencadenan, erradicadas[26].

A) La Accesibilidad Universal

Una vez que nos adentramos en la definición del término de la accesibilidad universal, esta se puede entender como la posibilidad de acceder a determinados productos, bienes o entornos, al

[22] Leturia Arrazola, F.J. et al.: "La atención sanitaria a las personas con discapacidad", *Revista Española de Discapacidad*, N.º 1, 2014, p. 152.

[23] Una clasificación general sobre las diferentes barreras de accesibilidad en De Asís Roig, R., Barranco Avilés, M.C. y Cuenca Gómez, P.: "Derechos: accesibilidad", en VV.AA.: *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad,* Lorenzo García, R. y Pérez Bueno, L.C., Navarra, Aranzadi, 2020, p. 286.

[24] Véase, el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuando se indica 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".

[25] De Asís, R.: "Sobre el sentido, contenido y configuración jurídica de la accesibilidad", *Universitas,* N.º 32, 2020, p. 8.

[26] Pérez Bueno, L.C.: "La configuración jurídica de los ajustes razonables", en VV.AA.: *2003-2012, 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna,* Madrid, Cinca, 2012, p. 181.

igual que también se puede entender como la posibilidad de ejercitar los derechos inherentes a la persona[27]. Todo ello, por supuesto, en igualdad de condiciones y de oportunidades en comparación con el resto de la población. En este sentido, el concepto de la accesibilidad ha evolucionado desde un término que se refería solamente a la mejora de los entornos físicos para eliminar cualquier barrera física o arquitectónica, hasta una concepción de la accesibilidad universal o integral que se refiere a cualquier barrera de tipo físico, cognitivo o sensorial que impida o bien el legítimo disfrute de bienes o servicios, o bien el ejercicio de derechos en igualdad de oportunidades[28].

En el plano internacional, la CDPD no define directamente el concepto de accesibilidad en su art. 2, el cual está dedicado precisamente a las definiciones. En cambio, el art. 9 CDPD sí que se refiere a este concepto por medio de un mandato que le otorga a los Poderes Públicos: "a fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales".

Por otro lado, la TRLGDPD en su artículo 2 sí que define el término de la accesibilidad, al cual añade el adjetivo "universal", en clara sintonía con lo dispuesto en la CDPD: "es la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible". Además, añade que el término de la accesibilidad universal "presupone la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse".

Definición contenida en el art. 2 TRLGDPD que ha sido modificada por la Ley 6/2022, de 31 de marzo, con el fin de resaltar la importancia de la accesibilidad cognitiva: "en la accesibilidad universal está incluida la accesibilidad cognitiva para permitir la fácil comprensión, la comunicación e interacción a todas las personas. La accesibilidad cognitiva se despliega y hace efectiva a través de la lectura fácil, sistemas alternativos y aumentativos de comunicación, pictogramas y otros medios humanos y tecnológicos disponibles para tal fin".

Accesibilidad que, como recoge expresamente el TRLGDPD, presupone el "diseño universal para todos" y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables. Dos términos, diseño universal y ajustes razonables, que actúan, por tanto, como mecanismos de expresión de la accesibilidad, con sus correspondientes diferencias.

B) El Diseño Universal o Diseño para todos

El diseño universal para la CDPD es el "diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado" (art. 2). Para el TRLGDPD el diseño universal o diseño para todas las personas "es la actividad por la que se conciben o proyectan desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, programas, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado" (art. 2.l). Diseño universal que se sitúa,

[27] Para De Asís, R.: op. cit., p. 9 la accesibilidad se puede entender en un sentido restringido cuando se proyecta sobre productos, objetos, instrumentos, herramientas, entornos, servicios, etc.; y se puede en entender en un sentido amplio cuando se proyecta sobre bienes o derechos.

[28] GYG Consultores en Tecnología S.L. y Rodríguez Porrero, C.: *Historia de la accesibilidad en España*, Madrid, CEAPAT-IMSERSO, 2014, acceso electrónico.

por tanto, en el primer plano de la accesibilidad, incluso antes de que se desarrollen los productos, servicios o se ejerciten los derechos.

Sin embargo, el término diseño universal no excluye, a pesar de que no se mencionen expresamente en la CDPD, las denominadas "medidas de accesibilidad". Se trata, en efecto, de actuaciones tendentes a corregir situaciones en las que el diseño universal no ha satisfecho de manera justificada y, por tanto, están dirigidas a convertir el producto, entorno, programa, servicio y/o derechos en utilizable, ejercible, practicable, comprensible (véase, arts. 63, 65 y 66 TRLGDPD). En definitiva, el diseño universal exige que todo sea accesible, tanto lo ya elaborado, configurado o construido, como aquello que está por elaborar, configurar o construir[29].

En este sentido, los principios básicos del diseño universal elaborados por el *Centro para el Diseño Universal de la North Columbia State University de Estados Unidos* también ayudan a comprender el uso correcto de esta técnica: (i) uso universal, para todos; (ii) flexibilidad de uso; (iii) uso simple e intuitivo; (iv) información perceptible; (v) tolerancia para el error o mal uso; (vi) poco esfuerzo físico requerido; (vii) tamaño y espacio para acercamiento, manipulación y uso[30].

C) Los ajustes razonables

Según el art. 2 CDPD, "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". En el mismo sentido el TRLGDPD en su artículo 2.m) define a los ajustes razonables como "las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos".

Con carácter general, los ajustes razonables se justifican cuando la accesibilidad no se puede satisfacer de manera universal, ya sea a través del diseño universal ya sea a través de las medidas de accesibilidad, y, por tanto, se convierten los ajustes razonables en un auténtico derecho destinado a remediar esa situación individual[31]. El sentido de los ajustes razonables reside en que muchas veces la consecución de la accesibilidad universal (incluso en su modalidad de medidas de accesibilidad) supone un objetivo arduo, oneroso y en todo caso de largo plazo -al partir de entornos preexistentes estructural y consolidadamente no accesibles que para ser transformados, si son aptos para ello, requieren de tiempos dilatados-; o bien también puede ocurrir que el diseño para todas las personas no termina de satisfacer todas las necesidades de todas las personas con discapacidad, pues la casuística es innumerable y no todo puede ser previsto y solventado de antemano sobre la base de la accesibilidad universal. Se trata, en fin, de garantías de segundo grado, que operan de forma subsidiaria, y no en todas las situaciones, pues se limitan con las cargas que se constituyan como desproporcionadas o indebidas[32].

De este modo, los ajustes pueden manifestarse a través del apoyo o la asistencia al acceso dirigida a personas concretas en situaciones igualmente concretas. Los apoyos son aquellos que: o bien son necesarios para poder disfrutar de un derecho en igualdad de condiciones (v.gr.: apoyos en el ámbito educativo o empleo con apoyo); o bien suponen la ayuda necesaria para el ejercicio de la capacidad y están relacionados, por tanto, con la toma de decisiones. La asistencia, a su vez, puede

[29] De Asís, R.: op. cit., pp. 6 y 10.

[30] VV.AA.: *Libro Verde de la Accesibilidad en España. Diagnóstico y bases para un plan integral de supresión de barreras,* Alfonso López, F. (Dir. y Coord.), Madrid, IMSERSO, 2002, p. 32.

[31] De Asís, R.: op. cit., pp. 10 y 11.

[32] Pérez Bueno, L.C.: "La configuración jurídica… op. cit., pp. 182 y ss.

manifestarse a través de tres grandes sentidos relacionados con: el ejercicio de los derechos en una vida independiente; las actividades básicas de la vida diaria, según lo que se establece en el art. 2 Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia; y la atención al desarrollo, lo cual constituye auténticos derechos (de atención temprana, atención socio-educativa y atención socio-sanitaria)[33].

III. ACCESIBILIDAD UNIVERSAL EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL GENERAL, COMUNITARIA E INTERNA

La accesibilidad, como elemento esencial para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, aparece reiteradamente en diferentes textos del plano internacional general y regional, así como nacional.

En primer lugar, la CDPD adquiere esta premisa de la accesibilidad como componente indispensable para ejercer los derechos inherentes a la persona cuando ya indica en su Preámbulo que: "observando con preocupación que, pese a estos diversos instrumentos y actividades, 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", es necesario destacar la "importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y la educación y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales". Además, si se atiende a la definición de discriminación por razón de discapacidad que aporta el art. 2 CDPD ("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"), la accesibilidad se puede entender como parte de este tipo de discriminación. Tributario de la importancia que se le concede al concepto de la accesibilidad universal es que el art. 3 de la Convención lo configura como un principio general, así como que el art. 4 lo integra dentro de las obligaciones generales para los Estados.

Como ya se ha comentado, el art. 9 CDPD dedica un artículo específico a la regulación de la accesibilidad con el fin de alcanzar tres derechos más amplios con son: el derecho a la vida independiente, a la participación en la vida social y a la igualdad de oportunidades. La CDPD expresa la obligación de que los Estados Partes garanticen el acceso al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Es destacable indicar que el hecho de que se exija que un entorno sea accesible no se debe a su titularidad pública o privada, sino a que se trata de un entorno que está dispuesto y abierto para la utilización del público[34].

Estas medidas que deben de desarrollar los Estados Partes incluirán la eliminación de obstáculos y barreras de acceso y se aplicarán a los edificios, vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo. Además, también se aplicarán a los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia. Resaltar la importancia que le concede la CDPD a la accesibilidad de las instalaciones sanitarias y a los servicios de información y comunicaciones, entre los que destacan los servicios de emergencia (sanitaria).

[33] De Asís, R.: op. cit., pp. 11 y 12.

[34] Miranda Erro, J.: "Accesibilidad universal: de las leyes a su aplicación efectiva", en VV.AA.: *Avanzando en la inclusión. Balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el Derecho español de la discapacidad*, Martínez-Pujalte, A.L. *et al*. (Dir.), Navarra, Aranzadi, 2019, pp. 73 y 74, coincidiendo con la Observación General N.º 2 sobre el art. 9 de la CDPD del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El art. 9.2 CDPD, asimismo, insta a los Estados Parte a que desarrollen las siguientes medidas (con la fórmula de "adoptarán"):

"a) Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público;

b) Asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad;

c) Ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad a que se enfrentan las personas con discapacidad;

d) Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión;

e) Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público;

f) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información;

g) Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet;

h) Promover el diseño, el desarrollo, la producción y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles en una etapa temprana, a fin de que estos sistemas y tecnologías sean accesibles al menor costo".

También se alude a la accesibilidad en otros muchos preceptos de la CDPD en relación con: el acceso a la información (arts. 9 y 21); el derecho a la vida independiente y a ser incluido en la sociedad (art. 19)[35]; la movilidad personal (art. 20); la educación (art. 24); el empleo (art. 27); la protección social (art. 28); la participación política (art. 29); o la participación en el ocio, la cultura y el deporte (art. 30).

En coherencia con el tema que se analiza el presente capítulo, destaca el art. 25 dedicado a la salud (que ya ha sido referenciado), en el que se reconoce el derecho de las personas discapacitadas a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación, y por el que los Estados Partes deberán de adoptar las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a los servicios de salud (entre otras medidas: garantizar la sanidad pública y gratuita; proporcionar los servicios de salud específicos que necesiten las personas con discapacidad; dotar de cercanía a los servicios, incluso en zonas rurales; garantizar el consentimiento libre e informado; prohibir la discriminación por discapacidad en seguros de salud y de vida; impedir que se nieguen servicios de salud o de atención o alimentos sólidos y líquidos por razón de discapacidad).

En el ámbito del Derecho social comunitario, además de las referencias del TFUE a la igualdad de oportunidades y a la prohibición de discriminación por razón de discapacidad, el art. 26 CDFUE consagra el paradigma de la integración de las personas con discapacidad[36], por el que: "la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen

[35] Destaca el apartado b) del art. 19 CDPD por el que se reconoce el derecho a que "las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta".

[36] Alenza García, J.F.: "Régimen legal de la atención y protección de las personas con discapacidad", en VV.AA.: *Atención y protección jurídica de la discapacidad,* Beltrán Aguirre, J.L. *et al*. (Dir.), Navarra, Aranzadi, 2015, pp. 41-47.

su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad". En cambio, una referencia expresa a la accesibilidad y a la eliminación de barreras se recoge en la reciente Directiva 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios, así como en la Estrategia comunitaria sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030[37], que constituye la continuación de la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020[38].

Por otro lado, en el orden constitucional español (señaladamente, art. 49 CE) no se prevé referencia expresa a la accesibilidad universal, aunque autorizada doctrina propone cuatro posibles construcciones jurídicas de la accesibilidad en relación con la Constitución: como principio jurídico, como parte del derecho a la no discriminación, como un derecho subjetivo o como parte del contenido esencial de los derechos fundamentales[39]. Incluso en cierto modo el TC en su sentencia 18/2017, de 2 de febrero, reconoce la vinculación del art. 49 con el 9.2 CE como mandato a los poderes públicos para que garanticen la plena accesibilidad de las personas con discapacidad[40].

En el plano de la legislación ordinaria española han sido varias las normas que han prestado su atención a la accesibilidad con anterioridad al TRLGDPD. En un primer momento destaca la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, que fue la primera norma que reguló la atención y los apoyos a las personas con discapacidad y sus familias e incorporó medidas de accesibilidad. Tiempo más tarde, La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad supuso una puesta al día de conceptos como discapacidad y participación y delimitó el papel del Estado como garante del derecho de igualdad de todas las personas a partir de dos mecanismos: la lucha contra la discriminación y la accesibilidad universal[41]. De hecho, es conforme a esta Ley cuando entraron en vigor los principales reales decretos reguladores de la accesibilidad en ámbitos específicos como: las relaciones con la Administración General del Estado[42]; el acceso y la utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones[43]; el acceso a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social[44]; y el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad[45].

El TRLGDPD, siguiendo la estela de la CDPD, concede un espacio esencial a la accesibilidad a lo largo de su articulado. No solo la reconoce como principio (art. 3), sino que reconoce su aplicación al conjunto de los derechos recogidos en el Título I (entre los que figura el derecho a la protección de

[37] *Comunicación de la Comisión: Una Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030, Bruselas, 3.3.2021, COM (2021) 101 final.*

[38] *Comunicación de la Comisión: Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 [COM (2010) 636 final].*

[39] Cfr., De Asís Roig, R.: "Sobre el concepto de accesibilidad universal", en VV.AA.: *Accesibilidad a los medios audiovisuales para personas con discapacidad - AMADIS 2006*, Madrid, Real Patronato sobre Discapacidad, 2007, pp. 21-23. Sobre la discusión en torno a la reforma constitucional de este precepto, véase, De Asís Roig, R.: "De nuevo sobre Constitución y discapacidad", *Universitas,* N.º 31, 2020, pp. 52-64.

[40] Moreno Brenes, P.: "Accesibilidad en materia de urbanización, edificación y vivienda", en VV.AA.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Monereo Pérez, J.L. *et al*. (Dir.) y López Insua, B.M. *et al*. (Coord.), Murcia, Laborum, 2020, pp. 343 y 344.

[41] Pérez Bueno, L.C. y Álvarez Ramírez, G.: "Los principios", en VV.AA.: VV.AA.: *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad,* Lorenzo García, R. y Pérez Bueno, L.C., Navarra, Aranzadi, 2020, pp. 171 y 172.

[42] Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado.

[43] Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones.

[44] Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social.

[45] Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad.

la salud) y en relación con determinados ámbitos de aplicación: "a) Telecomunicaciones y sociedad de la información; b) Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación; c) Transportes; d) Bienes y servicios a disposición del público; e) Relaciones con las administraciones públicas, incluido el acceso a las prestaciones públicas y a las resoluciones administrativas de aquellas; f) Administración de justicia; g) Participación en la vida pública y en los procesos electorales; h) Patrimonio cultural, de conformidad con lo previsto en la legislación de patrimonio histórico, siempre con el propósito de conciliar los valores de protección patrimonial y de acceso, goce y disfrute por parte de las personas con discapacidad; i) Empleo" (art. 5 TRLGDPD).

En concreto, el TRLGDPD concede mayor protagonismo a la accesibilidad en relación con el derecho a la vida independiente (capítulo V) y, por tanto, con el derecho a participar plenamente en todos los aspectos de la vida. Para ello, el art. 22 otorga a los poderes públicos un mandato por el que adoptarán las medidas pertinentes para asegurar la accesibilidad universal, en igualdad de condiciones con las demás personas, en los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, así como los medios de comunicación social y en otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales[46].

Es más, el art. 23 TRLGDPD dispone que el Gobierno, con respeto de las competencias atribuidas a las comunidades autónomas y municipios[47], regulará las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación que garanticen los mismos niveles de igualdad de oportunidades a todas las personas con discapacidad en todas las áreas contenidas en el mencionado art. 5 (por supuesto, normas básicas que se aplicarán a todas las comunidades autónomas y que podrán ser mejoradas por la legislación autonómica y local)[48]. El mismo artículo 23 indica que se incluirán los siguientes elementos comunes a las condiciones básicas -dirigidas estas a prevenir o suprimir discriminaciones, así como para compensar desventajas o dificultades- con independencia del ámbito específico:

"a) Exigencias de accesibilidad de los edificios y entornos, de los instrumentos, equipos y tecnologías, y de los bienes y productos utilizados en el sector o área. En particular, la supresión de barreras a las instalaciones y la adaptación de equipos e instrumentos, así como la apropiada señalización en los mismos.

b) Condiciones más favorables en el acceso, participación y utilización de los recursos de cada ámbito o área y condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas.

c) Apoyos complementarios, tales como ayudas económicas, productos y tecnologías de apoyo, servicios o tratamientos especializados, otros servicios personales, así como otras formas de apoyo personal o animal. En particular, ayudas y servicios auxiliares para la comunicación, como sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, sistemas de apoyo a la comunicación oral y lengua de signos, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación.

d) La adopción de normas internas en las empresas o centros que promuevan y estimulen la eliminación de desventajas o situaciones generales de discriminación a las personas con discapacidad, incluidos los ajustes razonables.

[46] La disposición adicional cuarta TRLGDPD reconoce que la AGE promoverá, en colaboración con otras administraciones públicas y con las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias, la elaboración, desarrollo y ejecución de planes y programas en materia de accesibilidad y no discriminación. En virtud de esta disposición, que ya se contenía en la anterior normativa, se aprobó el I Plan Nacional sobre Accesibilidad 2004-2012, elaborado por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales en 2004. Asimismo, el apartado dos de la disp. adicional 4ª exhorta al Gobierno para que en un plazo de un año elabore el siguiente plan, plazo que se ha incumplido ya que el II Plan Nacional de Accesibilidad 2022-2030 todavía está en proceso de elaboración.

[47] Sobre esta posibilidad, Moreno Brenes, P.: op. cit., pp. 351 y 352.

[48] Alenza García, J.F.: op. cit., p. 63.

e) Planes y calendario para la implantación de las exigencias de accesibilidad y para el establecimiento de las condiciones más favorables y de no discriminación.

f) Recursos humanos y materiales para la promoción de la accesibilidad y la no discriminación en el ámbito de que se trate".

Asimismo, se presta especial atención a la accesibilidad cognitiva en el art. 29.bis TRLGDPD (referencia incorporada por la Ley 6/2022, de 31 de marzo), entendiendo que sus condiciones básicas de accesibilidad son "son el conjunto sistemático, integral y coherente de exigencias, requisitos, normas, parámetros y pautas que se consideran precisos para asegurar la comprensión, la comunicación y la interacción de todas las personas con todos los entornos, productos, bienes y servicios, así como de los procesos y procedimientos". Condiciones básicas que se extenderán a todos los ámbitos del art. 5.

Sin ánimo de exhaustividad, se procede a detallar la normativa aplicable de aquellos ámbitos específicos de accesibilidad más importantes en relación con el acceso a los servicios sanitarios. Sin perjuicio de que otros aspectos no analizados, como la normativa de accesibilidad de transportes, que también es enormemente útil e influye en el acceso a los sistemas de salud y que participa en el concepto de la cadena de accesibilidad.

En cuanto a los espacios públicos urbanizados y edificaciones y sus requisitos de accesibilidad, la regulación parte del art. 25 TRLGDPD que establece los plazos de exigibilidad máximos (por remisión a la disposición adicional tercera y que finalizaron el 4 de diciembre de 2017)[49]. El art. 26 TRLGDPD, a su vez, especifica que "las normas técnicas sobre edificación incluirán previsiones relativas a las condiciones mínimas que deberán reunir los edificios de cualquier tipo para permitir la accesibilidad de las personas con discapacidad. Todas estas normas deberán ser recogidas en la fase de redacción de los proyectos básicos, de ejecución y parciales, denegándose los visados oficiales correspondientes, bien de colegios profesionales o de oficinas de supervisión de las administraciones públicas competentes, a aquellos que no las cumplan". Estas previsiones son desarrolladas reglamentariamente en el Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones, con el fin de hacer efectiva la igualdad de oportunidades y la no discriminación de las personas con discapacidad. Además, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación recoge entre sus requisitos básicos de la edificación la accesibilidad, "de tal forma que se permita a las personas con movilidad y comunicación reducidas el acceso y la circulación por el edificio en los términos previstos en su normativa específica" (art. 3). Por último, el Código Técnico de la Edificación[50] también establece en el art. 12 las exigencias básicas de seguridad de utilización y accesibilidad, consistente en "reducir a límites aceptables el riesgo de que los usuarios sufran daños inmediatos en el uso previsto de los edificios, como consecuencia de las características de su proyecto, construcción, uso y mantenimiento, así como en facilitar el acceso y la utilización no discriminatoria, independiente y segura de los mismos a las personas con discapacidad" (aspectos desarrollados por el *Documento Básico-SUA. Seguridad de utilización y accesibilidad*)[51].

En el ámbito de los productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social, además del art. 24 TRLGDPD y el Real Decreto 1494/2007, de 12 de

[49] Además, el art. 25.2 TRLGDPD establecía un plazo de dos años para realizar estudios integrales sobre la accesibilidad a los espacios públicos urbanizados y edificaciones, mandato que ha sido cumplido a través del informe: Real Patronato sobre Discapacidad*: Estudio de accesibilidad universal en espacios públicos urbanizados y en la edificación en España, 2017*, Madrid, RPD, 2017.

[50] Véase, Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación y sus sucesivas modificaciones, entre las que destaca el Real Decreto 173/2010, de 19 de febrero, por el que se modifica el Código Técnico de la Edificación, aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, en materia de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad.

[51] Para un mayor análisis de la normativa, véase, De Asís Roig, R., Barranco Avilés, M.C. y Cuenca Gómez, P.: op. cit., pp. 287-292.

noviembre, destaca el Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público, donde se establece el conjunto de principios y técnicas que se deben respetar al diseñar, construir, mantener y actualizar los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles con el fin de garantizar la igualdad y no discriminación en el acceso de las personas usuarias (particularmente personas con discapacidad o personas mayores)[52]. Última regulación que parte de la Directiva (UE) 2016/2102, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, y que es fundamental para garantizar el acceso de las personas con discapacidad a las *Apps* dedicadas a la salud (también llamadas *m-Health*)[53].

En cuanto al acceso a los bienes y servicios a disposición del público, entre los que se encuentran, lógicamente, los servicios sanitarios, es necesario partir del art. 29 TRLGDPD por el que "todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o en el privado, suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar, estarán obligadas, en sus actividades y en las transacciones consiguientes, al cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por motivo de o por razón de discapacidad". No obstante, el desarrollo reglamentario de las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación en el ámbito de los bienes y servicios a disposición del público no se ha producido por parte del Gobierno, incumpliendo el plazo de dos años previsto en la disposición final tercera TRLGDPD (al igual que ocurrió con el plazo predispuesto en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre). Omisión posiblemente motivada por la amplitud que debe tener esta regulación, por la complejidad de las cuestiones implicadas y sectores afectados (servicios de salud, seguros, servicios bancarios, ocio, cultura, deporte, etc.), así como por su evidente impacto en el ámbito privado[54]. Reglamento que se encuentra a la espera de aprobación tras el recurso contencioso-administrativo que presentó el CERMI con el objeto de que se obligara al Gobierno a elaborar esta reglamentación, y que fue estimado por la STS 384/2019, de 20 de marzo[55]. Igualmente se trata de un reglamento muy importante si tenemos en cuenta los plazos de exigibilidad de la D. adicional 3ª TRLGDPD, lo cuales están vinculados a la entrada en vigor del Real Decreto.

Por último, entre otras referencias normativas a la accesibilidad es necesario citar, de un lado, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; y, de otro, 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 recoge la obligación de las Administraciones Públicas competentes en materia de sanidad de dotar de servicios de intérpretes en lengua de signos, siempre que así se solicite previamente por los usuarios, así como deberán promover los medios de apoyo a la comunicación oral de los usuarios (también se adoptarán las medidas respectivas en las campañas informativas y preventivas en materia de salud para que sean accesibles a personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas). Por otro lado, entre la legislación sanitaria, destaca el art. 23 y 28 de la LSNS que reconoce como garantías de las prestaciones sanitarias tanto la accesibilidad en general, como la calidad y servicios de referencia, expresando que "la accesibilidad de los centros, servicios y prestaciones de carácter sanitario para personas con discapacidad constituye un criterio de calidad que ha de ser garantizado por el Sistema Nacional de Salud". Asimismo, en referencia al diseño universal "los centros sanitarios de nueva creación deberán cumplir las normas vigentes en materia de promoción de la accesibilidad y de eliminación de barreras de todo tipo que les sean de aplicación". Y en materia de medidas de accesibilidad: "las Administraciones públicas sanitarias promoverán programas para la eliminación de barreras en los

[52] Moreno Brenes, P.: op. cit., pp. 356-358.

[53] Véase otras referencias a la accesibilidad en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

[54] De Asís Roig, R., Barranco Avilés, M.C. y Cuenca Gómez, P.: op. cit., 312.

[55] Un análisis en Morcillo Moreno, J.: "El reto de la accesibilidad y su incumplimiento por los poderes públicos: consecuencias de la inactividad reglamentaria", *Revista de Administración Pública*, N.º 210, 2019, pp. 287-318.

centros y servicios sanitarios que, por razón de su antigüedad u otros motivos, presenten obstáculos para los usuarios con problemas de movilidad o comunicación".

IV. PRINCIPALES BARRERAS Y RETOS DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN RELACIÓN CON LA DISCAPACIDAD

Tal y como ya se ha mencionado, la falta de accesibilidad es lo que determina precisamente la configuración de la discapacidad. Según el modelo social, la causa del problema de la discapacidad no reside en las limitaciones individuales que cada persona pueda tener, sino en las limitaciones (o barreras) que impone la sociedad a la hora de prestar los servicios apropiados y de garantizar que las necesidades de estas personas sean cubiertas. De este modo, los entornos sociales y en concreto los entornos sanitarios deben de diseñarse y organizarse de modo que se adecuen a las necesidades de las personas con discapacidad. Ahora bien, la perspectiva biopsicosocial (subtipo del modelo social), que es la que se incorpora a la *Clasificación internacional del funcionamiento de la discapacidad y la salud* de la OMS en 2001 e, incluso, a la CDPD[56], recuerda que, aunque muchas personas con discapacidad no se sienten ni están enfermas, no es menos cierto que en la mayoría de los casos la discapacidad es el resultado de la interacción de un factor individual (un problema de salud) y de un factor o factores sociales[57].

Habida cuenta de lo anterior, una vez más, es necesario reseñar la importancia de eliminar o suprimir las barreras y garantizar la accesibilidad universal, en sus diferentes variantes. Según el *Libro Verde de la Accesibilidad en España* elaborado por el IMSERSO en 2002, son barreras aquellas que en el plano de los derechos dificultan su ejecución y que en el plano genérico de lo social limitan la participación del individuo, generando sensación de falta de libertad e independencia, incluso un sentimiento de inseguridad y de desvalorización que conduce a situaciones de ansiedad, desánimo en la participación y aislamiento.

El citado *Libro Verde* elabora una clasificación general de las citadas barreras que puede ser expresiva[58]:

- Barreras intrínsecas: vinculadas al conocimiento de la persona discapacitada; vinculadas a los problemas de salud; o bien a la dependencia física o psicológica que esta persona tenga respecto a terceras.
- Barreras ambientales: impuestas específicamente por las condiciones físicas del medio, tales como barreras arquitectónicas, urbanísticas, del medio natural, del transporte o relacionadas con las reglas y regulaciones.
- Barreras interactivas propias a la habilidad requerida para determinadas actividades (v.gr.: dificultad en el uso de máquinas); relativas a las necesidades de comunicación (limitaciones cognitivas o del habla, la audición o la vista).

En concreto, del estudio elaborado en el *Libro Verde* se infiere que las personas con discapacidad se enfrentan a las siguientes barreras con mayor habitualidad[59]:

- Para las personas discapacitadas físicas: desniveles en aceras, transportes, edificios con escaleras; altura de los mostradores, taquillas, cabinas telefónicas, buzones; estrechez de pasillos, ascensores, vagones de tren; puertas pesadas, giratorias, estrechas, no

[56] Moreno Vida, M.N.: op. cit., pp. 1005-1008.
[57] Beltrán Aguirre, J.L.: op. cit., pp. 178-180.
[58] VV.AA. *Libro Verde de*... op. cit., pp. 27-30 con cita en Smith, R.W.: "Leisure of disable tourists: barriers to participation", *Annals of Tourism Research,* N.º 3, 1987, pp. 376-389.
[59] Resultados resumidos en López Cala, G. *et al*.: "Discapacidad y accesibilidad universal. La unión perfecta", *Revista Electrónica de Investigación y Docencia (REID)*, Monográfico 3, 2018, pp. 52 y 53.

automáticas; aseos no adaptados en edificios y locales públicos; pavimentos rotos, nulos o demasiado resaltados; obstáculos continuos en la vía pública, fijos o móviles.

- Para las personas discapacitadas visuales: mala señalización (letra pequeña, no textos en Braille); obstáculos continuos en la vía pública, fijos o móviles; demasiada gente hace perder sus puntos de referencia; pavimentos en mal estado; cristales en puertas o en separación de ambientes; objetos situados a baja altura (papeleras, ramas de árboles); escaleras no señalizadas.
- Para las personas discapacitadas auditivas: falta de paneles y carteles informativos; deficiente comunicación con el personal (no conocen la lengua de signos); ausencia de video portero y avisadores luminosos de timbres; no hay teléfonos de texto o fax públicos; carencia de sistemas de alarma sonoros y luminosos; pocas películas y cine subtitulado.

En el ámbito específico del acceso a los servicios de salud, la OMS destaca las siguientes barreras que más dificultan el acceso, diferenciando entre[60]:

- Barreras ligas a cuestiones de actitud: prejuicios o estigmatización sobre las personas discapacitadas; falta de conocimiento por parte de los proveedores de servicios de salud acerca de los derechos y necesidades de salud de las personas con discapacidad, así como deficiente formación y experiencia profesional en la materia; ausencia de políticas que tengan en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad, como horarios de cita más prolongados y flexibles, prestación de servicios periféricos o costos reducidos para las personas con discapacidad; obstáculos referidos a la salud sexual y reproductiva de las mujeres con discapacidad ya que a menudo los operadores de la salud presuponen, erróneamente, que las mujeres con discapacidad son asexuales o inaptas para la maternidad; ausencia de demanda de opinión o participación en la prestación de servicios de salud.
- Barreras físicas: lejanía de los servicios de salud y ausencia de medios de transporte de fácil acceso; entradas de los edificios con escaleras o servicios y actividades ubicados en pisos a los que no se llega en ascensor y son inaccesibles por definición; instalaciones de aseo inaccesibles con pasillos, puertas y salas en los que no cabe un usuario en silla de ruedas o con problemas de movilidad; dificultades para utilizar muebles de altura fija, como camillas de exploración o sillas; mal iluminación de los establecimientos de salud, señalización deficiente o distribución confusa, dificultando la orientación del usuario.
- Barreras que dificultan la comunicación: escasez de material escrito o de intérpretes de lengua de signos que dificultan el acceso a las personas con deficiencia auditiva; información sobre salud o recetas médicas que no se entregan en formato accesible, como puede ser el sistema braille o papel impreso en letra grande, lo que supone una barrera para las personas con discapacidad visual; información aportada de modo complicado o con abundante jerga médica, sin emplear métodos accesibles como emplear el lenguaje sencillo o recurrir a imágenes u otras referencias visuales, lo cual provoca el difícil acceso de las personas con trastornos cognitivos a los servicios de salud.
- Barreras económicas: en los países de renta baja, más de la mitad de las personas con discapacidad no puede pagarse una atención de salud adecuada. Los servicios de transporte, medicamentos y sobre todo el costo de la consulta no pueden ser pagados por muchas personas con discapacidad.

El *Estudio de accesibilidad de los bienes y servicios a disposición del público en España de 2017*, elaborado por el Real Patronato sobre Discapacidad a raíz del mandato contenido en el

[60] Barreras que se recogen en la citada Nota descriptiva de la Organización Mundial de la Salud: *Discapacidad y salud*.

art. 29.5 TRLGDPD, parte del estudio del Observatorio Estatal de la Discapacidad titulado *Espacio socio-sanitario inclusivo* del año 2014 para esbozar el estado de la accesibilidad a la salud en España y, en concreto, sus déficits: (i) ausencia del carácter transversal de la accesibilidad universal y en la estrategia de diseño para todas las personas; (ii) subsistencia de barreras de todo tipo (arquitectónicas, de comunicación, de orientación, de comprensión y actitudinales); (iii) atención sanitaria deficiente a las mujeres con discapacidad (especialmente en relación con la atención ginecológica) por falta de medios adaptados como camillas hidráulicas, máquinas de mamografía accesibles para mujeres en silla de ruedas, etc.; (iv) falta de accesibilidad a la información y de adaptaciones para garantizar una comunicación directa con la persona, tomándose en muchas ocasiones decisiones sin tener en cuenta a la persona; (v) déficit en la accesibilidad de toda la información relativa a los derechos como pacientes y como usuarios del Sistema de Salud y de Servicios Sociales como a la historia unificada o documentos y procedimientos para prestar el consentimiento informado, habida cuenta de que los sistemas de información y comunicación son de difícil comprensión e interpretación ya que no se incorpora la lectura fácil u otras adaptaciones; (vi) inadecuación del medio de transporte sanitario, sobre todo en el medio rural, que afecta en mayor medida a las personas con limitación funcional motora (en especial personas usuarias de sillas de ruedas electrónicas) y a personas con discapacidad intelectual, ya que muchas de ellas no tienen permiso de conducir (se añade que la dotación de ambulancias es bastante deficitaria en algunos territorios, sobre todo para traslados para una necesidad esporádica no urgente, y que existe falta de formación en el personal encargado del transporte sanitario); (vii) respuestas no adaptadas a las necesidades específicas de apoyo y atención, como pudiera ser en tiempos, protocolos, dispositivos de apoyo, intervalos de tiempos en la atención superiores a los necesarios para una adecuada atención, etc.; (viii) falta de accesibilidad en Lengua de Signos Española a través de servicios de interpretación u otros sistemas tecnológicos; (ix) sistemas de citación a través de pantallas pero que no locutan ni hacen visible la numeración, así como carencia de señalización en braille o a través de sistemas luminosos, además de megafonía que no se escucha nítidamente; (x) estancias de más de una hora en espera a niños y niñas con limitaciones funcionales cognitivas de muy diversa tipología que, por sus características, deberían tener un acceso preferente a consultas en atención primaria; (xi) en personas con limitaciones funcionales para la movilidad las consultas (oftalmológicas, odontológicas, ginecológicas…) no están adaptadas a sus necesidades, ni disponen de personal de apoyo para realizar transferencias y facilitar el vestido/desvestido de la persona en aquellos casos que fuese necesario; (xii) en la mayoría de los centros sanitarios no existen en las zonas de espera sillas adaptadas para personas con discapacidad[61].

El Real Patronato sobre Discapacidad en este mismo estudio realiza una encuesta para valorar la accesibilidad en temas sanitarios, algo que para el propio órgano resulta novedoso habida cuenta de los escasos estudios en la materia. Sobre la valoración de la accesibilidad la media se sitúa en 5,6 sobre 10 para los centros de atención sanitaria y en 5,5 sobre 10 para el caso de los hospitales. De los datos extraídos se puede observar que el colectivo que peor puntúa la accesibilidad es la persona con discapacidad visual (3,9 en centros de salud o de especialidades y 4,4 en hospitales), mientras que las personas con discapacidades mental y orgánica otorgan las valoraciones más positivas. En cuanto a las dimensiones de accesibilidad (se valora, además de las mencionadas a continuación, la información sobre accesibilidad y la atención personalizada), la que obtiene una menor valoración es el uso de los espacios, productos o servicios en igualdad de condiciones que el resto de usuarios, mientras que la valoración más alta la obtiene el acceso, desplazamiento y localización de espacios[62]. En todo caso, la valoración media se sitúa en torno al 5,5, dato que puede mostrar avances pero que todavía queda muy lejos de garantizar la accesibilidad universal, sobre todo si tenemos en cuenta los altos estándares de exigencia en materia de accesibilidad que ordena la legislación.

[61] Real Patronato sobre Discapacidad: *Estudio de accesibilidad de los bienes y servicios a disposición del público en España de 2017,* Madrid, RPD, 2017, pp. 34 y 35.

[62] *Ibidem,* véase, figura 10, tabla 11 y 12 en pp. 73 y 74.

Otro estudio, elaborado por la Fundación ONCE y Vía Libre[63], no difiere mucho del anterior al analizar los datos obtenidos de una encuesta online (la puntuación ronda el 6 sobre 10 cuando se valora la consulta médica, las pruebas diagnósticas, las urgencias y la hospitalización) y de diferentes grupos de discusión, tanto con personas usuarias con discapacidad, así como con profesionales del sector sanitario. A modo de conclusiones: (i) se resalta la importancia de que los servicios y procesos sanitarios sean plenamente usables por cualquier persona independientemente de sus capacidades (desde la concertación de una cita, la utilización de los espacios sanitarios, pasando por la comunicación con los profesionales médicos, etc.); (ii) localizar las consultas, utilizar los sistemas de gestión de turnos y/o acceder a la consulta desde la sala de espera son los momentos en los que los usuarios tienen mayores dificultades, y especialmente las personas discapacidad visual o auditiva ya que, por ejemplo, en muchas ocasiones dichas personas no tienen posibilidad en la sala de espera de saber cuándo y dónde les toca pasar; (iii) el entorno de las urgencias es uno de los espacios menos accesible por sus valoraciones, sobre todo en los momentos anteriores y posteriores al triaje; (iv) las carencias de accesibilidad física en los centros de salud y hospitales siguen encontrándose, por la falta de adecuación de la altura de mostradores, la ausencia de grúas o camillas adaptadas, pasillos estrechos o falta de señalización; (v) sigue sin garantizarse el acceso la información por parte de los usuarios de los servicios de salud en situación con discapacidad mediante sistemas de lectura fácil, braille, lengua de signos, medios de apoyo a la comunicación oral, entre otros, ya que la información antes de las pruebas, los consentimientos informados o los informes únicamente se facilitan en texto y con un lenguaje a veces demasiado técnico que no todas las personas pueden entender; (vi) el servicio de atención personal ofrecido por los centros de salud u hospitales más demandado es el de acompañamiento a pacientes, aunque las personas con discapacidad suelen recurrir a familiares o asistentes personales; (vii) las personas sordas signantes tienen muchas dificultades para comunicarse con el personal sanitario ya que existe una carencia de intérpretes de lengua de signos; (viii) las personas con discapacidad que han participado en el estudio manifiestan que aún hay bastantes barreras actitudinales del personal sanitario por falta de conocimiento o formación (más del 50% de los profesionales del ámbito sanitario que han participado en la consulta declaran que no han recibido ningún tipo de formación sobre accesibilidad)[64].

Una última barrera de accesibilidad que merece nuestra atención es la relacionada con la brecha digital, no solo en el acceso, sino en el uso, esto es, en las capacidades y habilidades que se necesitan para manejar correctamente las TIC, en relación con la salud según el caso aquí expuesto. Brecha digital que ha sido más palpable con la revolución en materia de *eSalud* a causa de la COVID-19, con mayor uso de las aplicaciones relacionadas con la salud, las tele-consultas, etc. Para algunos autores[65], las aplicaciones de salud digital y telemonitorización deben de tener en cuenta las siguientes consideraciones para con las personas con discapacidad: (i) lectores de pantalla, contraste de colores, cambio del tamaño de fuente, etc. que emplean las personas ciegas y con dificultades visuales; (ii) programas de reconocimiento de voz, botones grandes, etc., que emplean personas con dificultades de motricidad fina/destreza manual; (iii) alternativa a los avisos acústicos mediante vibración, mensajes de textos; (iv) en general, necesidad de facilidad de comprensión y de uso, tolerancia al error, que necesitan los distintos perfiles, incluyendo a las personas mayores; (v) el uso de dispositivos "wereables" para el uso de aplicaciones en salud plantea requerimientos de diseño específicos para proporcionar la máxima autonomía personal en su manejo a los diferentes perfiles. No obstante, estas condiciones de accesibilidad a las aplicaciones y plataformas digitales relacionadas

[63] Fundación ONCE y Vía Libre: *Accesibilidad e innovación social en la atención sanitaria. Las TIC como facilitador para un uso eficiente de la sanidad,* 2020, documento electrónico disponible en: https://biblioteca.fundaciononce.es/publicaciones/colecciones-propias/coleccion-accesibilidad/accesibilidad-e-innovacion-social-en-la

[64] *Ibidem,* tabla 21, p. 43.

[65] Bascones Serrano, L.M. *et al*.: *Accesibilidad en las aplicaciones y dispositivos de telemonitorización de la salud. Un acercamiento a la realidad*, Fundación ONCE para la Cooperación e Inclusión Social de Personas con Discapacidad, 2021, pp. 20 y 21, disponible en: https://biblioteca.fundaciononce.es/publicaciones/colecciones-propias/coleccion-accesibilidad/accesibilidad-en-las-aplicaciones-y-0

con la salud se incumplen en la mayoría de las ocasiones, lo cual dificulta considerablemente el acceso a la protección de la salud de las personas con discapacidad[66].

V. ACCESIBILIDAD EN LA NORMATIVA AUTONÓMICA ANDALUZA: ESPECIAL REFERENCIA AL SISTEMA SANITARIO ANDALUZ

La accesibilidad universal también ha penetrado en la legislación de las diferentes comunidades autónomas[67]. En Andalucía, la norma fundamental en materia de accesibilidad reside en la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía. Norma que sustituye a la anterior (la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con discapacidad en Andalucía) y que se promulga con el fin de incorporar los nuevos planteamientos basados en el enfoque de garantía de los derechos de la CDPD de la ONU.

De este modo, desde el mismo art. 1 de la Ley 4/2017, dedicado a su objeto, se incorpora la condición de la accesibilidad universal como principio, pues la Ley pretende "impulsar el desarrollo de una sociedad inclusiva y accesible que permita a las personas con discapacidad, poniendo un énfasis especial en la situación de mujeres y niñas, el pleno desarrollo de sus capacidades en igualdad de oportunidades con el resto de la ciudadanía". El art. 4 incorpora entre sus definiciones la accesibilidad universal, el diseño universal o diseño para todas las personas, así como los ajustes razonables en idénticos términos a los que se recogen en el TRLGDPD. No obstante, la Ley 4/2017 sí que define expresamente la accesibilidad cognitiva como "la propiedad que tienen aquellos entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos que resultan de comprensión o entendimiento sencillos para las personas con discapacidad intelectual", así como recoge una previsión específica acerca de los apoyos complementarios como "aquella condición básica de accesibilidad y no discriminación que incluye ayudas económicas, productos y tecnologías de apoyo, servicios o tratamientos especializados, otros servicios personales, así como otras formas de apoyo personal o animal", especificando que en particular se refiere a "ayudas y servicios auxiliares para la comunicación, como sistemas aumentativos y alternativos, braille, dispositivos multimedia de fácil acceso, sistemas de apoyo a la comunicación oral y lengua de signos, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación". Como se puede observar, la legislación autonómica en comparación con la normativa estatal ha prestado más atención a la accesibilidad cognitiva (esta se ha incorporado al TRLGDPD por la Ley 6/2022, de 31 de marzo), al igual que ha detallado más los apoyos complementarios.

Asimismo, el art 5 de la Ley 4/2017 recoge entre sus fines, además de garantizar la igualdad de oportunidades y garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, "facilitar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, al transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y la comunicación, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público"; "promover el valor de la accesibilidad universal como factor de calidad de vida en la sociedad andaluza" y "promover un aprendizaje inclusivo y reducir las desigualdades en salud de las personas con discapacidad". De forma significativa, el art. 6 sitúa entre los principios de actuación de la Administración Pública de Andalucía a la hora de fijar sus políticas públicas dirigidas a las personas con discapacidad la accesibilidad universal.

En lo que aquí respecta, el Título III de la presente Ley se ocupa de la salud. En este sentido, el art 15, bajo la rúbrica "protección del derecho a la salud", establece que "las Administraciones Públicas de Andalucía, para garantizar el derecho a la salud de las personas con discapacidad y promover su nivel más alto de salud y bienestar (expresión análoga a la recogida en la CDPD), prevenir situaciones de discapacidad o su agravamiento, desarrollarán y establecerán programas,

[66] En este sentido, Bascones Serrano, L.M. *et al*.: op. cit., p. 24 y Fundación ONCE y Vía Libre: op. cit., p. 44 y 48.

[67] En Moreno Brenes, P.: op. cit., pp. 348-351 se recogen sintéticamente las principales referencias legislativas en materia de accesibilidad de las diferentes comunidades autónomas.

procesos asistenciales y actuaciones específicas". Y de forma contundente en su apartado segundo se expone que "los servicios de salud o de atención a la salud asegurarán la accesibilidad a las personas con discapacidad".

El art. 16, dedicado a las medidas del sistema sanitario público de Andalucía, recoge las siguientes medidas particularmente significativas desde el punto de vista de la accesibilidad: (i) asegurar la dotación de los medios, apoyos y recursos, así como la realización de los ajustes razonables necesarios en los programas de salud pública y de atención sanitaria para tener en cuenta las necesidades individuales de las personas con discapacidad (teniendo en cuenta el enfoque de género y a las personas con mayores necesidades de apoyo, formando sobre pautas de atención e interacción con personas con especiales dificultades sociales y comunicativas); (ii) realización de los ajustes necesarios en la gestión sanitaria, recursos de información y emergencias, que faciliten la accesibilidad al sistema sanitario de las personas con discapacidad con especiales necesidades y de sus personas cuidadoras; (iii) garantizar que la información y el consentimiento en el ámbito sanitario resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad de acuerdo con el principio del diseño universal, incluidas las adaptaciones a lectura fácil y comprensible, así como con las medidas de apoyo necesarias; (iv) incluir la accesibilidad y el diseño universal entre los estándares o criterios a tener en cuenta en la evaluación de calidad de los centros, actividades y servicios sanitarios públicos de Andalucía; o bien (v) garantizar la accesibilidad en los sistemas de emergencias sanitarias a las personas con discapacidad auditiva.

El Título VIII, denominado "de la vida independiente, de la accesibilidad universal y el diseño para todas las personas", en un esquema similar al TRLGDPD, reconoce los preceptos que se dedican especialmente a la accesibilidad en diferentes ámbitos: espacios públicos urbanizados y edificaciones; espacios naturales; instalaciones temporales de espectáculos públicos, actividades recreativas y, en general, de cualquier otra actividad de carácter cultural o social; medios de transporte público; acceso y utilización de bienes y servicios a disposición del público; relaciones con las Administraciones Públicas de Andalucía; perros de asistencia. De este modo, "las Administraciones Públicas de Andalucía promoverán el derecho de las personas con discapacidad a llevar una vida independiente, y participar plenamente en todos los ámbitos sociales a través de la adopción de medidas de accesibilidad universal, y diseño para todas las personas", teniendo en cuenta asimismo en el diseño para todas las personas aquellas con capacidades o funcionalidades diferentes a las de la mayoría (art. 44.1 Ley 4/2017).

Al igual que se reconoce en la legislación estatal, "la Administración de la Junta de Andalucía regulará, sin perjuicio de las condiciones básicas estatales, incluyendo los apoyos complementarios, las condiciones de accesibilidad y no discriminación a los diferentes entornos físicos y a la información y comunicación, bienes, productos y servicios, que permitan su uso por el mayor número de personas posible, con independencia de cuáles sean sus capacidades funcionales y garantizando la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad" (art. 45).

Así, entre los diversos ámbitos específicos de accesibilidad, el que ha tenido más desarrollo en la normativa autonómica (y que mayor relación tiene con el acceso a los servicios de salud[68]) son las condiciones básicas autonómicas dedicadas a los espacios públicos urbanizados y edificaciones, esbozadas en el art. 46 de la Ley 4/2017 y desarrolladas por el Decreto 293/2009, de 7 de julio, por el que se aprueba el reglamento que regula las normas para la accesibilidad en las infraestructuras, el urbanismo, la edificación y el transporte en Andalucía.

En coherencia con lo anterior, el art. 46 establece que las edificaciones de uso público y privado deberán de cumplir las condiciones de accesibilidad universal y diseño para todas las personas. En este

[68] El art. 50 Ley 4/2017, dedicado al acceso y utilización de bienes y servicios a disposición del público, a diferencia de lo dispuesto en la normativa nacional, solo se ocupa de la venta de bienes a través de máquinas expendedoras o suministradoras automáticas y sus requisitos de accesibilidad.

sentido, "el cumplimiento de las condiciones de accesibilidad será exigible para el visado y supervisión de los proyectos y documentos técnicos cuando sean exigibles conforme a la normativa vigente, así como para la aprobación de los instrumentos de planeamiento, proyectos y documentos técnicos, para la concesión de las preceptivas licencias de edificación y uso del suelo y para el otorgamiento de cualquier concesión, calificación o autorización administrativa que tenga por objeto actuaciones en espacios públicos urbanizados o edificaciones que estén sujetas a la normativa de accesibilidad" (art. 46.2). Como se decía, el Decreto 293/2009, de 7 de julio, es donde se detallan, entre otras, las condiciones de accesibilidad de las edificaciones y, por tanto, de los centros dedicados a la asistencia sanitaria (véase, el Capítulo I del Título II del citado Decreto, dedicado a la accesibilidad en los edificios, establecimientos e instalaciones, así como al anexo III, tabla 3, en el que se desarrollan los requisitos técnicos de accesibilidad específicos para hospitales y clínicas, para centros de atención primaria y de especialidades y para centros de rehabilitación)[69].

Junto con la anterior legislación, destaca la Ley 11/2011, de 5 de diciembre, por la que se regula el uso de la lengua de signos española y los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y con sordoceguera en Andalucía, que desarrolla lo establecido en la Ley 27/2007, de 23 de octubre a nivel autonómico. Su objeto es regular las medidas necesarias para garantizar y hacer efectivo en Andalucía el respeto, protección, enseñanza y uso en condiciones de igualdad de la lengua de signos española, como lengua de aquellas personas que decidan libremente utilizarla, así como de la lengua oral a través de los medios de apoyo a la comunicación oral (art. 1). Es más, "la LSE y los medios de apoyo a la comunicación oral, a efectos de esta Ley, se consideran condición básica de accesibilidad y no discriminación para las personas con discapacidad auditiva usuarias, bien de la lengua de signos, bien de la lengua oral en Andalucía, tanto en su acceso a la información, en la comunicación como en las telecomunicaciones, en todos los ámbitos de participación". Sin ánimo de exhaustividad, la accesibilidad universal y el diseño para todos y todas en materia de LSE y medios de apoyo a la comunicación oral[70] se incorporan como principios generales (art. 7), así como en materia de salud (uno de los ámbitos de aplicación de la Ley *ex* art. 4, integrada dentro de los bienes y servicios a disposición del público) se reconoce que "la Administración sanitaria adoptará las siguientes medidas para el acceso a la salud en igualdad de oportunidades: a) potenciar la formación en LSE del personal de la Administración sanitaria; b) promover la accesibilidad tanto a los servicios sanitarios como a los planes, procesos y programas, mediante la incorporación de ayudas técnicas y la tecnología necesaria" (art. 11).

Por otro lado, también destaca la Ley 11/2021, de 28 de diciembre, por la que se regulan los perros de asistencia a personas con discapacidad en Andalucía. Una Ley que, en el ámbito que aquí interesa, se ocupa de regular el derecho de acceso de las personas con discapacidad usuarias de perros de asistencia al entorno que, entre otros lugares, se reconoce para los centros sanitarios y sociosanitarios (art. 7.j), a excepción de quirófanos, zonas de cuidados intensivos y cualquier otra área de un centro sanitario que, por su función o por las condiciones de salud de las personas que se atienden, deba mantener unas condiciones higiénicas especiales (art. 11.b). De hecho, "esta limitación no podrá extenderse, en ningún caso, a las áreas de los centros sanitarios en las que se permita el acceso general o las visitas en los horarios establecidos" (art. 11.b).

En cuanto a la legislación sanitaria andaluza, de un lado, la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía incorpora referencias poco precisas en torno a la accesibilidad de las

[69] También puede consultarse el *Documento técnico sobre el Decreto Andaluz de Accesibilidad*, elaborado por el Departamento de Accesibilidad de la Dirección General de Personas con Discapacidad de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía en abril de 2012.

[70] "Diseño para todos y todas en materia de LSE y medios de apoyo a la comunicación oral: La actividad estratégica por la que se conciben o proyectan, desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, que incluyan la LSE y los medios de apoyo a la comunicación oral, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas en Andalucía" (art. 7.e) Ley 11/2011, de 5 de diciembre).

personas con discapacidad al Servicio Andaluz de Salud. En su art. 2.1 incorpora como principio la "universalización y equidad en los niveles de salud e igualdad efectiva en las condiciones de acceso al Sistema Sanitario Público de Andalucía", que podría entenderse como una garantía de la accesibilidad de las personas con discapacidad a la asistencia sanitaria. Más allá de aquí, la accesibilidad puede subsumirse dentro del derecho a la información suficiente, adecuada y comprensible de los derechos y deberes de los ciudadanos respecto a los servicios sanitarios (art. 9.1 y 10.1); así como dentro lo que se establece en el art. 48.1: "el área de salud constituye el marco de planificación y desarrollo de las actuaciones sanitarias, debiendo disponer de la financiación y dotaciones necesarias para prestar los servicios de atención primaria y especializada, asegurando la continuidad de la atención en sus distintos niveles y la accesibilidad a los servicios del usuario". En concreto, "la zona básica de salud es el marco territorial elemental para la prestación de la atención primaria de salud, de acceso directo de la población, en el que se ha de tener la capacidad de proporcionar una asistencia continuada, integral, permanente y accesible". Por último, entre otras referencias, el art. 52, dedicado a la atención primaria de salud, indica que esta "se prestará a demanda de la población en los correspondientes centros de salud y consultorios, bien sea de carácter programado o bien con carácter urgente, y tanto en régimen ambulatorio como domiciliario, de manera que aumente la accesibilidad de la población a los servicios".

Por último, la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía, también recoge algunas consideraciones relacionadas con la accesibilidad en materia del principio de transparencia (art. 4.f); en relación con la promoción, por las Administraciones públicas competentes, de espacios públicos que permitan realizar actividades físicas, deportivas o lúdicas, en condiciones de seguridad y accesibilidad en las ciudades y pueblos de Andalucía (art. 12.j); y en materia de accesibilidad a la información de salud pública (art. 20). También es destacable el derecho de las personas en situación de especial vulnerabilidad (entre las que figuran las personas con discapacidad) a programas de salud pública específicos o adaptados a sus necesidades especiales (art. 14), así como la vigilancia de las desigualdades en salud y en el acceso a los servicios de salud que puedan tener su origen en la discapacidad como una de las prestaciones de salud pública (art. 60.2.a).

VI. LAS DIFERENTES ESTRATEGIAS SOBRE LA DISCAPACIDAD Y SU INCIDENCIA EN LA ACCESIBILIDAD A LA ASISTENCIA SANITARIA. EL III PLAN DE ACCIÓN INTEGRAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA

A lo largo de las últimas décadas se han venido desarrollando diferentes estrategias para garantizar la defensa de los derechos de las personas con discapacidad, su inclusión social y lograr la real y efectiva igualdad de oportunidades. En el ámbito de la ONU, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible plantea 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (los llamados ODS, que sustituyen a los anteriores Objetivos de Desarrollo del Milenio), entre los que figuran el N.º 3 dedicado a "Salud y bienestar", el N.º 10 dedicado a la "Reducción de las desigualdades" y el N.º 11 a las "Ciudades y comunidades sostenibles", que pueden suponer una mayor atención a la discapacidad y a la garantía de la accesibilidad. También es necesario citar el *Plan de acción mundial de la OMS sobre discapacidad 2014-2021: mejor salud para todas las personas con discapacidad.*

En el ámbito de la Unión Europea destaca la Estrategia Europea sobre Discapacidad (2021-2030)[71] que pretende superar la Estrategia de 2010-2020 y establece la accesibilidad, dentro de su conjunto de acciones e iniciativas emblemáticas, como una herramienta para ejercer los derechos y como un requisito previo para la plena participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás, marcando diferentes acciones a desarrollar por parte de la Comisión. En materia de igualdad de acceso y no discriminación, la Estrategia afirma que el número de personas con discapacidad que denuncian que no se satisfacen sus necesidades de asistencia sanitaria es 4

[71] *Comunicación de la Comisión: Una Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030, Bruselas, 3.3.2021, COM(2021) 101 final.*

veces mayor al de las personas sin discapacidad. Por ello, dedica un apartado específico al "acceso sostenible y equitativo a la asistencia sanitaria", donde se muestran las principales deficiencias en materia de accesibilidad a la asistencia sanitaria, las acciones desarrolladas y que se desarrollarán por la Comisión, así como dos mandatos dirigidos a los Estados miembros: (i) "mejorar el acceso de las personas con discapacidad a todos los servicios de asistencia sanitaria, especialmente los servicios de salud sexual y reproductiva y los servicios de prevención, en particular aplicando las orientaciones de la Comisión sobre el acceso a la asistencia sanitaria de las personas con discapacidad basadas en una asistencia sanitaria inclusiva, accesible y centrada en la persona y en el consentimiento libre e informado"; (ii) "sensibilizar y desarrollar estrategias de apoyo para los pacientes con alguna discapacidad relacionada con enfermedades raras y a buscar y analizar formas de facilitar el acceso a tratamientos de vanguardia, especialmente mediante el uso de innovaciones digitales en todos los Estados miembros".

En el plano nacional, destaca la Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020, que previsiblemente será renovada por la misma estrategia para los años 2022-2030[72]. Se trata, por tanto, de una estrategia que buscar ser el elemento troncal de una visión y una acción consolidadas a largo plazo, que sirva como marco de referencia integral y directriz para la definición de todas las políticas públicas en materia de discapacidad en España, así como del resto de políticas públicas que tengan incidencia sobre las personas con discapacidad. En este sentido, la Estrategia se divide en ámbitos primordiales de actuación (entre los que figuran la accesibilidad o la sanidad), concretados en tareas y actuaciones, que se desarrollan conforme al Plan de Acción[73], que se estructura en dos etapas de ejecución (2012-2015 y 2016-2020).

Dentro de la estrategia andaluza relacionada con la discapacidad destaca el III Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad en Andalucía[74], aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía el 22 de marzo de 2022, junto con diversos planes: I Plan Andaluz de Atención Integral para personas Menores de seis años en situación de dependencia o en riesgo de desarrollarla 2017-2020; I Primer Plan Andaluz de Promoción de la Autonomía y Prevención de la Dependencia 2016-2020; I Plan de Acción Integral para las Mujeres con Discapacidad en Andalucía 2008-2013.

Centrándonos en el III Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad en Andalucía, este se ocupa de ofrecer la línea estratégica para el desarrollo de las políticas públicas a favor de la inclusión real y plena de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la sociedad hasta 2026. El plan cuenta con 8 objetivos fundamentales que están relacionados con la reducción de tiempos y simplificación de trámites, autonomía y salud, educación y formación, inclusión social y laboral y accesibilidad universal. Estos objetivos responden, a su vez, a 4 líneas estratégicas como son: Comunicación y sensibilización, Participación e Inclusión Social, Accesibilidad universal, y Coordinación y simplificación administrativa. Para ello, se han diseñado 24 programas que abordan de manera transversal los distintos ámbitos competenciales de la Junta de Andalucía.

Y entre todos los programas es necesario resaltar el que se dedica a la "accesibilidad universal a servicios sanitarios públicos en condiciones de igualdad" (código CSAFA01) que se apoya sobre la línea estratégica de la accesibilidad universal y que busca contribuir a los siguientes objetivos estratégicos: (i) reducir el agravamiento de las situaciones de discapacidad y de dependencia y su impacto sobre la calidad de vida de las personas con discapacidad y sus cuidadoras; (ii) incrementar

[72] Tras la realización del presente escrito fue aprobada, por el Consejo de Ministros de 3 de mayo de 2022, la Estrategia española sobre discapacidad 2022-2030.

[73] *Plan de Acción de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2014-2020,* aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros del día 12 de septiembre de 2014.

[74] Este Plan sustituye al II Plan de Acción Integral para Personas con Discapacidad en Andalucía 2011-2013 y I Plan de Acción Integral para Personas con Discapacidad en Andalucía 2003-2006.

la accesibilidad universal en los edificios públicos utilizados por la Junta de Andalucía y por las entidades locales y en los edificios de viviendas, así como en los espacios y servicios públicos que se prestan a la ciudadanía.

Del mismo modo, los objetivos generales del Programa pasan por: (i) incrementar la accesibilidad cognitiva a los servicios del Sistema Sanitario Público de Andalucía; (ii) incrementar la accesibilidad a edificios e infraestructuras de asistencia primaria, hospitales y otros servicios del Sistema Sanitario Público de Andalucía. Se trata, en fin, de un programa que persigue favorecer la plena accesibilidad universal a servicios, prestaciones e infraestructuras del Sistema Sanitario Público de Andalucía de forma autónoma e independiente y en condiciones equiparables a las de acceso de personas sin discapacidad, y para ello se establecen las siguientes medidas a desarrollar:

1. Implementar actuaciones para asegurar la accesibilidad cognitiva de las personas con discapacidad intelectual y del desarrollo al Sistema Sanitario Público de Andalucía (I): Edición y distribución de pictogramas de accesibilidad cognitiva para personas con TEA y discapacidad intelectual.

2. Implementar medidas que permitan incrementar la accesibilidad arquitectónica en los centros sanitarios (I): Revisión de las actuaciones realizadas, necesidades detectadas y medidas a realizar.

3. Elaboración de documentos de información y de consentimiento en el ámbito sanitario que sean de lectura fácil y en formato comprensible a las personas con discapacidad.

4. Revisar y detectar la necesidad e implementación de medios materiales y aparatajes para el tratamiento de los diferentes tipos de discapacidad.

5. Incluir parámetros de accesibilidad y el diseño universal entre los criterios a considerar para la evaluación de calidad de los centros.

6. Fomentar la accesibilidad en los sistemas de emergencias sanitarias a las personas con discapacidad auditiva y otras discapacidades.

7. Diseñar e implantar un protocolo para la comunicación efectiva del personal sanitario con los pacientes con distintos tipos de discapacidad. Se asegurará un tratamiento especializado a aquellos colectivos especialmente vulnerables, ej: mujeres con discapacidad y personas inmigrantes con discapacidad.

8. Elaborar un Plan de formación a personal sanitario sobre accesibilidad, autoprotección y evacuación para personas mayores o con discapacidad en casos de emergencias.

9. Implantar y facilitar el uso de nuevas tecnologías en los centros sanitarios. (ej: sistema de citas de especialistas online, consultas por videollamadas para pacientes que no puedan desplazarse y que les permitan consultar determinada información). Estudio e informe que permita la implantación de diferentes medidas en función de las necesidades y los recursos.

Asimismo, el Plan también establece la financiación, temporalización, indicadores de realización e indicadores de resultados para las mencionadas medidas a desarrollar dentro del programa de accesibilidad universal a servicios sanitarios públicos en condiciones de igualdad.

VII. EVALUACIÓN DE LA CALIDAD DE LOS CENTROS, ACTIVIDADES Y SERVICIOS SANITARIOS PÚBLICOS DE ANDALUCÍA EN MATERIA DE ACCESIBILIDAD

La evaluación de la accesibilidad en relación con la asistencia sanitaria constituye un elemento fundamental pues, como se ha defendido a lo largo de estas páginas, sin una verdadera accesibilidad universal no es posible garantizar el derecho a la protección de la salud de las personas con discapacidad. En este mismo plano de importancia se sitúa el art. 16.g) de la Ley 4/2017, de 25

de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, cuando establece como una medida del sistema sanitario público andaluz "incluir la accesibilidad y el diseño universal entre los estándares o criterios a tener en cuenta en la evaluación de calidad de los centros, actividades y servicios sanitarios públicos de Andalucía". Es más, el art. 97.3 de la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía recoge que "la Administración sanitaria pública de Andalucía establecerá criterios de calidad aplicados a las webs dedicadas a la salud, entre los que figura la accesibilidad universal". Por último, no se olvide que "incluir parámetros de accesibilidad y el diseño universal entre los criterios a considerar para la evaluación de calidad de los centros" constituye una de las medidas a desarrollar por el programa dedicado a la "accesibilidad universal a servicios sanitarios públicos en condiciones de igualdad" del III Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad de Andalucía.

En este sentido, la observancia de las normas UNE 170001-1:2007 ("Accesibilidad Universal. Parte 1: Criterios DALCO para facilitar la accesibilidad en el entorno") y, sobre todo, UNE 170001-2:2007 ("Accesibilidad Universal. Parte 2: Sistema de gestión de la accesibilidad"), ambas de 19 de diciembre de 2007, pueden suponer la obtención del Certificado AENOR de Accesibilidad Universal registrada tras una evaluación positiva de la calidad de la accesibilidad universal en el centro sanitario.

En concreto, los criterios DALCO es un acrónimo que se refiere a los siguientes aspectos relacionados con la accesibilidad:

- Deambulación: tanto horizontal y vertical, y a través de los medios propios del individuo o a través de ayudas técnicas, como sillas de ruedas o muletas, así como a través de los medios de transporte. Toma mayor protagonismo el acceso, pues la condición primordial para poder disfrutar de un servicio es poder acceder a él.
- Aprehensión: se refiere a las capacidades de aprender, alcanzar y agarrar (cualquier tipo de objeto como pasamanos, manivelas, botoneras, interruptores, etc.) y engloba no solo el alcance manual, sino también el alcance auditivo (avisos por megafonía, señales de alarma o mostradores de atención al público) y visual (señalética, elección de colores, tamaño de textos, ect.).
- Localización: de lugares en general o de consultas en particular. El usuario debe de conocer en todo momento en dónde se encuentra y dónde encontrar información para encontrar algo o alguien.
- Comunicación: procesos de emitir, recibir e intercambiar información a través de distintos canales como el oral, escrito, visual o auditivo. En este apartado estaría incluido todo lo relacionado con señalética, cartelería, sistemas de avisos, folletos, planos, interfaces, con especial incidencia en zonas de atención al público, mostradores o taquillas[75].

Con relación a la evaluación de accesibilidad de los centros, actividades y servicios sanitarios públicos de la comunidad autónoma andaluza, es importante destacar la labor que ejerce la Agencia de Calidad Sanitaria de Andalucía (ACSA). Se trata de una organización pública adscrita a la Consejería de Salud y Familia de la Junta de Andalucía, que recibe soporte de gestión de la Fundación Progreso y Salud, y que se ocupa de impulsar la cultura de la calidad y la mejora continua de los servicios que prestan las organizaciones y los profesionales sanitarios y de servicios sociales[76]. Entre sus principales actividades, ACSA se encarga de certificar a las organizaciones que prestan sus servicios a la salud y al bienestar social de la población. En concreto, a la hora de evaluar la calidad de las organizaciones sanitarias, esta Agencia tiene en cuenta las medidas implantadas para garantizar la accesibilidad en todos los niveles (véase, los diferentes manuales de estándares recogidos en su página web).

[75] Explicación de los criterios DALCO ofrecida por López Cala, G. *et al*.: op. cit., p. 53.

[76] https://www.sspa.juntadeandalucia.es/agenciadecalidadsanitaria/quienes-somos/

En el campo de la salud digital, como se ha observado también existen numerosas barreras que pueden impedir el acceso a los servicios de salud. Por ello, no es solo necesario que se cumpla íntegramente la normativa de accesibilidad relacionada con la *eSalud*, sino que se cumplan, entre otras, las pautas o recomendaciones de accesibilidad web elaboradas por el grupo internacional e independiente, que define los protocolos y estándares, conocido como W3C (*Web Accessibility Initiative*).

De este modo, las agencias evaluadoras cumplen un papel fundamental al evaluar las diferentes tecnologías sanitarias y comprobar si se garantizan las pautas de accesibilidad universal. En el ámbito internacional destaca *The International Network of Agencies for Health Technology Assessment* (INAHTA) y la Red Europea de evaluación de Tecnologías Sanitarias (EUnetHTA); en el ámbito nacional la Red Española de Agencias de Evaluación de Tecnologías Sanitarias (RedETS) y en la Comunidad Autónoma de Andalucía la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias de Andalucía (AETSA)[77].

La Agencia de Calidad Sanitaria de Andalucía también desarrolla una importante labor en favor de la accesibilidad de las Apps relacionadas con la salud con la concesión del *Distintivo AppSaludable*. En efecto, se trata del primer distintivo en español, gratuito y abierto a cualquier aplicación de iniciativa pública o privada, que reconoce la calidad y seguridad de las Apps de salud. Para ello, han de seguirse las 31 recomendaciones publicadas en la *Guía de recomendaciones para el diseño, uso y evaluación de apps de salud*, que se estructura en 4 bloques (diseño y pertinencia; calidad y seguridad de la información; prestación de servicios y confidencialidad y privacidad). En concreto, la recomendación 2, perteneciente al bloque diseño y pertinencia, establece que la App de salud debe de seguir los principios del Diseño Universal, así como todos los estándares y recomendaciones de accesibilidad de referencia (incluidos los de las diferentes plataformas y fabricantes) para permitir que dichas aplicaciones puedan ser usadas, en la medida de lo posible, por todas las personas, sin necesidades de adaptaciones o diseños especiales[78].

Por último, también destacan diferentes proyectos y ensayos clínicos autonómicos en el campo de la telemedicina y de la telemonitorización que pueden mejorar la accesibilidad universal de determinados pacientes: Programas de Atención a Pacientes Crónicos COMPARTE en el Hospital San Juan de Dios de Aljarafe (Sevilla); Telemonitorización a pacientes con marcapasos y holter inyectables en Hospital Costa del Sol (Marbella); y Telemonitorización de pacientes EPOC y Trastornos Respiratorios del Sueño en Hospital Universitario Virgen de las Nieves (Granada)[79].

VIII. CONCLUSIONES CRÍTICAS

A pesar de la garantía de la protección del derecho a la salud de las personas con discapacidad y del amplio reconocimiento del derecho a la accesibilidad universal y el diseño para todas las personas en diversas normativas a nivel internacional, nacional e incluso autonómico, se puede llegar a la conclusión de que estos mandatos están siendo incumplidos. Hoy en día siguen existiendo diversas barreras -de las que ya se han dado cuenta en el apartado IV- que dificultan el acceso a los centros, actividades y servicios sanitarios públicos, precisamente a aquellas personas que necesitan en la mayoría de las ocasiones una atención sanitaria más cualificada.

Nos encontramos, por tanto, ante normas simplemente retóricas, desprovistas de garantías reales y efectivas para que en la práctica se hagan realidad las directrices normativas que enfáticamente y de forma exigente proclaman la accesibilidad universal a los sistemas sanitarios. De este modo, no es tanto un problema de regulación, sino de voluntad política, por supuesto de financiación pública,

[77] Bascones Serrano, L.M. *et al*.: op. cit., pp. 22 y 23.
[78] http://www.calidadappsalud.com/
[79] Bascones Serrano, L.M. *et al*.: op. cit., pp. 26-29.

y de responsabilidad de los gerentes de los servicios de salud autonómicos[80]. Aunque ello no obsta a que se regule con urgencia a nivel nacional, una vez que se ha incumplido el plazo previsto, el Real Decreto que desarrolla las condiciones básicas de acceso y no discriminación a los bienes y servicios a disposición del público.

Con este objetivo de garantizar la accesibilidad universal a la asistencia sanitaria destaca en el plano andaluz el III Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad en Andalucía, que incorpora una serie de medidas concretas a desarrollar en orden a la consecución del fin, con una temporalización y financiación precisada, y que aporta una serie de criterios de realización y de resultados muy útiles para valorar la mejora en el acceso a los servicios sanitarios públicos andaluces en condiciones de igualdad. No obstante, ello previsiblemente no será suficiente pues se seguirá requiriendo una mejora continua de la accesibilidad en diversos ámbitos, como son, por ejemplo, los relacionados con las personas con discapacidad sensorial y la mejora de los sistemas de comunicación a través del uso de la lengua de signos.

Es más, el déficit del que adolece la asistencia sanitaria de las personas con discapacidad, lejos de quedar resuelto, puede verse empeorado con los nuevos retos que se les plantean a los sistemas sanitarios, significativamente por el previsible aumento de las personas con discapacidad a causa del incremento de la esperanza de vida y de las enfermedades crónicas asociadas a la vejez[81]. En definitiva, ante este reto es más que necesario garantizar la accesibilidad universal como vía para garantizar el derecho a la salud de todas las personas en igualdad de condiciones. Para ello, entre otras cuestiones, habrá que invertir en la formación de los profesionales; garantizar la intervención en el proceso de diseño universal de las personas con discapacidad y de sus entidades representantes; prestar especial atención a los espacios rurales, la despoblación y no desmerecer la ayuda que pueda suponer las TIC, siempre que, de nuevo, estas sean accesibles.

IX. BIBLIOGRAFÍA

Bascones Serrano, L.M. *et al*.: *Accesibilidad en las aplicaciones y dispositivos de telemonitorización de la salud. Un acercamiento a la realidad*, ONCE, 2021.

Biel Portero, I.: *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

De Asís, R.: "Sobre el sentido, contenido y configuración jurídica de la accesibilidad", *Universitas,* N.º 32, 2020.

Fundación ONCE y Vía Libre: *Accesibilidad e innovación social en la atención sanitaria. Las TIC como facilitador para un uso eficiente de la sanidad,* 2020, documento electrónico.

Leturia Arrazola, F.J. et al.: "La atención sanitaria a las personas con discapacidad", *Revista Española de Discapacidad*, N.º 1, 2014.

López Cala, G. *et al*.: "Discapacidad y accesibilidad universal. La unión perfecta", *Revista Electrónica de Investigación y Docencia (REID)*, Monográfico 3, 2018.

Miranda Erro, J.: "Accesibilidad universal: de las leyes a su aplicación efectiva", en VV.AA.: *Avanzando en la inclusión. Balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el Derecho español de la discapacidad*, Martínez-Pujalte, A.L. *et al*. (Dir.), Navarra, Aranzadi, 2019.

[80] En este sentido, Beltrán Aguirre, J.L.: op. cit., pp. 222 y 223.

[81] Sobre los diferentes retos que se plantean a los sistemas de salud, véase, Moreno Vida, M.N.: "Retos ante el impacto de la COVID-19 en la sanidad en Europa y en España. Hacia un sistema de salud resiliente basado en la equidad, eficiencia, sostenibilidad, enfoque biosocial y digitalización", en VV.AA.: *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19,* Monereo Pérez, J.L. *et al*. (Dir.), Tomo 1, Navarra, Aranzadi, 2021, pp. 261-338.

Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C.: "El derecho a la protección de las personas con minusvalías", en VV.AA.: *Comentario a la Constitución socio-económica de España,* Monereo Pérez, J.L. *et al.* (Dir.), Granada, Comares, 2002.

Monereo Pérez, J.L.: "Artículo 35. Protección de la salud", en VV.AA.: *La Europea de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Monereo Pérez, J.L. y Monereo Atienza, C. (Dir. y Coord.), Granada, Comares, 2012, pp. 939-988.

"Derecho a la salud: (art. 25.1 DUDH; art. 12 PIDESC)", en VV.AA.: *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,* Monereo Pérez, J.L. y Monereo Atienza, C. (Dir. y Coord.), Granada, Comares, 2014, pp. 595-623.

"La garantía jurídica del derecho social fundamental a la salud y la asistencia sanitaria", en VV.AA.: *La protección social de la salud en el marco del estado de bienestar. Una visión nacional y europea*, Moreno Vida, M.N. y Díaz Aznarte, M.T. (Dir.), Granada, Comares, 2019.

Moreno Vida, M.N.: "Retos ante el impacto de la COVID-19 en la sanidad en Europa y en España. Hacia un sistema de salud resiliente basado en la equidad, eficiencia, sostenibilidad, enfoque biosocial y digitalización", en VV.AA.: *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19,* Monereo Pérez, J.L. *et al*. (Dir.), Tomo 1, Navarra, Aranzadi, 2021, pp. 261-338.

Organización Mundial de la Salud y Banco Mundial: *Informe Mundial sobre la Discapacidad,* Ginebra, OMS, 2011.

Organización Mundial de la Salud: *Discapacidad y salud*, entrada de 24 de noviembre de 2021, disponible en: https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health

Pérez Bueno, L.C.: *Discapacidad y asistencia sanitaria. Propuestas de mejora*, Madrid, CERMI, 2006,

Real Patronato sobre Discapacidad: *Estudio de accesibilidad de los bienes y servicios a disposición del público en España de 2017,* Madrid, RPD, 2017.

Real Patronato sobre Discapacidad*: Estudio de accesibilidad universal en espacios públicos urbanizados y en la edificación en España 2017*, Madrid, RPD, 2017.

Rodríguez-Rico Roldán, V.: *El sistema multinivel de asistencia sanitaria: tensiones y desafíos en su articulación,* Comares, Granada, 2017.

Ruiz Santamaría, J.L.: *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad,* Navarra, Aranzadi, 2019.

VV.AA.: *Atención y protección jurídica de la discapacidad,* Beltrán Aguirre, J.L. *et al*. (Dir.), Navarra, Aranzadi, 2015.

VV.AA.: *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad,* Lorenzo García, R. y Pérez Bueno, L.C., Navarra, Aranzadi, 2020,

VV.AA.: *Libro Verde de la Accesibilidad en España. Diagnóstico y bases para un plan integral de supresión de barreras,* Alfonso López, F. (Dir. y Coord.), Madrid, IMSERSO, 2002.

VV.AA.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo,* Monereo Pérez, J.L. *et al*. (Dir.) y López Insua, B.M. *et al*. (Coord.), Murcia, Laborum, 2020.

Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

10. Participación Social De Las Personas Con Discapacidad Y De Las Entidades Representantes Del Colectivo

Farah Amaadachou Kaddur
Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-7704-0663

> *«Las personas con discapacidad tienen derecho a disfrutar de unas buenas condiciones en el lugar de trabajo, a vivir de forma independiente, a beneficiarse de la igualdad de oportunidades y a participar plenamente en la vida de su comunidad. Todas ellas tienen derecho a vivir una vida sin obstáculos. Y es nuestra obligación, como comunidad, garantizar su plena participación en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.»*
>
> Úrsula Von Der Leyen[1]

SUMARIO: I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS. II. BREVE RECAPITULACIÓN SOBRE LOS PRINCIPALES MODELOS TEÓRICOS DE ATENCIÓN A LA DISCAPACIDAD Y SU REPERCUSIÓN EN SU DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y EN SU TRATAMIENTO. 1. *LOS MODELOS INDIVIDUALISTAS.* A) EL MODELO MORAL O RELIGIOSO: EL SUBMODELO EUGENÉSICO Y EL SUBMODELO DE MARGINACIÓN. B) EL MODELO MÉDICO O REHABILITADOR. 2. *EL MODELO SOCIAL. 3. OTROS MODELOS DE ATENCIÓN A LA DISCAPACIDAD: BIOPSICOSOCIAL, DE LOS DERECHOS Y EL DE LA DIVERSIDAD. 4. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL DE LA DISCAPACIDAD EN LA ACTUALIDAD.* III. SÍNTESIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO MULTINIVEL APLICABLE Y PRINCIPALES INICIATIVAS ADOPTADAS PARA PROMOVER LA PARTICIPACIÓN ACTIVA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN UNA SOCIEDAD INCLUSIVA. IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

Es evidente que la historia de la discapacidad se encuentra estrechamente vinculada a la historia social de la que, en definitiva, forma parte. Así lo confirmaría la convergencia de una multiplicidad de factores de diversa naturaleza: sociales, políticos, ideológicos, que han contribuido de manera decisiva a su configuración final.

El concepto de discapacidad aglutina dos perspectivas, por un lado, la personal, dado que no es circunstancia generalizada en sentido estricto, sino que está presente en algunas personas, en el marco de una sociedad diversa que ha ido aportando diferentes respuestas en cada momento de la historia. Tal es así, que se han detectado significativas contradicciones en lo que respecta al tratamiento que se le ha ido dando a este colectivo en las distintas etapas históricas y ello ha propiciado diferentes delimitaciones conceptuales de discapacidad.

Si bien hoy día nadie discute la discapacidad como cuestión de derechos humanos, ciertamente llegar a tal reconocimiento no ha resultado ser nada fácil, más bien ha sido un camino largo y lleno de obstáculos.

[1] Úrsula Von Der Leyen, presidenta de la Comisión Europea, con motivo del Día Europeo de las Personas con Discapacidad 2020. Disponible en: https://audiovisual.ec.europa.eu/en/shotlist/I-199417

II. BREVE RECAPITULACIÓN SOBRE LOS PRINCIPALES MODELOS TEÓRICOS DE ATENCIÓN A LA DISCAPACIDAD Y SU REPERCUSIÓN EN SU DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y EN SU TRATAMIENTO

La delimitación conceptual de discapacidad es compleja debido a la evolución que ha venido experimentado en las diferentes etapas a lo largo del tiempo. Las distintas concepciones en torno a la discapacidad no reflejan simples cambios terminológicos, sino que muestran las variaciones en la comprensión de la discapacidad. Todo ello conectado con los diferentes modelos de tratamiento que han existido históricamente alrededor de este fenómeno. Cuando se habla de modelos de atención a la discapacidad se hace referencia a cómo una determinada realidad en un momento concreto es objeto de tratamiento recurriendo para ello a distintos elementos de conceptualización y representación. Esta cuestión ha resultado ser determinante en lo concerniente al fenómeno de la discapacidad, en la medida en que ha sido abordada desde diferentes planteamientos en función de cada momento histórico.

Hasta mediados del s. XX se optó por la adopción de un planteamiento individualista, basado en la idea de que la persona con discapacidad padecía una tragedia o una deficiencia. Desde ese momento, la manera de abordar la discapacidad sufre un cambio trascendental, en la medida en que se abandona el planteamiento individualista para acometer un tratamiento de la cuestión desde la perspectiva de la sociedad. La traducción inmediata que implicó este cambio de paradigma es que la persona no es la discapacitada, sino que es la sociedad la que debe asumir la responsabilidad de diseñar políticas y confeccionar programas para erradicar la discriminación hacia este importante sector poblacional.

De modo que, a lo largo de la historia la discapacidad se ha presentado y concebido desde diversos planteamientos, siendo quizás la propia actitud del conjunto de la sociedad junto con la posición adoptada por las personas con discapacidad en el contexto social, los elementos determinantes y el criterio más apropiado para diferenciarlas[2].

En síntesis, son los propios modelos teóricos de atención a la discapacidad los que explican, en buena parte, el paso desde una concepción de la discapacidad en la que esta se consideraba una tragedia o bien una deficiencia individual, hacia otra en la que se postulaba un cambio decisivo en la sociedad con el propósito de eliminar las barreras o los obstáculos que dificultan una participación plena en la vida social. En este cambio de perspectiva, son las propias personas interesadas las que adquieren un papel protagonista, dado que son las personas con discapacidad las que llevan a cabo una lucha para revertir las políticas de tratamiento de la discapacidad sustentadas sobre la base de los denominados modelos individualistas.

Por tanto, su noción es fruto de una larga evolución de la concepción de las personas con discapacidad, transitando desde una situación de absoluta ignorancia y marginación hacia una situación de presencia, integración y participación social.

De manera recurrente, para explicar la evolución histórica de los modelos de atención a la discapacidad se han tomado en consideración básicamente dos modelos, por un lado, los que se conocen como modelos individualistas, anteriormente mencionados, y por otro, el denominado modelo social. Sin embargo, lo cierto es que esta dialéctica entre ambos modelos ha quedado claramente desfasada, debido a la aparición de otras propuestas en las que se incorporan nuevos elementos a tener en cuenta. De modo que, actualmente, se aboga por un cuadro evolutivo sobre los modelos de atención a la discapacidad bastante más amplio. En todo caso, la importancia de los distintos modelos estriba esencialmente en la concepción de la discapacidad que se postula en cada uno de ellos, lo cual implica diferentes delimitaciones conceptuales que, al mismo tiempo, revelan diferentes visiones en lo que respecta al tratamiento jurídico de la cuestión.

[2] Seoane, J.A.: "¿Qué es una persona con discapacidad?", Ágora-Papeles de Filosofía, núm. 30/1, 2011, p. 144.

1. Los modelos individualistas

Los denominados modelos individualistas centran su atención en la persona y en sus circunstancias funcionales, planteando la discapacidad como tragedia personal o como enfermedad. Entre los modelos individualistas, encontramos, por un lado, el modelo moral o religioso y, por otro lado, el modelo médico o rehabilitador. En cuanto al primero, es habitual encontrar el modelo de prescindencia, en el que, a su vez, se distingue dos subtipos: el eugenésico y el de marginación. A continuación, trataré de sintetizar las ideas clave que identifican a cada uno de estos modelos, con el propósito de que contribuyan a una mejor comprensión de su repercusión en la conformación y evolución de la delimitación conceptual de la discapacidad.

A) El modelo moral o religioso: el submodelo eugenésico y el submodelo de marginación

Comenzando por el primero y el más antiguo de todos ellos, extendiéndose hasta la Edad Media, el modelo moral o religioso basado en la consideración de la discapacidad a partir de las creencias religiosas, en las que la discapacidad se explicaba como un castigo por un pecado cometido. Otro de los rasgos característicos de modelo primitivo, era la consideración de inutilidad de las personas con discapacidad como seres prescindibles e improductivos y, en consecuencia, no cabía una actuación distinta que no fuera la resignación, o bien, apartar o eliminar las personas con discapacidad[3]. Dentro de este modelo, moral o religioso, se albergaban dos subtipos o submodelos, el eugenésico basado en la aplicación de políticas eugenésicas, y el de marginación, cuya medida para apartar de la sociedad a las personas con discapacidad es directamente marginarlas[4]. Ambos subtipos o submodelos corresponden a la fase de exclusión en cuanto al tratamiento histórico de la discapacidad.

B) El modelo médico o rehabilitador

En segundo lugar, el modelo médico o rehabilitador, situado históricamente a finales del s. XVIII y en el s. XIX, coincidiendo con el auge de las ciencias médicas. Bajo este modelo se adoptaron las primeras normas internacionales en materia de discapacidad. A diferencia del modelo precedente, anteriormente descrito, las causas de la discapacidad pasan a ubicarse en el campo científico o médico, abandonando la idea de que el origen de la discapacidad se encontraba en la religión. Otro elemento distintivo de este modelo es que las personas con discapacidad eran consideradas como enfermas, con lo cual, ya no eran objeto de marginación o exclusión, ni de prácticas eugenésicas, sino de rehabilitación o medicalización.

De este modo, se produce un cambio significativo que propicia la apertura de una nueva etapa caracterizada por la reclusión o el tratamiento de las personas con discapacidad a través de las ciencias médicas[5]. Este modelo se postula como un cambio cualitativo, en la medida en que pretende conseguir la cura, la rehabilitación, una mejor adaptación de las personas con discapacidad a la sociedad y, en definitiva, contemplaba la posibilidad de su integración, en clara contraposición con el argumentario que sustentaba el modelo anterior donde la discapacidad se planteaba como una desgracia incurable merecedora de exclusión, marginación o eliminación. Por todo ello, desde la propia perspectiva evolutiva, el modelo médico supuso una notable mejora por las importantes consecuencias que ha tenido en este colectivo.

No obstante, el modelo médico o rehabilitador también presentaba ciertas limitaciones o inconvenientes. En primer lugar, parte de una visión simplista y reduccionista de la discapacidad al contemplarla exclusivamente como enfermedad sin tomar en consideración otras circunstancias concurrentes más allá de las estrictamente biológicas. En segundo lugar, está orientado hacia la

[3] Aguado Díaz, A.: *Historia de las deficiencias*, Madrid, Escuela Libre Editorial-Fundación ONCE, 1995, p. 32.

[4] Palacios, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2008, p. 37.

[5] Seoane, J.A.: "¿Qué es una persona con discapacidad?", *op cit.*, p. 145.

consecución de la adaptación en el marco de una vida social estandarizada diseñada para personas sin discapacidad, lo cual, puede desencadenar un caudal de consecuencias indeseables, al no tener en cuenta las peculiaridades de este colectivo, y la aceptación de que determinadas personas no van a conseguir ese objetivo de adaptación propiciando su reclusión en ámbitos segregados sin considerarlo discriminatorio. En última instancia, otro inconveniente que presenta el modelo médico o rehabilitador tiene que ver con el enfoque pasivo que adopta en torno a la discapacidad, en la medida en que sólo la contempla desde el enfoque de las limitaciones o deficiencias que presentan las personas con discapacidad lo que conlleva un reforzamiento de la estigmatización de esta circunstancia.

2. El modelo social

A partir de ese momento, en la década de los 70, los modelos individualistas dejan paso al modelo social como nuevo modelo de atención a las personas con discapacidad. En contraposición al modelo médico que, ya se ha indicado, asociaba la discapacidad a la persona y la consideraban objeto de intervención clínica, el modelo social cambia dicho planteamiento y sitúa la problemática fuera de la persona, para enfocarlo en la sociedad. Este modelo surge para tratar de solventar los principales escollos y los aspectos más críticos y lesivos de los modelos individualistas que le precedieron. El denominado modelo social se fue construyendo fundamentalmente por la lucha de este colectivo, inicialmente en Estados Unidos y Gran Bretaña en una clara y decidida defensa de sus derechos. Hoy día, la trascendencia de este modelo resulta incuestionable por su repercusión en el ámbito jurídico, dado que ha servido de base para la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Como bien es sabido, esta normativa ha propiciado la vinculación de la temática concerniente a los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito de los derechos humanos.

Entre los elementos esenciales que caracterizan al modelo social es oportuno señalar, en primer lugar, en cuanto a las causas que originan la discapacidad, a diferencia del modelo médico o rehabilitador, el modelo social descarta que sean de carácter individual, dado que considera que tienen, mayoritariamente, un carácter social. Este modelo traslada el foco de atención no tanto en las limitaciones que puede desencadenar la discapacidad en un individuo sino cómo la sociedad garantiza el acceso de este sector poblacional a bienes e instituciones sociales. Este ideario se sustentaba sobre la base de la clásica distinción entre deficiencia, entendida como característica individual de la persona, referida a una limitación física o bien de naturaleza psíquica, y discapacidad, referida a factores sociales que restringen o impiden a una persona vivir en sociedad. Desde este planteamiento, el modelo social opta por intervenir en el entorno al entender que en él se imponen determinados patrones sociales de actuación para las personas con discapacidad y, por tanto, si la sociedad crea la discapacidad, debido a sus barreras y dificultades, la responsabilidad de lograr la plena adaptación y la participación social de este colectivo no recae en las personas con discapacidad sino en la propia sociedad y, en concreto, en los poderes públicos.

Otra de las diferencias destacables tiene que ver con su rechazo a la concepción de la discapacidad en términos de la vieja dicotomía salud-enfermedad, por múltiples razones, entre las que cabe destacar, su proyección peyorativa de la discapacidad, el ensalzamiento de las limitaciones de las personas con discapacidad ofreciendo una visión incompleta, errónea y distorsionada de la propia realidad.

Con lo cual, se produce un claro cambio de paradigma en comparación a los modelos precedentes. De manera indubitable, el modelo social y su visión de la discapacidad ha desencadenado importantes implicaciones jurídicas como, por ejemplo, la noción de persona con discapacidad como sujeto de derechos y el tratamiento jurídico dispensado a esta situación[6]. Bajo tales premisas, el modelo social aboga por la adopción de una serie de políticas normativas de atención de la discapacidad que

[6] Sánchez Martínez, M.O. y Solar Cayón, J.I.: *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en la legislación autonómica de Cantabria. Propuestas de Reformas Legislativas*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 26-30.

difieren de las propuestas articuladas desde el modelo médico o rehabilitador, con un claro objetivo, la consecución de la participación social de este sector poblacional. En esta línea, las políticas normativas deben promover un cambio en cuanto al diseño de los derechos para posibilitar tanto su acceso como su pleno disfrute, y no al contrario, que sean las personas con discapacidad las que se tienen que adaptar[7].

Todo ello en su conjunto nos conduce a valorar muy positivamente el modelo social en cuanto al tratamiento que dispensa hacia las personas con discapacidad, con implicaciones muy diversas. En el plano normativo, los postulados del modelo social se han incorporado a la Convención sobre Discapacidad de las Naciones Unidas y también han servido para actualizar la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF) de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

En el plano político, ha propiciado importantes cambios en el diseño y confección de las políticas públicas de atención a las personas con discapacidad. Además de otros aspectos beneficiosos, originando movimientos de reivindicación social, centrando el foco de atención en la necesidad de eliminar las barreras y los obstáculos sociales, desde el punto de vista psicológico ha servido para mejorar la autoestima de las personas con discapacidad, al mismo tiempo, ha generado un sentimiento positivo en cuanto a la conciencia de identidad, ha servido de refugio para liderar la lucha por los derechos y la igualdad en la participación social de este colectivo[8].

A pesar de todo, lo cierto es que el enfoque predominante sigue siendo el médico-asistencial, especialmente en el seno de las instituciones públicas y en los principales agentes sociales, políticos y jurídicos. Además, el modelo social no ha estado exento de críticas, entre las que cabe destacar que dicho modelo no toma suficientemente en consideración los aspectos médicos de la discapacidad al centrarse en demasía en los aspectos sociales.

3. Otros modelos de atención a la discapacidad: biopsicosocial, de los derechos y el de la diversidad

Sea como fuere, los modelos de atención a la discapacidad no se agotan en los hasta aquí descritos, más bien se ha experimentado una proliferación, por mencionar algunos de ellos, encontramos los denominados modelos biopsicosocial, de los derechos y el de la diversidad. El origen del modelo biopsicosocial se encuentra en la revisión que la Organización Mundial de la Salud realiza sobre su Clasificación Internacional de Deficiencia, Discapacidad y Minusvalía de 1980, cuyo resultado final dio lugar a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud de 2001. La clave de este replanteamiento fue el traspaso desde una clasificación de consecuencias de enfermedades hacia una clasificación de componentes de salud de aplicación universal, válida para todas las personas y no únicamente referida a las personas con discapacidad, a la par que integra aspectos biomédicos y sociales. De este modo, la discapacidad se entiende como un fenómeno multidimensional.

En el segundo supuesto, el modelo de los derechos, surge de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2006, para ofrecer una respuesta normativa al tratamiento de la discapacidad y complementar los modelos que le precedieron. Con este modelo, en concreto, se pone el acento en la dignidad de la persona con discapacidad en idénticos términos que la de cualquier otra persona. Así pues, el modelo de derechos humanos pretende readaptar leyes y programas con el propósito de superar los obstáculos

[7] Cuenca Gómez, P.: *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU,* Madrid, Universidad de Alcalá, 2012, p. 36.

[8] Pérez, M.E. y Chhabra, G.: "Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del concepto de discapacidad en las últimas cinco décadas", *Revista Española de Discapacidad*, núm. 7 (I), 2019, p. 14.

y, al mismo tiempo, garantizar el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos civiles, sociales, culturales y económicos.

El tercero de los modelos mencionados, conocido como el de la diversidad, centra su foco de atención en la concepción de la discapacidad como parte de la diversidad humana, entendida en clave positiva, como fuente de riqueza. Este modelo de la diversidad, al igual que el modelo de los derechos, también aboga por reemplazar el eje teórico de la capacidad por el de la dignidad de la persona.

4. Aproximación conceptual de la discapacidad en la actualidad

En la actualidad, la conceptualización de la discapacidad contenida en nuestras normas es el resultado del tránsito de unos modelos basados en la asistencia y en la recuperación de las capacidades funcionales de las personas con discapacidad a otros enfocados hacia la eliminación de las trabas que obstaculizan la consecución real y efectiva de la igualdad de oportunidades y la plena participación en la sociedad de la que forman parte. De ahí la complejidad que reviste la labor de concreción y delimitación conceptual de la discapacidad.

Como bien se ha podido constatar, los diferentes modelos y concepciones no revelan simples cambios en la terminología empleada en cada etapa histórica, sino que cada uno de ellos atesora los cambios en torno a la comprensión y el tratamiento de la discapacidad[9].

Esta sucesión de cambios conceptuales fruto de la propia evolución histórica de los modelos de tratamiento de la discapacidad queda reflejada en el marco jurídico. Así pues, la Convención Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías del año 1980 trató de ofrecer una delimitación conceptual y una clasificación de la discapacidad. En aquel entonces, ante el predominio del enfoque individualista de la discapacidad, fue objeto de duras críticas por parte de las personas con discapacidad, así como de sus organizaciones representativas. Esta reacción propició que la Organización Mundial de la Salud llevara a cabo una revisión de dichos postulados y el resultado, como ya se ha indicado, fue la adopción de la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud de 2001.

La importancia de este instrumento normativo radicaba en el nuevo concepto de discapacidad basado en la integración de los modelos individual y social de la discapacidad. Adoptaba un enfoque biopsicosocial para proporcionarle un tratamiento integrador procurando entablar conexión entre los distintos niveles, biológico, personal y social. Bajo este planteamiento, la nueva clasificación entendía la discapacidad no como un componente sino como una expresión terminológica genérica que alberga este fenómeno multidimensional como resultado de la interacción necesariamente existente entre las personas con discapacidad y el entorno social, tomando en consideración los factores contextuales, tanto ambientales como personales.

La aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2007 supuso un avance en el proceso de cambio conceptual apuntado. Aunque su contenido no incorporó expresamente un concepto de discapacidad, sí integró el enfoque del modelo social y del modelo de los derechos. Muestra de ello es el contenido de su artículo 1 en el que establece como propósito de dicha Convención, promover, proteger y asegurar el pleno ejercicio y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente. Cuando hace referencia expresa a las personas con discapacidad incluye a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o bien sensoriales a largo plazo de manera que, al interactuar con diversas barreras, puedan suponer un impedimento en cuanto a su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. De este modo, nos ofrece un concepto más amplio e inclusivo de la discapacidad.

[9] Biel Portero, I.: *Los derechos humanos de las personas con discapacidad,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 37.

En el ámbito del derecho interno, España tampoco escapa de este proceso de cambio en la delimitación conceptual de la discapacidad. Tal es así que nuestra legislación también refleja la tensión entre los modelos médico o rehabilitador y social. Como buena muestra de ello cabe citar, por ejemplo, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, que se aprobó para desarrollar y concretar el mandato constitucional contenido en el art. 49, acogiendo el enfoque individualista. En lugar de emplear la terminología de discapacidad optó por la de minusválido, dando cabida, según lo dispuesto en su art. 7.1, a toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se encuentran disminuidas o limitadas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente de carácter permanente, de naturaleza congénita o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales.

Sin embargo, tras la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, España reconduce el enfoque que hasta ese momento venía adoptando para aproximarse al modelo social. No obstante, con anterioridad a esta fecha, se produjo un giro de tendencia en el marco del ordenamiento jurídico español orientado hacia el modelo social referenciado.

A la vista de ello, se procedió a la aprobación de la Ley 51/2003, de 3 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, en cuya Exposición de Motivos se señalaba lo siguiente: «hoy es sabido que las desventajas que presenta una persona con discapacidad tienen su origen en sus dificultades personales, pero también y sobre todo en los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia sociedad, concebida con arreglo al patrón de la persona media, se oponen a la plena participación de estos ciudadanos».

Por otra parte, también cabe destacar la aprobación de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con un objetivo claramente definido, fomentar el modelo social en cuanto al tratamiento de las personas con discapacidad, tal y como se hace constar en su Preámbulo: «La presente Ley, por tanto, ahonda en el modelo social de la discapacidad, cuyo precedente inmediato sería la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, pero da un decidido impulso reformador en el sentido de salvaguardar los derechos de tales personas con el objetivo de favorecer la toma de decisiones en todos los aspectos de su vida, tanto personal como colectiva, avanzar hacia la autonomía personal desinstitucionalizada y garantizar la no discriminación en una sociedad plenamente inclusiva».

Posteriormente, este mismo planteamiento fue acogido 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. En este texto normativo se incorpora la noción de discapacidad contenida en la Convención a la par que se adhiere a este concepto amplio aquellas personas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%. Por consiguiente, se establece una doble definición de persona con discapacidad, por un lado, una concepción amplia, en la misma línea que la contemplada en la Convención Internacional bajo los postulados del modelo social y, por otro lado, un concepto estricto o más restringido, que se corresponde al modelo médico o rehabilitador de tratamiento de la discapacidad[10].

[10] Fernández Bernat, J.A.: "Conceptuación y modelos de atención a la discapacidad: evolución histórica", en VV.AA.: *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, Mª.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2020, pp. 35-53.

III. SÍNTESIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO MULTINIVEL APLICABLE Y PRINCIPALES INICIATIVAS ADOPTADAS PARA PROMOVER LA PARTICIPACIÓN ACTIVA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN UNA SOCIEDAD INCLUSIVA

En el ámbito del derecho interno, la protección de la discapacidad cuenta con una sólida fundamentación constitucional, sustentada sobre la base de preceptos vinculados algunos desde un enfoque más genérico y otros más específicos. Para empezar, el art. 1.1 de la CE establece que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

Tan importante proclamación cuenta con otra de gran relevancia según lo contemplado en el art. 9.2 de la CE en el que dispone expresamente lo siguiente: «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Este mandato constitucional aglutina una doble dimensionalidad, por un lado, positiva de promoción y, por otro, negativa en aras a eliminar los obstáculos, contemplando un tratamiento jurídico diferenciado para aquellos colectivos vulnerables o especialmente desfavorecidos.

A tales efectos, en el conjunto de derechos fundamentales que reconoce la CE ocupa un lugar destacado el art. 14 en el que se reconoce el derecho a la igualdad sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia de carácter personal o social, dando cabida a la prohibición de discriminación por causa de discapacidad.

No obstante, el texto constitucional también contiene referencias expresas sobre la discapacidad. En este sentido, entre los principios rectores de la política social y económica, cabe destacar el art. 49 de la CE, a tenor del cual los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I «De los derechos y deberes fundamentales» reconoce a todos los ciudadanos. Con motivo de su vinculación al Título I de la CE, incide en derechos tan importantes como, por ejemplo, el derecho al trabajo y a una remuneración suficiente (art. 35.1 CE); la realización de una política orientada al pleno empleo (art. 40 CE); régimen público de Seguridad Social (art. 41 CE); derecho a la protección de la salud (art. 43).

En cualquier caso, el art. 49 de la CE, más allá de la prohibición de discriminación que en él se contiene, encomienda a los poderes públicos la obligación de garantizar la plena efectividad de todos los derechos cívicos, sociales, políticos, culturales y económicos de las personas con discapacidad, con especial atención a la consecución de la plena integración social y laboral de este importante colectivo.

Todo ello en concordancia normativa con lo dispuesto en el art. 10 de la CE, en concreto, la referencia expresa a la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás como fundamentos del orden político y de la paz social. Sin olvidar la cláusula interpretativa que dicho precepto constitucional contiene, dado que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que el texto constitucional reconoce deberán ser interpretadas de conformidad con lo dispuesto en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos de ámbito internacional sobre las mismas materias ratificados por España, garantizando de este modo la evolución del mandato constitucional según los estándares internacionales[11].

[11] Olarte Encabo, S.: "Protección jurídica de la discapacidad y sus fuentes reguladoras", en VV.AA.: *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Monereo Pérez, J.L., Moreno

Sin ánimo de exhaustividad, como ya se ha señalado y ahora se reitera, entre los textos normativos de ámbito nacional más relevantes cabe citar, al menos, los siguientes:

- La Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad. Fue la primera ley aprobada en España dirigida a regular la atención y los apoyos a las personas con discapacidad y sus familias, sustentada sobre la base de los arts. 9.2, 10.1, 14 y 49 de la CE y en conexión con los arts. 10.2 y 93 a 96, todos ellos también del texto constitucional[12]. Con esta ley se estableció un sistema de prestaciones económicas y servicios, junto con una batería de medidas orientadas hacia la consecución de la integración laboral, accesibilidad, subsidios económicos, y una serie de principios que fueron incorporados a las leyes de sanidad, educación y empleo.
- La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de personas con discapacidad. Su aprobación supuso un renovado impulso de las políticas de equiparación de las personas con discapacidad, con dos objetivos principales claramente definidos: la lucha contra la discriminación y la consecución de la accesibilidad universal.
- 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. En esta ley se reconoció el derecho de libre opción de estos colectivos al aprendizaje, conocimiento y uso de las lenguas de signos, así como a los distintos medios de apoyo a la comunicación oral, siendo la comunicación uno de los factores clave para la inclusión social.
- 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. Esta ley ahonda en el modelo social de la discapacidad y da un decidido impulso reformador en el sentido de salvaguardar los derechos de tales personas con el propósito de favorecer la toma de decisiones en todos los aspectos de su vida, tanto desde un punto de vista personal como desde una perspectiva de colectividad, avanzar decididamente hacia la autonomía personal desinstitucionalizada y, al mismo tiempo, garantizar la no discriminación en una sociedad plenamente inclusiva. Por tanto, ofrece un nuevo impulso para lograr adecuar el marco jurídico en materia de discapacidad a las directrices marcadas por la Convención, incorporando las adaptaciones requeridas en el contenido de su articulado.
- 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, cuyo referente también fue la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El objetivo prioritario de esta Ley es garantizar el derecho a la igualad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos, recurriendo para ello a la promoción de la autonomía personal, la accesibilidad universal, el acceso al empleo, la inclusión en la comunidad, promover la vida independiente, la erradicación de toda forma de discriminación, junto con el

Vida, Mª.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2020, pp. 108-111.

[12] Monereo Pérez, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2019, pp. 118 y ss.

establecimiento del régimen de infracciones y sanciones que garantizan las condiciones básicas en los ámbitos anteriormente aludidos.

A nivel internacional, sin perjuicio de la existencia de otros textos normativos relevantes, es imprescindible referenciar a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas (ONU) el 13 de diciembre de 2006; junto con el Instrumento de ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Como bien es sabido, ambos son tratados internacionales que recogen los derechos de las personas con discapacidad, así como las obligaciones de los Estados Partes de promover, proteger y asegurar tales derechos.

En concreto, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad cuya fecha de aprobación, como ya se ha adelantado, fue el 13 de diciembre de 2006, por la ONU, ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y en vigor desde el 3 de mayo de 2008. Esta Convención supuso la consagración del enfoque de derechos de las personas con discapacidad, considerando a estas personas como sujetos titulares de derechos y la obligación de los poderes públicos de garantizar el ejercicio pleno y efectivo de tales derechos[13].

Es el resultado de un largo y arduo proceso en el que participaron varios actores esenciales: Estados miembros, observadores de la ONU, Cuerpos y organizaciones de especial relevancia de la ONU, incluido el Relator Especial sobre Discapacidad, Instituciones de derechos humanos nacionales, y Organizaciones no gubernamentales, entre las que tuvieron un papel destacado las organizaciones de personas con discapacidad y sus respectivas familias. Esta Convención consagra el cambio de paradigma del enfoque de las políticas sobre discapacidad, supera la perspectiva asistencial de la discapacidad para centrarse en un enfoque basado en los derechos humanos. Abandona la idea de las personas con discapacidad como meros objetos de tratamiento y protección social para concebirlos como sujetos titulares de derechos. De modo que, la Convención entiende que las demandas y necesidades de este importante sector poblacional deben ser cubiertas para alcanzar la igualdad de oportunidades con respecto al conjunto de los ciudadanos. Bajo tales premisas, toma en consideración la perspectiva de las capacidades diferenciadas, así como la diversidad funcional, con el propósito adicional de incorporar a la sociedad el talento y los valores de esta parte de la población.

Con este fin se establecen como principios generales el respeto a la dignidad inherente a la persona, la autonomía individual, la dependencia de cada ser humano, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y, por último, la aceptación de las personas con discapacidad como manifestación de la diversidad y la condición humana.

De conformidad con lo dispuesto, se parte de la idea de una sociedad abierta e inclusiva que ha de adaptarse, de manera solidaria, para acoger a las personas con discapacidad como elementos enriquecedores, tomando en consideración la propia intervención de las personas con capacidades diferenciadas. En este sentido, la Convención se constituye como el primer tratado internacional que regula la importancia que supone la participación del conjunto de la sociedad civil. De esta manera se produce un cambio de paradigma que ha resultado ser determinante en el avance del tratamiento de esta cuestión, contribuyendo significativamente a paliar los obstáculos que afrontan las personas con discapacidad, promoviendo su participación, en condiciones de igualdad de oportunidades, en los ámbitos social, civil, político, económico y cultural.

[13] Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.: "El cambio de paradigma en el enfoque de los derechos fundamentales en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006", en VV.AA.: *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, Mª.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2020, pp. 55-58, pp. 67-71.

Vista la normativa más reseñable concerniente al colectivo de personas con discapacidad, también conviene recordar que la Unión Europea se asienta en valores de igualdad, equidad y justicia social, libertad, democracia y derechos humanos. En este sentido, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[14] proporcionan la base para luchar contra todas las formas de discriminación, estableciendo la igualdad como elemento nuclear de las políticas de la Unión.

Así pues, la adopción en el año 2006 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad marcó un hito en el establecimiento de unas normas mínimas destinadas a este colectivo.

Por otro lado, el Pilar Europeo de Derechos Sociales, proclamado en el año 2017 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea, sirve de guía para el diseño de las políticas sociales y de empleo. Entre los 20 principios y derechos que contiene, resulta remarcable el principio 17 en el que se hace constar que las personas con discapacidad tienen derecho a una ayuda a la renta que garantice una vida digna, a servicios que les permitan participar en el mercado laboral y en la sociedad y a un entorno de trabajo adaptado a sus necesidades.

Por su parte, la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 allanó el camino para lograr una Europa sin barreras, fomentando medidas financiadas con fondos de la Unión. La evaluación de la puesta en práctica de dicha Estrategia muestra que contribuyó a mejorar notablemente la situación y, más en concreto, la accesibilidad entendida como 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, así como a otras instalaciones y servicios y, por otro lado, la reivindicación de sus derechos.

En la actualidad, la Estrategia europea sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030 sucede a la Estrategia europea sobre discapacidad 2010-2020. Si bien la Estrategia europea actual se sustenta sobre la base de los resultados cosechados en la versión anterior, para que las personas con discapacidad puedan ejercer todos sus derechos y participar plenamente en la sociedad, lo cierto es que, a pesar de los avances realizados especialmente en esta última década, lamentablemente este colectivo sigue teniendo que afrontar obstáculos considerables en cuanto al acceso a la asistencia sanitaria, la educación, el empleo, las actividades recreativas, la participación el la vida política y sufren un mayor riesgo de pobreza y exclusión social que las personas sin discapacidad.

En cualquier caso, es evidente que la necesidad de abordar este problema es aún más acuciante debido a la situación de pandemia ocasionada por la COVID-19 y las consecuencias que ésta ha desencadenado, incrementado las desigualdades.

No obstante, el Parlamento Europeo solicitó una estrategia sobre discapacidad renovada que abarcase todos los ámbitos contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Consejo se ha comprometido a continuar con la labor relativa a su implementación. Por su parte, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité Europeo de las Regiones resaltaron la importancia de la accesibilidad y de la vida independiente, así como de la gobernanza y la supervisión.

[14] Para un estudio en profundidad véase 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. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2012; 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. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2014; 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. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2017; Monereo Pérez, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Bomarzo, 2009.

A este respecto, cabe anotar que el objetivo primordial de esta Estrategia es abordar los diversos desafíos a los que se enfrenta este colectivo, avanzar hacia una situación en la que todas las personas con discapacidad en Europa puedan hacer valer sus derechos humanos; gocen de igualdad de oportunidades y de participación en la sociedad y la economía; puedan decidir dónde, cómo y con quién viven; puedan circular libremente por todo el territorio europeo, con independencia de las necesidades de ayuda que precisen; y, por último, que no sufran ningún tipo de discriminación. Para su consecución se requiere llevar a cabo una acción coordinada tanto a nivel nacional como en el ámbito de la Unión Europea, teniendo presente que los Estados miembros siguen siendo los principales responsables de diseñar sus políticas nacionales en materia de discapacidad

En el marco de esta nueva Estrategia europea reforzada 2021-2030 se tiene en cuenta la diversidad de las discapacidades, entre las que cabe anotar las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, que a menudo resultan invisibilizadas, en concordancia con los dispuesto en el art.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sin perder de vista los numerosos obstáculos que aún persisten en el entorno, así como el incremento de la prevalencia de la discapacidad con la edad.

También cabe apuntar aquí que ante los riesgos de múltiples desventajas a los que se enfrentan las mujeres, los niños, las personas mayores, los refugiados con discapacidad y las personas con dificultades socioeconómicas, esta Estrategia europea promueve un enfoque intersectorial en clara sintonía con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y los denominados Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas. Con este propósito, la nueva Estrategia 2021-2030 contempla un ambicioso conjunto de acciones e iniciativas emblemáticas que inciden en diversos ámbitos y se fijan múltiples prioridades, como la que se indican a continuación:

- la accesibilidad: entendida en un sentido amplio, para circular y residir libremente y, al mismo tiempo, también para participar en el proceso democrático;
- la posibilidad de tener una calidad de vida digna y vivir de manera independiente, dado que la ya citada Estrategia centra su atención en el proceso de desinstitucionalización, la protección social y la no discriminación en el ámbito laboral;
- otro de los principales vectores reside en la igualdad de participación dado que el objetivo de la Estrategia es brindar una protección eficaz a este segmento poblacional contra cualquier forma o manifestación de discriminación y violencia, en aras a garantizar la igualdad de oportunidades en la justicia, en el ámbito educativo, la cultura, el deporte, el turismo, en cuanto a los servicios sanitarios y el acceso a todos ellos;
- el papel que ha de desempeñar la Unión Europea a la hora de dar ejemplo;
- el firme propósito de la Unión Europea de alcanzar los objetivos contenidos en esta nueva Estrategia europea reforzada;
- la promoción de los derechos de las personas con discapacidad a escala mundial.

Con este cometido, la Comisión brindará su apoyo a todos los Estados miembros en la elaboración de sus respectivas estrategias y planes de acción de ámbito nacional, con el fin de avanzar en la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la legislación de la Unión Europea sobre esta cuestión.

Además, también hay que tener en cuenta que esta Estrategia forma parte del Plan de Acción para la Aplicación del Pilar Europeo de Derechos Sociales. Por tanto, al complementar las estrategias en materia de igualdad para luchar contra cualquier manifestación discriminatoria, esta Estrategia contribuirá a lograr la igualdad y a reforzar el papel de Europa como socio referente para afrontar las desigualdades que aún persisten, así como a alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas y a promover los derechos humanos como una cuestión esencial.

En cuanto al ámbito concreto de actuación circunscrito a la nueva Estrategia europea sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030, cabe destacar lo siguiente:

1. La accesibilidad como herramienta para ejercer los derechos, la autonomía y la igualdad. La accesibilidad no restringida únicamente a los entornos construidos, sino también a los espacios virtuales, las tecnologías de la información y de las comunicaciones, los bienes y servicios, que abarcan tanto el transporte como las infraestructuras. De forma que, la accesibilidad es un elemento indispensable para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y un requisito necesario para la consecución de la participación plena de este colectivo en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos. Entre las múltiples iniciativas adoptadas en esta materia concreta, merece una mención especial la puesta en marcha, en 2022, de un centro europeo denominado «Accesibilidad UE» para reforzar aún más esta importante línea de actuación.

2. Disfrutar de los derechos de la Unión. Las personas con discapacidad deben disfrutar de todos los derechos en las mismas condiciones que el resto de la población y, en particular, cuando se trasladan a otro Estado miembro o bien participan en la vida política. Este ámbito de actuación abarca el derecho a circular y residir libremente, por ejemplo, ante situaciones de traslado a otro Estado miembro por motivos de trabajo, estudio o de otra índole; y fomentar la participación en el proceso democrático, en tanto que la plena participación política implica que las personas con discapacidad participen en las elecciones, así como en los procesos políticos y la toma de decisiones, siempre en condiciones de igualdad con el resto. Entre las iniciativas a destacar en este ámbito de actuación se encuentra la propuesta de creación formulada por la Comisión, antes de que finalice el año 2023, de la denominada Tarjeta Europea de Discapacidad, con vistas a que sea reconocida en todos los Estamos miembros. Esta iniciativa se basa en la experiencia ya adquirida con el proyecto piloto de tarjeta europea de discapacidad implementada en ocho Estados miembros y con la tarjeta europea de estacionamiento para personas con discapacidad. En esta línea se va a promover la plena participación de este colectivo en las elecciones europeas, como votantes y también como candidatos; las listas en los procesos electorales han de reflejar la diversidad de la sociedad; la elaboración, en 2023, de una guía de buenas prácticas electorales que abordará con detenimiento la participación de los ciudadanos con discapacidad en el proceso electoral; satisfacer las necesidades de este sector poblacional en materia de votación electrónica; y promover la participación democrática inclusiva a través del nuevo programa de Ciudadanía, Igualdad, Derechos y Valores.

3. Nivel de vida digno y vida independiente. Partiendo de la premisa de que la independencia, los servicios sociales, el empleo de calidad sostenible y con condiciones dignas, el desarrollo de nuevas capacidades para nuevos puestos de trabajo, la vivienda accesible e inclusiva, la participación en los procesos de formación y aprendizaje permanente, la consolidación de la protección social adecuada y el refuerzo de la economía social se alzan como elementos indispensables para que todas las personas con discapacidad puedan disfrutar de una vida digna. Entre las iniciativas más reseñables, de aquí a 2023, la elaboración de una serie de directrices, por parte de la Comisión, en las que recomendará a los Estados miembros mejoras para la vida independiente y la inclusión en la comunidad, con el objetivo de permitir a las personas con discapacidad viviendas accesibles y asistidas en la comunidad, o bien que continúen viviendo en sus hogares con regímenes de asistencia personal. De aquí a 2024, también está previsto que la Comisión presente un marco europeo de calidad para contar con unos servicios sociales de excelencia que presten toda la atención necesaria que requieren las personas con discapacidad. Durante el presente año, la Comisión va a presentar un ambicioso paquete de medidas con el fin

de mejorar los resultados actualmente existentes en el mercado laboral de las personas con discapacidad, recurriendo para ello a la cooperación de la Red de Servicios Públicos de Empleo, los interlocutores sociales y las organizaciones de personas con discapacidad. Este paquete apoyará a todos los Estados miembros para llevar a cabo las orientaciones en materia de empleo, supondrá un avance sobre el refuerzo de las capacidades de los servicios de empleo e integración, mejorando las perspectivas de contratación recurriendo para ello a la implementación de acciones positivas y luchando contra concepciones estereotipadas ya obsoletas, garantizando ajustes razonables, velando por la salud y la seguridad en el ámbito laboral, y contemplando regímenes de readaptación profesional en caso de accidente o enfermedad crónica, entre otras medidas.

4. Igualdad de acceso y no discriminación. Se recoge expresamente el derecho de las personas con discapacidad a la protección frente a cualquier forma o manifestación de discriminación y violencia, la igualdad de oportunidades en materia de justicia, en el ámbito de la educación accesible e inclusiva, cultura, vivienda, protección social, acceso sostenible y equitativo a la asistencia sanitaria, actividades recreativas, ocio, deporte y turismo, garantizar la seguridad y la protección de este colectivo especialmente vulnerable dado que tiene un mayor riesgo de convertirse en víctimas de violencia y abusos, especialmente en el caso de las mujeres, las personas mayores y los niños con discapacidad. A tal fin, la Comisión insta a los Estados miembros a promover el desarrollo de escuelas inclusivas, junto con los objetivos del Espacio Europeo de Educación y del Plan de Acción de Educación Digital; mejorar el acceso de las personas con discapacidad a todos los servicios de asistencia sanitaria con una perspectiva inclusiva; la Comisión ofrecerá, de aquí al año 2024, orientaciones a los Estados miembros y a los profesionales sobre el apoyo a las víctimas de violencia con discapacidad, entre otras medidas contempladas.

5. Promover los derechos de las personas con discapacidad a nivel global. En este ámbito de actuación la Unión Europea continuará defendiendo y promoviendo los derechos humanos de este colectivo y apoyando su inclusión social en todas las relaciones internacionales, como parte de las acciones exteriores, la planificación de políticas junto con los programas de financiación. No obstante, se presta especial atención a los niños y a los jóvenes con discapacidad, especialmente en lugares de conflicto y en los países en desarrollo, en los que con frecuencia carecen de la protección debida, el acceso a la educación y los servicios sociales. Para su consecución también se requiere el compromiso de terceros países en el marco de las denominadas políticas de ampliación y vecindad de la Unión Europea y de su amplia agenda en materia de cooperación para el desarrollo. A tal fin, se organizarán diálogos estructurados periódicos en foros multilaterales para mejorar la cooperación que se precisa a escala mundial.

6. Ejecutar esta Estrategia de forma eficaz. Con este propósito la Comisión insta a todos los Estados miembros, así como a las instituciones y organismos de la Unión Europea a tomar en consideración las necesidades de las personas con discapacidad a la hora de diseñar, implementar y supervisar la legislación, las políticas y los programas de financiación mediante la puesta en marcha de acciones específicas. En consonancia con todo ello, se promueve la cooperación en materia de discapacidad entre las instituciones de la Unión Europea, los diferentes Estados miembros y otras partes interesadas, con financiación europea y la provisión de formación. Con este propósito se planteó la creación de la Plataforma sobre discapacidad en sustitución al Grupo de Alto Nivel en materia de discapacidad y promoverá la instauración de esta nueva Estrategia renovada 2021-2030 con fondos europeos, y las estrategias nacionales sobre discapacidad.

7. Predicar con el ejemplo e instar a las demás instituciones, organismos y agencias de la Unión para que transiten en la misma dirección. Para ello, se contempla la inclusión de acciones para hacer de la selección, la contratación, el empleo y el mantenimiento de mismo, unos procesos inclusivos en materia de discapacidad.

8. Concienciación, gobernanza y medición del progreso garantizando una supervisión rigurosa. Con este propósito, la Comisión va a trabajar conjuntamente con todos los Estados miembros.

A la vista de lo hasta aquí expuesto cabe concluir que la Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para el período comprendido entre 2021-2030 tiene por objeto implementar mejoras adicionales significativas en todos los ámbitos de la vida de las personas con discapacidad dentro y fuera del territorio de la Unión Europea. La puesta en marcha de las iniciativas que en ella se contemplan contribuirá a reducir de manera drástica la discriminación y las desigualdades, al mismo tiempo, va a proporcionar apoyo a las personas con discapacidad para que puedan disfrutar plenamente de sus derechos humanos, libertades fundamentales y derechos de la Unión Europea en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos, con el fin de maximizar su grado de independencia, participación y proporcionar unas condiciones de vida dignas, todo ello con un plazo máximo marcado de aquí a 2030.

Para alcanzar estos objetivos se requiere un compromiso firme de los Estados miembros, el fomento de políticas y acciones que propicien entornos realmente accesibles, sistemas educativos y sanitarios inclusivos y de calidad, diseñar itinerarios eficaces orientados hacia el empleo equitativo, todo ello dirigido a las personas con discapacidad.

Otra de las piezas clave va a ser la capacitación de este colectivo para que puedan participar con plenitud en el proceso de transición hacia una economía y una sociedad verdaderamente inclusivas, verdes y digitales, así como en nuestra democracia y propiciar su participación en aras a reafirmar los valores principales que enarbola la Unión Europea consagrados en los tratados. Ello supondrá una contribución muy significativa en clave de una igualdad real y efectiva, a la par que se refuerzan los derechos de esta parte de la población a nivel mundial[15].

Por otro lado, hay que destacar la labor encomiable que viene desempeñando el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (en adelante, CERMI). A este respecto, la Confederación Coordinadora Estatal de Personas con Discapacidad Física y Orgánica de España (COCEMFE), la Confederación Española de Organizaciones a favor de las personas con discapacidad intelectual (FEAPS), la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), la Confederación Estatal de Personas Sordas (CNSE), la Confederación Española de Familias de Personas Sordas (FIAPAS) junto con la Confederación Española de Federaciones y Asociaciones de Atención a las personas con parálisis cerebral y afines (ASPACE), en condición de organizaciones promotoras constituyen el CERMI. Se trata de una entidad de base asociativa de ámbito estatal sin ánimo de lucro, cuyo principal objetivo es actuar representativamente en defensa de los derechos e intereses de las personas con discapacidad.

Según lo dispuesto en el art. 2 de sus Estatutos, la misión de esta asociación consiste en articular y vertebrar al movimiento social español de la discapacidad para que, desde la fortaleza de la cohesión y la unidad del sector, y manteniendo siempre el máximo respeto del pluralismo inherente a un segmento social tan diverso, desarrollar una acción política representativa en defensa de los derechos e intereses tanto de las personas con discapacidad como de sus familias.

El CERMI traslada ante los poderes públicos, los distintos agentes y operadores, y la sociedad, mediante propuestas constructivas, previamente articuladas y contrastadas técnicamente, las necesidades y las peticiones formuladas por las personas con discapacidad, asumiendo de este

[15] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0101&from=FR

modo su representación, convirtiéndose en interlocutor y referente de este colectivo, para promover el pleno ejercicio de sus derechos, la no discriminación, la igualdad de oportunidades, la inclusión en la comunidad, la emancipación social y, en líneas generales, la mejora de las condiciones de vida del conjunto de la ciudadanía española con discapacidad y también de sus respectivas familias. Además, se constituye como la asociación más representativa de este colectivo, con vocación estatal para articular las relaciones con las instituciones españolas de ámbito estatal y autonómico, y con vocación europea e iberoamericana, para las relaciones con las instituciones comunitarias, así como con otras instancias europeas y de ámbito internacional.

Entre los aspectos más salientes, cabe destacar especialmente los valores que inspiran y orientan la actuación del CERMI que son los que sustentan la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006[16].

IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Partiendo de la base de lo dispuesto en la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, el art. 14 de la Constitución Española, reconoce la igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna. A su vez, el art. 9.2 de la CE establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitando su participación en la vida política, cultural y social, así como el art. 10 de la Constitución, de los derechos y deberes fundamentales, que establece la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social. En congruencia con estos preceptos la Carta Magna, en su art. 49, refiriéndose de manera específica a las personas con discapacidad, ordena expresamente a los poderes públicos que presten la atención especializada que requieran y el amparo especial que en última instancia posibilite el disfrute pleno de sus derechos.

Este conjunto de derechos y libertades enunciados constituyen, sin duda, uno de los ejes esenciales en el ámbito de actuación en materia de discapacidad. A este respecto conviene incidir en el deber de cumplimento en cuanto al mandato constitucional dirigido a los poderes públicos para asegurar que las personas con discapacidad puedan disfrutar del conjunto de todos los derechos humanos: civiles, sociales, económicos y culturales.

No obstante, como cuestión no menor, en cuanto a la terminología empleada en el art. 49 de la CE, al referirse a las personas con discapacidad como «disminuidos» precisa de un replanteamiento del término empleado dada su connotación negativa e incluso pudiendo resultar peyorativa. Desde una perspectiva contextualizada, si bien es cierto que esta cuestión terminológica es propia del momento histórico en la que se adoptó, hoy día ha quedado obsoleta y requiere de una revisión y actualización dado que no debemos pasar por alto la importancia que tiene el lenguaje.

El marco normativo junto con las acciones públicas en esta materia han de ir orientadas de manera determinante para que las personas con discapacidad sean partícipes, como sujetos activos titulares de derechos, que haga factible una vida en igualdad de condiciones que el resto de la ciudadanía, suprimiendo todas aquellas actuaciones o medidas que puedan resultar segregadoras.

Siendo esto así, es preciso diseñar y poner en marcha estrategias de intervención que operen simultáneamente sobre las condiciones personales y también sobre las condiciones ambientales enfocadas al entorno social del que forman parte.

En esta perspectiva se mueven esencialmente dos estrategias de intervención relativamente nuevas y que desde orígenes distintos van, sin embargo, convergiendo progresivamente. Por un lado, encontramos la estrategia de lucha contra la discriminación y, por otro, la de accesibilidad universal, sin perder de vista el propio reconocimiento de la discapacidad como un concepto que evoluciona

[16] https://www.cermi.es/es/cermi/normas-reguladoras/estatutos

de manera paralela a tenor de los cambios operados en la manera de entender el fenómeno de la discapacidad en cada momento de la historia.

Así pues, la estrategia de lucha contra la discriminación se inscribe en la reivindicación de algunas minorías por lograr la igualdad de trato y por el derecho a la igualdad de oportunidades como cuestiones fundamentales en la consecución de la inclusión y participación social.

En cuanto a la accesibilidad está en su origen muy unida al movimiento promovido por algunas organizaciones de personas con discapacidad, organismos internacionales y un nutrido elenco de expertos en favor del modelo de «vida independiente», que defiende una participación más activa de estas personas en la comunidad sobre unas bases nuevas: como ciudadanos titulares de derechos; sujetos activos que ejercen el derecho a tomar decisiones sobre su propia existencia y no meros beneficiarios de decisiones ajenas; como personas que tienen especiales dificultades para satisfacer unas necesidades que son normales, más que personas especiales con necesidades diferentes al resto de sus conciudadanos y como ciudadanos que para atender esas necesidades demandan apoyos personales, pero también modificaciones en los entornos que erradiquen aquellos obstáculos o barreras que les impiden o dificulten su plena participación social.

Sea como fuere, hoy por hoy, pese a las inequívocas proclamaciones constitucionales, legales, a la existencia del acervo normativo ya preexistente en los ámbitos nacional, internacional y europeo, junto con el meritorio esfuerzo hecho hasta ahora, no solo por los poderes públicos como principales garantes y a nivel institucional, sino también especialmente por el colectivo de las personas con discapacidad y por sus familias, así como sus representantes, lo cierto es que la persistencia en la sociedad de desigualdades revela la necesidad de seguir avanzando, dado que, aunque son importantes los pasos que se han dado hasta el momento, lo cierto es que aún queda mucho camino por recorrer, y para ello se requiere, sobre todo, la implicación real no solo de los organismos nacionales y supranacionales sino de todo el conjunto de la ciudadanía. En esta línea de actuación, se precisan cambios de comportamiento de la propia sociedad civil con una participación más activa y un cambio cultural. Es el momento de que la práctica social lo permita y para ello hay que pasar de la norma a la realidad social y evitar cualquier discriminación a este importante colectivo.

V. BIBLIOGRAFÍA

Aguado Díaz, A.: *Historia de las deficiencias*, Madrid, Escuela Libre Editorial-Fundación ONCE, 1995.

Biel Portero, I.: *Los derechos humanos de las personas con discapacidad,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

Cuenca Gómez, P.: *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU,* Madrid, Universidad de Alcalá, 2012.

Fernández Bernat, J.A.: "Conceptuación y modelos de atención a la discapacidad: evolución histórica", en VV.AA.: *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, Mª.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2020.

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.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Bomarzo, 2009.

Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.: "El cambio de paradigma en el enfoque de los derechos fundamentales en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006", en VV.AA.: *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, Mª.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2020.

Olarte Encabo, S.: "Protección jurídica de la discapacidad y sus fuentes reguladoras", en VV.AA.: *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, Mª.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2020.

Palacios, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2008.

Pérez, M.E. y Chhabra, G.: "Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del concepto de discapacidad en las últimas cinco décadas", *Revista Española de Discapacidad*, núm. 7 (I), 2019.

Sánchez Martínez, M.O. y Solar Cayón, J.I.: *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en la legislación autonómica de Cantabria. Propuestas de Reformas Legislativas*, Madrid, Dykinson, 2015.

Seoane, J.A.: "¿Qué es una persona con discapacidad?", Ágora-Papeles de Filosofía, núm. 30/1, 2011.

VV.AA.: *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, Mª.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2020.

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. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2017.

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. (Dirs. 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. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2012.

ENLACES CONSULTADOS

https://audiovisual.ec.europa.eu/en/shotlist/I-199417

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0101&from=FR

https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32017C1213(01)

https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0636:FIN:es:PDF

https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1484&langId=es

https://www.cermi.es/es/cermi/normas-reguladoras/estatutos

Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

11. Bioética: Protocolos Y Normas Éticas Para La Mejora De Las Prácticas Profesionales

Sara Guindo Morales
Profesora Ayudante Doctora
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-7018-8681

SUMARIO: I. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LA LEY 26/2011, DE 1 DE AGOSTO, DE ADAPTACIÓN NORMATIVA A LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. II. 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. III. LOS AJUSTES RAZONABLES. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LA LEY 26/2011, DE 1 DE AGOSTO, DE ADAPTACIÓN NORMATIVA A LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Conforme la Exposición de Motivos 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[1] (en adelante y para simplificar, RDL 1/2013), la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[2] supone 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.

El RDL 1/2013 se ha dictado en aplicación de lo previsto en 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[3] (en adelante y para simplificar, Ley 26/2011), titulada "Autorización al Gobierno para la refundición de textos legales" y, en virtud de la cual, el Gobierno elaborará y aprobará antes del 31 de diciembre de 2013 y previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, un Texto Refundido en el que se regularicen, aclaren y armonicen la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y 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.

Aclara dicho preámbulo que la labor de refundición, regularizando, aclarando y armonizando las tres leyes citadas es necesaria debido a las modificaciones que han experimentado en estos años, así como el sustancial cambio del marco normativo de los derechos de las personas con discapacidad, tarea que ha tenido como referente principal la mencionada Convención Internacional, por lo que, además de revisar los principios que informan la ley conforme a lo previsto en la Convención, en su estructura se dedica un título específico a determinados derechos de las personas con discapacidad,

[1] Publicado en el BOE en fecha de 3 de diciembre de 2013.
[2] 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.
[3] Publicada en el BOE en fecha de 3 de agosto de 2011.

a la par que también 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.

Así pues, la Convención se refiere al ámbito del empleo y de la protección social en los preceptos 26, 27 y 28.

En primer lugar, el artículo 26, titulado "Habilitación y rehabilitación" establece en su apartado primero que los Estados Parte adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida, para lo que organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales, de forma que esos servicios y programas:

a) Comiencen en la etapa más temprana posible y se basen en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona.

b) Apoyen la participación e inclusión en la comunidad y en todos los aspectos de la sociedad, sean voluntarios y estén a disposición de las personas con discapacidad lo más cerca posible de su propia comunidad, incluso en las zonas rurales.

A lo que añade en el segundo apartado que los Estados Parte promoverán el desarrollo de formación inicial y continua para los profesionales y el personal que trabajen en los servicios de habilitación y rehabilitación.

Finaliza dicho precepto legal disponiendo que los Estados Parte promoverán la disponibilidad, el conocimiento y el uso de tecnologías de apoyo y dispositivos destinados a las personas con discapacidad, a efectos de habilitación y rehabilitación.

En segundo lugar, el artículo 27, específicamente orientado al ámbito del trabajo y empleo, dispone en su primer apartado que los Estados Partes reconocen 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, para lo que 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.

A lo que adiciona en el siguiente apartado que 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

En tercer lugar, el artículo 28 se refiere al nivel de vida adecuado y protección social, el cual dispone que los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, así como reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas:

a) Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad.

b) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza.

c) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad y de sus familias que vivan en situaciones de pobreza a asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados.

d) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública.

e) Asegurar el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación.

En virtud de los tres preceptos anteriores en materia de empleo, en términos generales, la Ley 26/2011 aumentó en las ofertas de empleo público, el cupo de reserva de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad al 7% contenido en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público[4] (actual Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre,

[4] Publicada en el BOE en fecha de 13 de abril de 2007.

por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público[5]), se creó una cuota específica para personas con discapacidad intelectual, se regularon protocolos de actuación específicos en materia de protección civil para las personas con discapacidad, en el ámbito de la cooperación internacional se incluyó la discapacidad de un modo expreso y diferenciado y se promovió una mayor contratación de personas con discapacidad en el mercado de trabajo ordinario, ordenando al Gobierno la revisión de la normativa legal y reglamentaria y la adopción de medidas para asegurar el cumplimiento de la cuota de reserva del 2% de los puestos de trabajo para personas con discapacidad en las empresas de más de 50 trabajadores[6].

II. 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

En primer lugar, el objeto del RDL 1/2013 es el de garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española de 1978[7] (en adelante y para simplificar, CE) y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, así como el de establecer el régimen de infracciones y sanciones que garantizan las condiciones básicas en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad[8].

Por lo tanto, uno de los ámbitos de aplicación en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal para el que se adoptan medidas específicas al objeto de garantizarlo es el empleo.

En segundo lugar, se entiende por atención integral los procesos o cualquier otra medida de intervención dirigidos a que las personas con discapacidad adquieran su máximo nivel de desarrollo y autonomía personal, y a lograr y mantener su máxima independencia, capacidad física, mental y social, y su inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida, así como la obtención de un empleo adecuado, pudiendo comprender los programas de atención integral la habilitación o rehabilitación médico-funcional, la atención, tratamiento y orientación psicológica, la educación y el apoyo para la actividad profesional[9].

En tercer lugar, por lo que se refiere al apoyo para la actividad profesional, las personas con discapacidad en edad laboral tendrán derecho a beneficiarse de programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo, comprendiendo los procesos de apoyo para la actividad profesional, entre otras, las siguientes prestaciones los procesos de habilitación o rehabilitación médico-funcional, la orientación profesional y la formación, readaptación o recualificación profesional[10].

En los procesos de apoyo para la actividad profesional, la habilitación o rehabilitación médico-funcional comprenderá tanto el desarrollo de las capacidades como la utilización de productos y tecnologías de apoyo y dispositivos necesarios para el mejor desempeño de un puesto de trabajo en igualdad de condiciones con los demás.

[5] Publicado en el BOE en fecha de 31 de octubre de 2015.
[6] Exposición de Motivos de la Ley 26/2011.
[7] Publicada en el BOE en fecha de 29 de diciembre de 1978.
[8] Artículo 1 del RDL 1/2013.
[9] Artículo 13 del RDL 1/2013.
[10] Artículo 17 del RDL 1/2013.

La orientación profesional será prestada por los correspondientes servicios, teniendo en cuenta las capacidades reales de la persona con discapacidad, determinadas conforme a los informes de los equipos multiprofesionales de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad, tomándose en consideración la formación efectivamente recibida y por recibir, y las posibilidades de empleo existentes en cada caso, así como la atención a sus motivaciones, aptitudes y preferencias profesionales y comprenderá asimismo los apoyos necesarios para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo.

La formación, readaptación o recualificación profesional que podrá comprender en su caso, una preformación general básica, promoverá la adquisición de experiencia laboral en el mercado de trabajo y se impartirá de acuerdo con el itinerario personal y la orientación profesional prestada con anterioridad, conforme a la decisión tomada por la persona con discapacidad.

Las actividades formativas podrán impartirse, además de en los centros de formación dedicados a ello, en las empresas, siendo necesario en este último supuesto, la formalización de un contrato para la formación y el aprendizaje.

En cuarto lugar, por lo que se refiere al régimen jurídico específico al Derecho al trabajo, éste se contiene en el Capítulo VI, el cual engloba cuatro secciones: la 1ª "Disposiciones generales", englobando los artículos 35 a 39; la 2ª " Empleo ordinario", englobando los artículos 40 a 42; la 3ª "Empleo protegido", englobando los artículos 43 a 46 y; la 4ª "Empleo autónomo", conformada únicamente por el artículo 47. Veámoslas.

El artículo 35 se refiere a las garantías del derecho al trabajo y establece que las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación, garantía y efectividad de los derechos a la igualdad de trato y de oportunidades de las personas con discapacidad que se regirá por lo establecido el capítulo VI del RDL 1/2013 y en su normativa específica en el acceso al empleo, así como en el acceso a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y de despido, en la promoción profesional, la formación profesional ocupacional y continua, la formación para el empleo, y en la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales o la incorporación y participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta.

Considerándose que existe discriminación directa cuando una persona con discapacidad sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de su discapacidad e, indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral del empresario, aparentemente neutros, 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 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, cláusula, pacto o decisión[11].

Respecto a las consecuencias jurídicas de dichos preceptos reglamentarios, cláusulas de los convenios colectivos, 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, se entenderán nulos y sin efecto.

[11] También se considerará discriminación el acoso por razón de discapacidad, así como toda orden de discriminar a personas por motivo o por razón de su discapacidad.

Vinculado a lo anterior, el artículo 36 concierne a la igualdad de trato, entendida como 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.

El artículo 37 define los tipos de empleo de las personas con discapacidad aparte de establecer que será finalidad de la política de empleo aumentar las tasas de actividad y de ocupación e inserción laboral de las personas con discapacidad, así como mejorar la calidad del empleo y dignificar sus condiciones de trabajo, combatiendo activamente su discriminación, para lo que las administraciones públicas competentes fomentarán sus oportunidades de empleo y promoción profesional en el mercado laboral, y promoverán los apoyos necesarios para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo, pudiendo ejercer las personas con discapacidad su derecho al trabajo a través de los siguientes tipos de empleo:

a) Empleo ordinario, en las empresas y en las administraciones públicas (el acceso al empleo público se regirá por lo dispuesto en la normativa reguladora de la materia), incluido los servicios de empleo con apoyo.

b) Empleo protegido, en centros especiales de empleo y en enclaves laborales.

c) Empleo autónomo.

El artículo 38 se centra en la orientación, colocación y registro de trabajadores con discapacidad para su inclusión laboral, disponiendo que corresponde a los servicios públicos de empleo, bien directamente o bien a través de entidades colaboradoras, y a las agencias de colocación debidamente autorizadas, la orientación y colocación en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad que se encuentren en situación de búsqueda de empleo, confeccionándose por parte de los servicios públicos de empleo y con el consentimiento previo de dichos trabajadores, a los efectos de aplicación de beneficios que el RDL 1/2013 y sus normas de desarrollo reconozcan tanto a los trabajadores con discapacidad como a las empresas que los empleen, un registro de trabajadores con discapacidad demandantes de empleo, incluidos en el registro de trabajadores desempleados.

El último precepto de la sección 1ª es el 39, referente a las ayudas a la generación de empleo de las personas con discapacidad, en el sentido de que se fomentará el empleo de las personas con discapacidad mediante el establecimiento de ayudas que faciliten su inclusión laboral, ayudas que podrán consistir en subvenciones o préstamos para la contratación, la adaptación de los puestos de trabajo, la eliminación de todo tipo de barreras que dificulten su acceso, movilidad, comunicación o comprensión en los centros de producción, la posibilidad de establecerse como trabajadores autónomos, bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social y cuantas otras se consideran adecuadas para promover la colocación de las personas con discapacidad, especialmente la promoción de cooperativas y otras entidades de la economía social.

La sección 2ª comienza con el artículo 40 relativo a la adopción de medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo, pues para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad, estando obligados los empresarios 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[12].

[12] Según dicho precepto legal, 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.

El artículo 41 contiene la definición de los servicios de empleo con apoyo (se regulan por su normativa reglamentaria), como el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades de inclusión laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes.

El artículo 42 establece, con excepciones, la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad para aquellas empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores, estando obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2% sean trabajadores con discapacidad, cómputo que se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquélla y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa, entendiéndose incluidos en dicho cómputo los trabajadores con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal.

A lo que añade dicho precepto legal que también en las ofertas de empleo público se reservará un cupo para ser cubierto por personas con discapacidad, en los términos establecidos en la normativa reguladora de la materia.

Por lo que se refiere a la sección 3º referente al empleo protegido, comienza con el artículo 43 regulador de los Centros Especiales de Empleo para la inclusión laboral de las personas con discapacidad, definidos como aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario, y que deberán prestar, a través de las unidades de apoyo, los servicios de ajuste personal y social[13] que requieran las personas trabajadoras con discapacidad, según sus circunstancias.

Respecto a la plantilla de los centros especiales de empleo, estará constituida por el mayor número de personas trabajadoras con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70% de aquélla, no contemplándose a estos efectos el personal sin discapacidad dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social.

Cabe añadir al respecto que el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores[14] (en adelante y para simplificar, ET), que lleva por rúbrica "Relaciones laborales de carácter especial" enumera qué relaciones laborales se consideran de carácter especial. Así pues, en su apartado primero contempla que son las siguientes:

- La del personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c), precepto que se refiere a "la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo", actividad que se encuentra excluida del ámbito regulado por el ET.
- La del servicio del hogar familiar.

[13] En virtud de dicho precepto, se entenderán por servicios de ajuste personal y social los que permitan ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que las personas trabajadoras con discapacidad de los centros especiales de empleo tengan en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como en la permanencia y progresión en el mismo, así como también se encontrarán comprendidos aquellos dirigidos a la inclusión social, cultural y deportiva.

[14] Publicado en el BOE en fecha de 24 de octubre de 2015.

- La de los penados en las instituciones penitenciarias.
- La de los deportistas profesionales.
- La de los artistas en espectáculos públicos.
- La de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquellas.
- La de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo.
- La de los menores sometidos a la ejecución de medidas de internamiento para el cumplimiento de su responsabilidad penal.
- La de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud.
- La de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.
- Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una ley. Por ende, el catálogo no es "numerus clausus", sino "numerus apertus".

A lo que añade el apartado segundo que, en todos los supuestos señalados con anterioridad, la regulación de dichas relaciones laborales respetará los derechos básicos reconocidos por la CE.

Se trata de la configuración por ley de unas relaciones de trabajo que, a pesar de haber sido calificadas como jurídico-laborales (por reunir las notas de voluntariedad, ajenidad, dependencia/subordinación y onerosidad[15]), se encuentran excluidas, en mayor o menor medida, según los casos, del régimen jurídico general establecido por la ley[16].

La agrupación de todas las relaciones laborales de carácter especial en un esquema unitario se debe a sus especialidades o peculiaridades con respecto al sujeto, causa u objeto del contrato común de trabajo, lo que conlleva el establecimiento de un régimen jurídico diferenciado para cada una de ellas[17].

Pues bien, en virtud del artículo 2.1 del ET, una de las relaciones laborales de carácter especial contenida en la letra g) la constituye la de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo, cuyo régimen jurídico se contiene en el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo[18].

Siguiendo con los Centros Especiales de Empleo, el artículo 44 trata sobre la compensación económica para los mismos para la inclusión laboral de las personas con discapacidad y dispone que, en atención a las especiales características que concurren en los centros especiales de empleo y para que éstos puedan cumplir la función social requerida, las administraciones públicas podrán, en la forma que reglamentariamente se determine, establecer compensaciones económicas, destinadas a los centros, para ayudar a la viabilidad de los mismos, estableciendo para ello, además, los mecanismos de control que se estimen pertinentes, siendo los criterios para establecer dichas compensaciones económicas que estos centros especiales de empleo reúnan las condiciones de utilidad pública y de imprescindibilidad y que carezcan de ánimo de lucro.

[15] Artículo 1.1 del ET.

[16] Moreno Vida, Mª. N.: "Relaciones laborales especiales", en Baylos Grau, A. P., Florencio Thomé, F., García Schwarz, R. (Coords.) y Casas Baamonde, Mª. E. (Pr.) *et al*: *Diccionario internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 1864.

[17] *Ibídem*, p. 1868.

[18] Publicado en el BOE en fecha de 8 de agosto de 1985.

Por su parte, el artículo 45 se refiere a la creación de centros especiales de empleo para la inclusión laboral de las personas con discapacidad, tanto por organismos públicos y privados como por las empresas, siempre con sujeción a las normas legales, reglamentarias y convencionales que regulen las condiciones de trabajo, por lo que las administraciones públicas, dentro del ámbito de sus competencias y a través del estudio de necesidades sectoriales, promoverán la creación y puesta en marcha de centros especiales de empleo, sea directamente o en colaboración con otros organismos o entidades, a la vez que fomentarán la creación de puestos de trabajo para personas con discapacidad mediante la adopción de las medidas necesarias para la consecución de tales finalidades, así como vigilarán, de forma periódica y rigurosa, que las personas con discapacidad sean empleadas en condiciones de trabajo adecuadas.

En penúltimo lugar, el artículo 46 concierne a la constitución de los enclaves laborales con el objeto de facilitar la transición al empleo ordinario de las personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades para el acceso al mismo.

Finalmente, el artículo 47, único precepto de la sección 4ª, contiene una referencia al empleo autónomo en el sentido de que los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, adoptarán políticas de fomento del trabajo autónomo de personas con discapacidad dirigidas al establecimiento y desarrollo de iniciativas económicas y profesionales por cuenta propia, o a través de entidades de la economía social, de acuerdo con la normativa reguladora de la materia.

III. LOS AJUSTES RAZONABLES

Una de las medidas para evitar despidos objetivos en las empresas fundamentados en las causas a) y b) del ET relativas a la ineptitud del trabajador y a la falta de adaptación del mismo a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, respectivamente, es realizar los denominados ajustes razonables, especialmente para aquellas personas con discapacidad o con enfermedades crónicas pero no discapacitantes.

Y es que, conviene subrayar que del artículo 35.1 de la CE se deriva el derecho del trabajador a la continuidad o estabilidad en el empleo. Derecho que implica fundamentalmente tres cosas:

1. Que el ordenamiento jurídico-laboral tenga preferencia por los contratos de duración indefinida sobre los contratos de duración determinada.
2. Que el trabajador esté protegido frente a la extinción arbitraria del contrato de trabajo, razón por la cual, se exige que el despido sea causal, esto es, que exista una justa causa extintiva[19] (en caso contrario, el despido será calificado como improcedente[20]), así como una serie de garantías formales y judiciales.
3. Que el ordenamiento jurídico instituya mecanismos de conservación de los contratos de trabajo como alternativas más beneficiosas para los trabajadores que la pura y simple extinción del vínculo laboral[21], en definitiva, ajustes razonables.

Pues bien, el artículo 52 ET debería establecer expresamente para todas las circunstancias que enumera (si bien, en algunas es más necesario que en otras, tales como, por ejemplo, en la ineptitud o en la falta de adaptación a las modificaciones técnicas/tecnológicas operadas en el puesto de trabajo) alternativas menos drásticas que la extinción del contrato de trabajo, en definitiva, ajustes razonables,

[19] Montoya Melgar, A.: "La protección constitucional de los derechos laborales", en Vv.Aa.: *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, p. 288.

[20] Sobre el régimen jurídico de la procedencia, improcedencia y nulidad del despido, *vid*., Ortega Lozano, P. G.: *Las consecuencias jurídicas del despido: procedencia, improcedencia y nulidad*, Murcia, Laborum, 2018, *passim*.

[21] Montoya Melgar, A.: "Estabilidad en el empleo, globalización económica y «flexiseguridad», en Gil y Gil, J. L. (Coord.) y Del Valle Villar, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009, pp. 87 y 88.

pues el despido por causas objetivas únicamente debe producirse como última ratio, siempre y cuando ello no suponga un coste excesivo para el empresario, así como no vaya en contra de los poderes empresariales[22].

De hecho, el artículo 39.c) del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo[23] establecía que constituye causa suficiente de despido "la necesidad de amortizar individualmente un puesto de trabajo cuando no proceda utilizar al trabajador afectado en otras tareas". Además, de esta forma, se cumpliría con el principio general de adaptación del trabajo a la persona contenido en el artículo 15.1.d) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales[24], así como en el artículo 36.5 del ET.

Por lo tanto, los ajustes razonables constituyen una obligación ineludible para el empresario porque no sólo evitan despidos por dichas causas, sino que también facilitan la prestación de trabajo de la persona discapacitada o con enfermedades crónicas no discapacitantes, además de contribuir a evitar un deterioro mayor de su salud[25].

Los supuestos de ajustes razonables[26] o, de medidas adecuadas[27] (que sirven para todas las causas del despido objetivo) son, por ejemplo:

- La adaptación del puesto de trabajo o del mobiliario (eliminando los obstáculos a la movilidad y facilitando la realización de las diversas tareas).
- La adaptación del equipo técnico (especialmente si el trabajador padece problemas visuales o auditivos).
- La posibilidad de contar con una persona de apoyo en la realización de las funciones y cometidos.
- La eliminación de barreras en el acceso al centro de trabajo (mediante rampas o la reserva de plazas de aparcamiento).
- La reducción de la jornada laboral.
- La modificación del horario laboral.
- La modificación de la jornada laboral.
- El cambio de puesto de trabajo (tanto dentro del mismo centro de trabajo como fuera de éste).
- Los traslados de centro de trabajo.
- El teletrabajo[28].

[22] Al respecto, *vid*., Ortega Lozano, P. G.: *Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador: España e Italia*, Granada, Comares, 2020, *passim*.

[23] Publicado en el BOE en fecha de 9 de marzo de 1977.

[24] Publicada en el BOE en fecha de 10 de noviembre de 1995.

[25] López Álvarez, Mª. J.: "A vueltas con la calificación del despido por enfermedad", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 209, 2018 (recurso electrónico).

[26] Al respecto, *vid*., las medidas que deberían considerarse para evitar o limitar al máximo las terminaciones de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, contenidas en la Recomendación núm. 166 de la OIT, consistentes en "*la restricción de la contratación de personal, el recurso a la disminución natural del personal sin reponer las bajas durante cierto período, los traslados internos, la formación y el readiestramiento de los trabajadores, el retiro anticipado voluntario con la adecuada protección de los ingresos, la disminución de las horas extraordinarias y la reducción de la duración normal del trabajo*".

[27] Gutiérrez Colominas, D.: *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, Albacete, Bomarzo, 2019, p. 277.

[28] *Vid*., Mella Méndez, L.: "Las cláusulas convencionales en materia de trabajo a distancia: contenido general y propuestas de mejora", en *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 6, 2016, p. 112.

- El aumento de los días de descanso semanal retribuido[29].

Lo anterior, salvo si no fuera materialmente posible o los ajustes razonables generen una situación de excesiva onerosidad sobrevenida insoportable o muy gravosa para los intereses legítimos del empleador, en cuyo caso, éste podría activar legítimamente el despido basado en una incapacidad o ineptitud para el trabajo presumiblemente definitiva[30].

IV. CONCLUSIONES

1. Según la Real Académica Española (RAE), el término "bioética", de bio- y ética, tiene dos significados:

- "Perteneciente o relativo a la bioética" y;
- "Estudio de los problemas éticos originados por la investigación biológica y sus aplicaciones, como en la ingeniería genética o la clonación".

2. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[31] 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.

3. El RDL 1/2013 se dictó en aplicación de lo previsto en la disposición final segunda de la Ley 26/2011, la cual adaptó la normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

4. Se dice que un derecho vale lo que valen sus garantías[32]. En este sentido, existe un estándar multinivel de garantía del derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación de las personas trabajadoras con discapacidad en el ámbito internacional, europeo, comunitario y nacional.

A título ejemplificativo, según la OIT, "*las personas con discapacidad representan aproximadamente mil millones de personas, un 15% de la población mundial. Alrededor del 80 por ciento están en edad de trabajar. Sin embargo, su derecho a un trabajo decente, es con frecuencia denegado. Las personas con discapacidad, en particular las mujeres con discapacidad, se enfrentan a enormes barreras actitudinales, físicas y de la información que dificultan el disfrute a la igualdad de oportunidades en el mundo del trabajo. En comparación con las personas sin discapacidad, las personas con discapacidad experimentan mayores tasas de desempleo e inactividad económica y están en mayor riesgo de una protección social insuficiente la cual es clave para reducir la pobreza extrema*".

---

[29] Martínez-Gijón Machuca, M. Á.: *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, Albacete, Bomarzo, 2017, p. 145; Martínez-Gijón Machuca, M. Á.: "Obesidad/discapacidad, absentismo y despido: el art. 52.d) ET pasa "rozando" el filtro de la Directiva 2000/78 (comentario a la STJUE de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero)", en *Revista de Derecho Social*, núm. 81, 2018, p. 150.

[30] En realidad, el artículo 52.a) ET no acoge expresamente la obligación jurídica de adaptar el puesto de trabajo a la persona antes de proceder de manera inmediata al despido por circunstancias objetivas, pero, como acabamos de visionar, una necesaria e ineludible interpretación sistemática con el grupo normativo regulador aplicable conduce a postular que, en la mayoría de los casos, será necesaria una adaptación preventiva o una reubicación del trabajador en un puesto de trabajo distinto dentro de su grupo profesional que sea compatible con la capacidad productiva residual que ostenta: en otros términos, éste solo puede ser legítimo como última medida previo agotamiento de otras que se imponen en el sistema legal (artículos 4.2.d) del ET, 15.1.d), 24.4 y 25 de la Ley 31/1995 y 243 del RDL 8/2015). Monereo Pérez, J. L.: "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2019, p. 684.

[31] 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.

[32] Monereo Pérez, J. L, Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R. y Maldonado Molina, J. A.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2020, p. 478.

Razón por la cual, dicho organismo declara que "*tiene un compromiso de larga duración para promover la justicia social y lograr trabajo decente para las personas con discapacidad. Es necesario un doble enfoque para la inclusión de la discapacidad. Un eje se refiere a los programas o iniciativas específicas para personas con discapacidad destinadas a superar las desventajas o barreras particulares, mientras que el otro busca garantizar la inclusión de las personas con discapacidad en los servicios y actividades de carácter general, tales como la formación profesional, la promoción del empleo, planes de protección social y estrategias para la reducción de la pobreza*".

5. Si bien es un hecho real que las personas con discapacidad, al igual que sucede con otros colectivos de trabajadores tales como las mujeres, los inmigrantes, las personas mayores[33] o los jóvenes, tienen una mayor dificultad para acceder al mercado laboral, también lo es que tienen un mayor riesgo de ser expulsados del mismo[34].

6. Las personas con discapacidad, al igual que dichas otras colectividades, tienen el derecho a un trabajo decente o con derechos, término que es definido por la OIT como aquel trabajo productivo desarrollado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad[35], debiendo existir un marco tuitivo[36] que permita que los derechos de las personas trabajadoras sean efectivamente protegidos[37].

Trabajo decente que se encuentra íntimamente unido, en caso de incumplimiento, al trabajo informal, que ha sido tradicionalmente identificado como aquella actividad marginal y, en muchos casos, carente de una regulación normativa específica, lo que supone no únicamente un ejercicio de ocultamiento voluntario por parte de sus protagonistas sino, además, una inacción de los poderes públicos en general a la hora de incorporar dichas actividades a la esfera del Derecho[38].

El problema estriba en que las condiciones laborales y sociales de muchas personas trabajadoras (incluidos los trabajadores autónomos o por cuenta propia[39]) se alejan tanto del trabajo decente como del trabajo informal[40].

7. Una de las medidas para evitar despidos objetivos en las empresas fundamentados en las causas a) y b) del artículo 52 del ET relativas a la ineptitud del trabajador y a la falta de adaptación del mismo a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, respectivamente, es realizar los denominados ajustes razonables, especialmente para aquellas personas con discapacidad o con enfermedades crónicas pero no discapacitantes.

---

[33] Al respecto, *vid*., Ortega Lozano, P. G.: "Trabajadores de edad avanzada o trabajadores maduros en la política de empleo" en Monereo Pérez, J. L. y Maldonado Molina, J. A. (Dirs.) *et al*: *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019, pp. 491-514.

[34] Aragón Gómez, C.: "La ineptitud sobrevenida por razón de edad". *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Valladolid, Lex Nova, 2009, p. 236.

[35] Constituyendo el derecho al salario mínimo de los trabajadores una condición digna de los mismos. Al respecto, *vid*., Moreno Vida, Mª. N.: "Trabajo decente y salario mínimo en el sistema multinivel de garantías", en Aa.Vv.: *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018, pp. 219-234.

[36] Sobre el trabajo decente y la tutela judicial efectiva, *vid*., Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G.: "Trabajo decente y tutela judicial efectiva", en Aa.Vv.: *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018, pp. 451-477.

[37] Monereo Pérez, J. L. y Perán Quesada, S.: "Configuración y sentido jurídico-político y técnico-jurídico", en Aa.Vv.: *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018, p. 3.

[38] Monereo Pérez, J. L. y Perán Quesada, S.: "El Derecho Social ante el espejo de sus limitaciones. La inacción del Derecho Social ante el fenómeno del trabajo informal", en Aa.Vv.: *Derecho social y trabajo informal: implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, Granada, Comares, 2016, p. XII.

[39] Según Vila Tierno, F.: "Emprendimiento y trabajo autónomo como formas de huida del estándar de trabajo decente", en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 421, 2018, p. 45: por ejemplo, en cuanto a la rebaja de las condiciones de las pensiones a las que, en el futuro, tendrán derecho los sujetos.

[40] Monereo Pérez, J. L. y Perán Quesada, S.: "Configuración y sentido jurídico-político y técnico-jurídico", en Aa.Vv.: *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018, p. 3.

Y es que, conviene subrayar que del artículo 35.1 de la CE se deriva el derecho del trabajador a la continuidad o estabilidad en el empleo. Derecho que implica fundamentalmente tres cosas:

- Que el ordenamiento jurídico-laboral tenga preferencia por los contratos de duración indefinida sobre los contratos de duración determinada.
- Que el trabajador esté protegido frente a la extinción arbitraria del contrato de trabajo, razón por la cual, se exige que el despido sea causal, esto es, que exista una justa causa extintiva[41], así como una serie de garantías formales y judiciales.
- Que el ordenamiento jurídico instituya mecanismos de conservación de los contratos de trabajo como alternativas más beneficiosas para los trabajadores que la pura y simple extinción del vínculo laboral[42], en definitiva, ajustes razonables.

Pues bien, el artículo 52 ET debería establecer expresamente para todas las circunstancias que enumera (si bien, en algunas es más necesario que en otras, tales como, por ejemplo, en la ineptitud o en la falta de adaptación a las modificaciones técnicas/tecnológicas operadas en el puesto de trabajo) alternativas menos drásticas que la extinción del contrato de trabajo, en definitiva, ajustes razonables, pues el despido por causas objetivas únicamente debe producirse como última ratio, siempre y cuando ello no suponga un coste excesivo para el empresario, así como no vaya en contra de los poderes empresariales[43].

Por lo tanto, los ajustes razonables constituyen una obligación ineludible para el empresario porque no sólo evitan despidos por dichas causas, sino que también facilitan la prestación de trabajo de la persona discapacitada o con enfermedades crónicas no discapacitantes, además de contribuir a evitar un deterioro mayor de su salud[44].

Los supuestos de ajustes razonables[45] o, de medidas adecuadas[46] (que sirven para todas las causas del despido objetivo) son, por ejemplo:

- La adaptación del puesto de trabajo o del mobiliario (eliminando los obstáculos a la movilidad y facilitando la realización de las diversas tareas).
- La adaptación del equipo técnico (especialmente si el trabajador padece problemas visuales o auditivos).
- La posibilidad de contar con una persona de apoyo en la realización de las funciones y cometidos.
- La eliminación de barreras en el acceso al centro de trabajo (mediante rampas o la reserva de plazas de aparcamiento).

[41] Montoya Melgar, A.: "La protección constitucional de los derechos laborales", en Vv.Aa.: *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, p. 288.

[42] Montoya Melgar, A.: "Estabilidad en el empleo, globalización económica y «flexiseguridad», en Gil y Gil, J. L. (Coord.) y Del Valle Villar, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009, pp. 87 y 88.

[43] Al respecto, *vid*., Ortega Lozano, P. G.: *Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador: España e Italia*, Granada, Comares, 2020, *passim.*

[44] López Álvarez, Mª. J.: "A vueltas con la calificación del despido por enfermedad", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 209, 2018 (recurso electrónico).

[45] Al respecto, *vid*., las medidas que deberían considerarse para evitar o limitar al máximo las terminaciones de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, contenidas en la Recomendación núm. 166 de la OIT, consistentes en "*la restricción de la contratación de personal, el recurso a la disminución natural del personal sin reponer las bajas durante cierto período, los traslados internos, la formación y el readiestramiento de los trabajadores, el retiro anticipado voluntario con la adecuada protección de los ingresos, la disminución de las horas extraordinarias y la reducción de la duración normal del trabajo*".

[46] Gutiérrez Colominas, D.: *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, Albacete, Bomarzo, 2019, p. 277.

- La reducción de la jornada laboral.
- La modificación del horario laboral.
- La modificación de la jornada laboral.
- El cambio de puesto de trabajo (tanto dentro del mismo centro de trabajo como fuera de éste).
- Los traslados de centro de trabajo.
- El teletrabajo[47].
- El aumento de los días de descanso semanal retribuido[48].

Lo anterior, salvo si no fuera materialmente posible o los ajustes razonables generen una situación de excesiva onerosidad sobrevenida insoportable o muy gravosa para los intereses legítimos del empleador, en cuyo caso, éste podría activar legítimamente el despido basado en una incapacidad o ineptitud para el trabajo presumiblemente definitiva[49].

V. BIBLIOGRAFÍA

Aragón Gómez, C.: "La ineptitud sobrevenida por razón de edad". *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Valladolid, Lex Nova, 2009.

Gutiérrez Colominas, D.: *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, Albacete, Bomarzo, 2019.

López Álvarez, Mª. J.: "A vueltas con la calificación del despido por enfermedad", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 209, 2018.

Martínez-Gijón Machuca, M. Á.: *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, Albacete, Bomarzo, 2017.

Martínez-Gijón Machuca, M. Á.: "Obesidad/discapacidad, absentismo y despido: el art. 52.d) ET pasa "rozando" el filtro de la Directiva 2000/78 (comentario a la STJUE de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero)", en *Revista de Derecho Social*, núm. 81, 2018.

Mella Méndez, L.: "Las cláusulas convencionales en materia de trabajo a distancia: contenido general y propuestas de mejora", en *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 6, 2016.

Monereo Pérez, J. L.: "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2019.

[47] *Vid*., Mella Méndez, L.: "Las cláusulas convencionales en materia de trabajo a distancia: contenido general y propuestas de mejora", en *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 6, 2016, p. 112.

[48] Martínez-Gijón Machuca, M. Á.: *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, Albacete, Bomarzo, 2017, p. 145; Martínez-Gijón Machuca, M. Á.: "Obesidad/discapacidad, absentismo y despido: el art. 52.d) ET pasa "rozando" el filtro de la Directiva 2000/78 (comentario a la STJUE de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero)", en *Revista de Derecho Social*, núm. 81, 2018, p. 150.

[49] En realidad, el artículo 52.a) ET no acoge expresamente la obligación jurídica de adaptar el puesto de trabajo a la persona antes de proceder de manera inmediata al despido por circunstancias objetivas, pero, como acabamos de visionar, una necesaria e ineludible interpretación sistemática con el grupo normativo regulador aplicable conduce a postular que, en la mayoría de los casos, será necesaria una adaptación preventiva o una reubicación del trabajador en un puesto de trabajo distinto dentro de su grupo profesional que sea compatible con la capacidad productiva residual que ostenta: en otros términos, éste solo puede ser legítimo como última medida previo agotamiento de otras que se imponen en el sistema legal (artículos 4.2.d) del ET, 15.1.d), 24.4 y 25 de la Ley 31/1995 y 243 del RDL 8/2015). Monereo Pérez, J. L.: "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2019, p. 684.

Monereo Pérez, J. L, Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R. y Maldonado Molina, J. A.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2020.

Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G.: "Trabajo decente y tutela judicial efectiva", en Aa.Vv.: *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018.

Monereo Pérez, J. L. y Perán Quesada, S.: "Configuración y sentido jurídico-político y técnico-jurídico", en Aa.Vv.: *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018.

Monereo Pérez, J. L. y Perán Quesada, S.: "El Derecho Social ante el espejo de sus limitaciones. La inacción del Derecho Social ante el fenómeno del trabajo informal", en Aa.Vv.: *Derecho social y trabajo informal: implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, Granada, Comares, 2016.

Moreno Vida, Mª. N.: "Trabajo decente y salario mínimo en el sistema multinivel de garantías", en Aa.Vv.: *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018.

Moreno Vida, Mª. N.: "Relaciones laborales especiales", en Baylos Grau, A. P., Florencio Thomé, F., García Schwarz, R. (Coords.) y Casas Baamonde, Mª. E. (Pr.) *et al*: *Diccionario internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Montoya Melgar, A.: "Estabilidad en el empleo, globalización económica y «flexiseguridad», en Gil y Gil, J. L. (Coord.) y Del Valle Villar, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009.

Montoya Melgar, A.: "La protección constitucional de los derechos laborales", en Vv.Aa.: *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980.

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.: "Trabajadores de edad avanzada o trabajadores maduros en la política de empleo" en Monereo Pérez, J. L. y Maldonado Molina, J. A. (Dirs.) *et al*: *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019.

Ortega Lozano, P. G.: *Las consecuencias jurídicas del despido: procedencia, improcedencia y nulidad*, Murcia, Laborum, 2018.

Vila Tierno, F.: "Emprendimiento y trabajo autónomo como formas de huida del estándar de trabajo decente", en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 421, 2018.

Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

12. El Plan Andaluz De Salud

Sheila López Vico
Contratada predoctoral FPU
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-2608-3436

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL: BREVE REFERENCIA AL ORIGEN Y FINALIDAD DEL PLAN ANDALUZ DE SALUD. II. ÁNALISIS CRÍTICO DEL CONTENIDO DEL IV PLAN ANDALUZ DE SALUD. *1.PRINCIPALES DETERMINANTES DE LA SALUD EN ANDALUCÍA.* A) FACTORES DE CARÁCTER DEMOGRÁFICO: ESPERANZA DE VIDA, ENVEJECIMIENTO DE LA POBLACIÓN Y NATALIDAD. B) CONDICIONANTES SOCIALES DE LA SALUD. C) LOS HÁBITOS Y EL ESTILO DE VIDA DE LA CIUDADANÍA COMO UN DETERMINANTE DE SU SALUD. D) LA SITUACIÓN DE LA SALUD DE LOS CIUDADANOS ANDALUCES E) LAS ACTIVIDADES Y PERSPECTIVAS DEL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO DE ANDALUCÍA. *2.ESTUDIO DE LOS PRINCIPALES COMPROMISOS, METAS Y OBJETIVOS RECOGIDOS EN EL IV PLAN ANDALUZ DE SALUD.* III. EL PLAN ANDALUZ DE SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ESPECIAL REFERENCIA AL ENVEJECIMIENTO. IV. CONCLUSIONES CRÍTICAS. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL: BREVE REFERENCIA AL ORIGEN Y FINALIDAD DEL PLAN ANDALUZ DE SALUD

La protección de la salud de todos los ciudadanos, sin que concurra causa alguna de discriminación[1], se ha convertido desde hace décadas, y especialmente desde la consagración del Estado de Bienestar[2], en un tema nuclear en las distintas políticas y estrategias adoptadas tanto en el ámbito nacional como en el plano internacional y europeo. Este derecho, y el mandato realizado a los poderes públicos para adoptar las medidas que resulten oportunas para garantizar la eficacia del mismo, se encuentra plasmado en nuestro país de manera expresa en el artículo 43 de nuestra Carta Magna[3], guardando el mismo también, y como no podía ser de otra forma, una íntima relación con otros derechos fundamentales plasmados en nuestra Constitución, como son el derecho a la vida[4] y el derecho a la dignidad[5] de todas las personas[6].

Para dar cumplimiento a dicho mandato constitucional y garantizar al mismo tiempo la igualdad de todos los españoles en esta materia[7], se realiza en nuestro país un reparto de competencias, de modo

[1] Así lo recogió la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Nueva York, 22 de julio de 1946, al disponer que: "*El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social*."

[2] Ello se debe a que, como ha señalado el recientemente aprobado III Plan de acción integral para las personas con discapacidad en Andalucía, forma parte de uno de los pilares del Estado de Bienestar, junto a otros como son la educación o las pensiones. Este plan se encuentra disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/servicios/normativa/normas-elaboracion/detalle/210953.html

[3] Art. 43.1 CE: "*1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto*."

[4] Art. 15 CE: "*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral…"*

[5] Art. 10 CE: "*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social."*

[6] *Vid*. Guindo Morales, S.: "La regulación legal del derecho a la salud y asistencia sanitaria: el modelo legal de protección", en VV.AA.: *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19*, tomo I, Monereo Pérez, J.L., Rivas Vallejo, P., Moreno Vida, M.N., Vila Tierno, F., y Álvarez Cortés, J.C. (Dirs.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 234.

[7] Cuestión que no siempre ha estado exenta de debate en la práctica como señala Maldonado Molina, J.A.: "La distribución de competencias como límite a la efectiva protección de la salud (STC 134/2017, de 16 de noviembre;

que sobre la base de lo dispuesto en el art. 148. 1. 21º CE, entre la lista de competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas figura la "*Sanidad e higiene*", siendo en cambio competencia Estatal sobre la base del art. 149.1.16º "*La sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos*."

El reconocimiento de dichas competencias en Andalucía fue llevado a cabo por medio de la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Andalucía -en adelante y para abreviar EAA-, la cual recogió la competencia exclusiva en el ámbito comunitario en materia de "*Sanidad e higiene*[8]" y en consecuencia, su capacidad para "*el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior*[9]." Así, en Andalucía se aprobó, entre otras disposiciones, la Ley 8/1986, de 6 de mayo, del Servicio Andaluz de Salud, destinada a ordenar las funciones y competencias que le fueron consignadas en dicha materia, creando para ello las correspondientes instituciones y medidas pertinentes, que como fue recogido posteriormente en la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía -en adelante y para abreviar LSA-, permitió constituir en nuestra comunidad un "*Sistema Sanitario Público de Salud que se ha consolidado como el garante del derecho de nuestros ciudadanos a la protección de la salud, de forma universalizada y equitativa, sin que nadie se vea discriminado por razones económicas, sociales, raciales, geográficas, o por cualquier otra circunstancia*[10]."

Entre las medidas que fueron llevadas a cabo por nuestro Gobierno Autonómico desde aquel momento, debemos de destacar la creación del Plan Andaluz de Salud -en adelante y para abreviar PAS-. Así, por medio del Decreto 134/1991, de 16 de julio, de estructura orgánica de la Consejería, se aludía ya en su art. 5 a la necesidad de "*la elaboración del Plan Andaluz de Salud , así como la tutela y evaluación del desarrollo del mismo*." Ya en dicho momento histórico habían ido sucediéndose en nuestro país un conjunto de cambios en la sociedad -entre otros el envejecimiento de la población, el aumento de la esperanza de vida, las innovaciones tecnológicas que progresivamente irían adquiriendo cada vez una mayor fuerza, la progresiva incorporación de la mujer al mercado laboral, etc.- que pusieron de manifiesto la necesidad de introducir una serie de modificaciones que permitiesen garantizar la protección de los derechos de la ciudadanía, y en este sentido, dicho plan se alzó como "*un poderoso instrumento para reorientar las actuaciones del conjunto del sistema sanitario hacia un objetivo prioritario: mejorar la salud de nuestra población. Y todo ello, sobre la base de tres pilares fundamentales: la equidad, la solidaridad social y la redistribución*[11]*."*

Por lo tanto, el Plan Andaluz de Salud ha constituido un importante instrumento en nuestra Comunidad Autónoma en aras de garantizar el derecho a la salud de los ciudadanos andaluces, habiéndose sucedido desde su creación en el año 1993 diversos planes que han constituido el "*marco de referencia y el instrumento indicativo para todas las actuaciones en materia de salud en el ámbito de Andalucía*[12]*",* tratando de adaptar en todo momento el sistema andaluz de salud a los cambios operados en nuestro país, evitando así que los mismos diesen lugar a una disminución de la protección de los ciudadanos en materia sanitaria, al constituir, como hemos visto la salud un *"verdadero derecho social fundamental*[13]*"*

140/2017, de 30 de noviembre; y 145/2017, de 14 de diciembre)", en *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, V. 20, núm. 2, 2017, p. 308.

[8] Art. 13.21º EAA.

[9] Art. 20 EAA.

[10] *Vid*. Exposición de motivos de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía.

[11] *Vid*. Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía, núm. 302, de 7 de diciembre de 1993.

[12] Art. 30 LSA.

[13] *Vid*. Monereo Pérez, J.L.: "El derecho a la salud y a la asistencia sanitaria en los ordenamientos interno e internacional" en VV.AA.: *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19*, tomo I, Monereo Pérez, J.L., Rivas Vallejo, P., Moreno Vida, M.N., Vila Tierno, F., y Álvarez Cortés, J.C. (Dirs.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 116.

El último plan aprobado fue IV Plan Andaluz de Salud, el cual, se articula en torno a 6 compromisos, 24 metas y 92 objetivos y tenía previsto un periodo de vigencia que abarcaba desde su aprobación en el año 2013 al año 2020. Sin embargo, pese a haber transcurrido ya dos años desde el final de su periodo previsto de vigencia, no existe aún ninguna información sobre el futuro plan que venga a sustituir a este. Es por ello que, ante el relevante papel que ocupa este plan en nuestra Comunidad Autónoma, y la íntima vinculación que presenta con el tema objeto de estudio, realizaremos en lo que resta de capítulo un análisis del contenido del IV PAS. Para ello, partiremos de un análisis general, evidenciando su objetivo y principales medidas y compromisos recogidos por medio del mismo, tras lo cual, entraremos propiamente a analizar aquellos aspectos del mismo que presentan una especial relevancia en aras de garantizar una adecuada protección social de las personas con discapacidad, y de manera más concreta de aquellas personas que sufren dicha discapacidad como consecuencia de su envejecimiento, cuestión que como veremos cobra una especial relevancia en nuestra Comunidad Autónoma como consecuencia del envejecimiento de la población, la baja natalidad, y el aumento que se viene produciendo en la esperanza de vida. Finalmente, se cerrará este capítulo recogiendo una serie de conclusiones críticas que permitan identificar cuáles son aquellos compromisos, metas y objetivos plasmados en el IV PAS en los que será necesario continuar avanzando así como aquellos que deberán de plasmarse en el futuro V Plan Andaluz de Empleo, en aras de garantizar una adecuada evolución de las medidas de protección sanitarias y de carácter social, que permitan garantizar el derecho a la salud en nuestra Comunidad Autónoma.

II. ÁNALISIS CRÍTICO DEL CONTENIDO DEL IV PLAN ANDALUZ DE SALUD

Tal y como se ha indicado, el IV PAS constituye en nuestra Comunidad Autónoma una herramienta clave en la dirección de la política de salud[14] y en consecuencia, en la protección social de la ciudadanía, al centrar el mismo sus esfuerzos en un auténtico derecho social fundamental como es la salud. Ello puede verse reflejado de manera clara en el propio objetivo perseguido por medio de dicho plan, que no es otro que afianzar la salud "*sólidamente como valor capital de la sociedad*[15]." Sin embargo, la consecución de dicho objetivo, por muy deseable que resulte, no es una tarea fácil, más aún en un marco social, económico y político como el actual, en el cual se está produciendo una "ruptura del paradigma garantista de los derechos fundamentales y señaladamente de los derechos sociales[16]", como consecuencia de la acusada reducción de las garantías legales en términos generales, y especialmente en materia laboral, en aras de lograr los objetivos e intereses económicos presentes en el mercado. Es por ello que, para lograr la consecución de dicho fin, resulta imprescindible el establecimiento de una estrategia integral y coordinada, que permita afrontar los múltiples retos presentes en la protección de la salud de la ciudadanía en un entorno altamente cambiante y en el cual, se suceden nuevos retos en materia de salud que requieren una respuesta unitaria, tal y como hemos podido ver recientemente como consecuencia de la pandemia del COVID-19.

En este sentido, existen múltiples evidencias, tal y como se recoge en el IV PAS, de que el nivel de salud de una determinada sociedad se encuentra íntimamente relacionado con su nivel de cohesión, indicando que *"cuanto más equitativas las políticas sociales que se impulsen en ella, mejor será la salud individual y colectiva de la población y menores las situaciones de vulnerabilidad y desprotección*." Es por ello que, si ya en el III PAS se resaltaba la necesidad de convergencia, coordinación y cooperación entre los diversos Departamentos y Organismos de la Administración Autonómica, así como por supuesto de los diversos planes y estrategias impulsados por los mismos, en este IV PAS, y consciente de los múltiples retos que rodean la adopción del mismo, se refuerza este planteamiento, tratando de implantar lo que denomina como «*Salud en Todas las Políticas*», basándose dicha estrategia, según lo dispuesto en el plan, en el impulso de "*la alianza entre todas las*

[14] Así lo plasmó la Sentencia del TSJ Andalucía (Sevilla) (Social), sec. 1ª, S 21-11-2018, nº 3294/2018, rec. 3266/2017.

[15] *Vid*. IV Plan Andaluz de Salud, p. 5.

[16] Monereo Pérez, J.L.: "Refundar el ordenamiento laboral para juridificar plenamente el principio de justicia social y el trabajo decente", en *Lex social: revista de los derechos sociales*, vol. 9, núm. 1, 2019, p. 228.

políticas de un mismo gobierno" como medio para lograr una mejora en las condiciones de salud de los ciudadanos.

Para poder conseguir dicho objetivo, y consciente de la complejidad presente en la configuración legal y garantía de dicho derecho, recoge el plan la necesidad de que se tomen en consideración en su protección no solo los hábitos de vida de las personas -cuestión que indudablemente repercute de manera directa en su estado de salud- sino también otra serie de factores y circunstancias que también inciden en la salud de la ciudadanía y que no tienen por qué estar bajo su control, entre los que por ejemplo pueden destacarse el medio social en el que se desenvuelven[17], el contexto político o socioeconómico existente en el país de pertenencia[18], etc.

Por lo tanto, antes de entrar a analizar los compromisos y metas específicos que se recogen a través de dicho plan, debemos de partir haciendo al menos una breve referencia a los condicionantes o determinantes de la salud que se alzaron como protagonistas en el momento de aprobación del IV PAS, ya que ello nos permitirá identificar cuáles son los que siguen presentando relevancia casi una década después de su aprobación, así como también que nuevos factores deben de ser recogidos en el futuro V PAS.

1. Principales determinantes de la salud en Andalucía

El plan recoge cinco grandes categorías de factores que presentan una especial incidencia en la salud de los ciudadanos de nuestra Comunidad Autónoma, siendo estos los factores de carácter demográfico, los condicionantes sociales, los hábitos y estilos de vida, la situación de la salud de los ciudadanos andaluces, y finalmente las actividades y perspectivas del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

A) Factores de carácter demográfico: esperanza de vida, envejecimiento de la población y natalidad

En primer lugar, en lo que a los factores de carácter demográfico se refiere, hace el plan especial hincapié en la relevancia que, tanto en el momento actual como en los años próximos, presentarán los cambios demográficos que se vienen produciendo en nuestro país. Desde hace décadas, ha venido evidenciando la doctrina cómo el aumento de la esperanza de vida, la incorporación de la mujer al mercado laboral, la cada vez más tardía emancipación de las personas más jóvenes, la baja natalidad[19], etc., estaba ocasionando un cambio relevante en la composición de nuestra sociedad, lo cual incide irremediablemente en las diversas políticas, planes y estrategias que se adoptan en todos los ámbitos, tanto político, económico, social y laboral, debiendo de adaptarse las políticas ya existentes a las nuevas y diferentes necesidades de la ciudadanía, así como crear otras hasta el momento desconocidas que permitan paliar los efectos negativos que dichos cambios pudieran tener en la salud y seguridad de los ciudadanos.

[17] Precisamente este hecho representa un importante avance en el contenido del Plan Andaluz de Salud, ya que una de las críticas evidenciadas por la doctrina en las primeras manifestaciones del PAS fue la ausencia de referencia a la interrelación presente entre salud/medio-ambiente, indicando ya en dicho momento que "el impacto ambiental en la salud…, puede y debe contemplarse en la estrategia del Plan Andaluz de Salud." *Cfr*. López Lara, E. J.: "El plan andaluz de salud", en *Revista de estudios andaluces*, núm. 16, 1991, p. 178. La indudable repercusión que el medio ambiente presenta en la salud de la ciudadanía constituye un hecho que ya fue expresamente reconocido por la Primera Conferencia Europea sobre salud y medioambiente, celebrada en Frankfurt los días 8 y 9 de diciembre de 1989.

[18] Así evidenció la OMS en el Informe sobre la salud en el mundo 2000: Mejorar el desempeño de los sistemas de salud de 29 de marzo del año 2000 como, entre otros factores, "la manera de concebir, gestionar y financiar los sistemas de salud influye en la vida y en los medios de subsistencia de la gente." Disponible en: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA53/sa4.pdf

[19] Así lo recoge entre otros Tortuero Plaza, J.L.: "Las reformas de los sistemas de pensiones: crisis económica y factor demográfico", en *Revista de Administración Pública*, núm. 42, 2011, pp. 67 y ss.

Estos cambios demográficos se mostraron acusados en nuestro país en general, y en nuestra Comunidad Autónoma en particular, ya que como veremos, pese a ser la Comunidad Autónoma de Andalucía una de las comunidades que ha seguido una tendencia creciente y positiva en el número de habitantes, se ha detectado como la misma presenta una población envejecida, con niveles descendentes de natalidad, elevadas tasas de paro -especialmente en épocas de crisis como la que se derivó de la pandemia del Covid-19-, etc. Es por ello que, aunque estos cambios y las medidas que puedan hacer frente a los mismos han venido siendo ya plasmadas en los planes que anteceden al actualmente vigente, las mismas se han mostrado -tomando como base los datos más recientes- evidentemente insuficientes para garantizar la adaptación de las diversas políticas sociales y asistenciales a las necesidades de la ciudadanía.

Entre los diversos y significantes cambios demográficos que se han producido en nuestro país, y que hemos recogido con anterioridad, hay dos de ellos cuyos efectos combinados se muestran especialmente graves, tanto desde un punto de vista sanitario como social. Nos referimos en este punto a la acusada disminución de la natalidad que desde hace años se ha venido poniendo de manifiesto en nuestro país, junto a la cada vez mayor esperanza de vida de la ciudadanía. Ambos factores combinados han dado lugar a un envejecimiento de la población o, como se afirma en el plan, a un "*envejecimiento del envejecimiento",* esto es, un aumento progresivo de las personas de más de ochenta años, que a su vez concurre con bajas tasas de natalidad.

Resulta evidente la incidencia que este fenómeno tiene tanto en el diseño y previsión como en la configuración de las distintas medidas de protección sanitaria, social y, por supuesto, laboral que deben de ser aplicadas para la paliar los posibles efectos negativos que tanto en la propia salud y seguridad de la ciudadanía como en la configuración de nuestro sistema de seguridad social y empresarial pudieran tener dichos cambios demográficos. Habiendo surgido como consecuencia de ello importantes debates en torno a cuestiones nucleares en nuestro sistema social, como son la necesidad de garantizar una adecuada evolución de las pensiones, la insuficiencia de las mismas, la posibilidad de ampliar la edad de jubilación, la necesidad de habilitar nuevos mecanismos de protección social que se adapten a las necesidades de este colectivo de ciudadanos, etc.

En torno a esta cuestión, recoge el plan una serie de relevantes conceptos referentes a la evolución de la esperanza de vida en nuestro país que además vinculan las dos cuestiones nucleares que venimos analizando en este capítulo, que no son otras que la protección sanitaria y social de las personas con discapacidad. En particular, recoge los conceptos de esperanza de vida libre de incapacidades, esperanza de vida en buena salud y de esperanza de vida libre de discapacidad. Estos conceptos, vinculan la necesidad de fomentar no solo un aumento de la esperanza de vida de la ciudadanía, sino también, y siendo este el aspecto clave, de fomentar y promover que dicho aumento del número de años de vida vaya acompañado también de mejores condiciones de salud, que permitan desarrollar a las personas de mayor edad su proyecto vital, esto es, garantizar un envejecimiento con buena salud y libre de discapacidad.

B) Condicionantes sociales de la salud

El siguiente de los grandes determinantes de la salud a los que se alude en el plan es a los condicionantes sociales, dentro del cual se analizan con detenimiento un amplio y variado número de causas que pueden incidir en la salud de los ciudadanos, como puede ser la situación económica y social de los mismos, su nivel de renta, la realización de un trabajo retribuido o no, las condiciones de la vivienda o entorno en el que se reside, el nivel de formación, factores relacionados con el medio ambiente -calidad del aire, agua, ruido, la alimentación, la temperatura…-, etc.

Como puede apreciarse, nos encontramos ante un espectro muy variado de causas que sin duda repercuten significativamente en la salud de los ciudadanos, y que encuentran una especial vinculación con materias nucleares del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social como son la

necesidad de garantizar no solo el acceso a un trabajo, sino además, y siendo esto fundamental, a un trabajo digno o decente que permita el desarrollo social y personal de los ciudadanos y garantice que la prestación de los servicios se realice bajo unas condiciones mínimas de salud y seguridad. El vínculo entre ambos puntos resulta evidente, no solo porque el trabajo constituye el medio fundamental para adquirir los recursos necesarios para el sustento de las personas y sus familias, sino también por la mayor probabilidad de sufrir un daño temporal o, en el peor de los casos, permanente si no se adoptan las medidas mínimas establecidas legalmente que permitan garantizar la salud y seguridad del trabajador. En este sentido, son manifiestos los riesgos existentes en nuestra Comunidad Autónoma en esta materia, como son, entre otros, las elevadas tasas de desempleo existentes en nuestro país -y que además, basándonos en los datos extraídos del Informe de Evaluación del IV Plan Andaluz de Salud[20] y en las diversas Encuestas de Población Activa, dichas cifras han empeorado en los últimos años[21]-, el deterioro de las condiciones socioeconómicas de los andaluces, o el aumento de enfermedades asociadas a factores medioambientales.

C) Los hábitos y el estilo de vida de la ciudadanía como un determinante de su salud

Por otro lado, también puede repercutir en la salud de los ciudadanos, como hemos indicado ya al inicio de este estudio, los propios hábitos y estilos de vida de los mismos. En especial, se ha profundizado a lo largo de los sucesivos planes de salud aprobados en nuestra Comunidad Autónoma en la negativa incidencia que presenta en la salud de la ciudadanía el tabaquismo, el consumo de alcohol, el sobrepeso, la obesidad, etc. Gracias a ello, se han apreciado importantes mejoras, sobre todo en lo que respecta al tabaquismo, pero sin embargo, se han detectado también ciertos retrocesos en las pautas saludables tanto en el consumo de fruta como un mayor sedentarismo. Es por ello que este punto seguirá constituyendo un elemento clave en los futuros Planes de Andalucía de Salud, y además, deberán de sumarse a dichos malos hábitos aquellos que se encuentra ligados a un uso intensivo o abusivo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, habiéndose ya detectado enfermedades que se encuentran directamente vinculadas con un erróneo o excesivo uso de dichas herramientas digitales, como son el tecnoestrés, la tecnoadicción, etc.

D) La situación de la salud de los ciudadanos andaluces

El cuarto bloque se centra en analizar la situación de la salud de los ciudadanos andaluces, para lo cual se analizan tanto aspectos subjetivos -como puede ser la propia percepción de la salud de la ciudadanía- como objetivos -como pueden ser las enfermedades presentes, los índices de mortalidad, las principales causas de morbilidad, el número de accidentes de tráfico, etc-. En torno a esta cuestión, especial mención merece la referencia realizada por dicho plan a la salud mental, evidenciando el mismo como desde el año 2003 al año 2013 -año en el cual fue realizada dicha encuesta- aumentaron especialmente en las mujeres las enfermedades y problemas relacionados con la salud mental.

---

[20] *Vid*. IV Plan Andaluz de Salud: Informe Bienal de Progreso 2017-2018 y Desarrollo 2014-2018, disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2020-03/Informe%20desarrollo%202014-2016%20IV%20PAS%20modif.%2018-10-17_0.pdf

[21] Si a la negativa tendencia presente en la tasa de desempleo le sumamos los datos más recientes, vemos como en Andalucía se ha producido una mejora de la situación, reduciéndose el número de parados e incrementándose las tasas de ocupación, pese a lo cual Andalucía sigue figurando como una de las Comunidades con las tasas más elevadas de paro. Cfr. Instituto Nacional de Estadística: "Encuesta de Población Activa: primer trimestre de 2022", disponible en: https://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0122.pdf.
Estos índices, sin duda se han visto marcados por la grave incidencia que la pandemia del COVID-19 ha tenido en nuestro mercado laboral y sin duda muestran que nos encontramos ante una cuestión clave que debe de ser afrontada, al afectar al ciudadano no solo desde un punto de vista propiamente laboral o incluso económico, sino también a su salud. No obstante, cabe recordar en este punto que "las medidas laborales no tienen como objetivo inmediato la creación de empleo." Monereo Pérez, J.L.: *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo,* Granada, Universidad de Granada, 1988, p. 39.

Tras la pandemia del COVID-19, y la generalización que el mismo ha provocado del teletrabajo -como modalidad de trabajo a distancia que se realiza desde el domicilio o lugar pactado por las partes y, sobre todo, mediante un uso intensivo o exclusivo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación- se ha producido un aumento de los problemas mentales y psicosociales de los andaluces[22]. En este sentido, nos llama la atención que, pese a la creciente relevancia que ya antes de la pandemia presentaban las enfermedades relacionadas con la salud mental -especialmente ante el avance cada vez mayor y más intensivo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación-, prácticamente se omita esta cuestión tanto en IV PAS como en el informe de revisión del mismo, aludiéndose únicamente en términos genéricos a las iniciativas y programas propuestas y el estado de los mismos en el momento en el cual fue realizado dicho informe.

Es por ello que, indudablemente, esta cuestión asumirá un papel cada vez más relevante en nuestra sociedad, y requerirá importantes esfuerzos tanto doctrinales, jurisprudenciales como políticos si realmente se quiere garantizar la existencia de unos adecuados niveles de salud, tanto en la población nacional, como en particular en la población andaluza. Además, como ya ha podido extraerse del análisis de los riesgos vinculados a los hábitos y estilos de vida donde también hemos analizado la incidencia que tienen las nuevas tecnologías en la salud de las personas, resulta evidente que estas herramientas tecnológicas inciden en todos y cada uno de los aspectos de la vida de una persona, y como no podía ser de otra forma, también en su salud.

Por lo tanto, en el futuro V PAS veremos, o al menos así estimamos oportuno, un análisis mucho más detallado de la incidencia que estas herramientas digitales presentan en la salud -física y mental- de las personas, así como las medidas oportunas para afrontar los posibles riesgos que de ello se derivan. Tanto desde un punto de vista positivo, esto es, como una posible oportunidad para mejorar el sistema sanitario andaluz -por ejemplo facilitando la asistencia sanitaria telemática o telefónica o permitiendo a las personas vivir en zonas rurales alejadas de los grandes núcleos urbanos- como desde un punto de vista negativo, esto es, como un riesgo más para la salud de la ciudadanía -por ejemplo aquellos problemas de salud ligados a un uso abusivo de dichas herramientas digitales como puede ser la ansiedad, la dependencia, el síndrome del burnout, tecnoestrés, tecnofatiga, etc., como también aquellos problemas ergonómicos o de aislamiento-.

E) Las actividades y perspectivas del Sistema Sanitario Público de Andalucía

Finalmente, se hace referencia como último factor determinante de la salud de los andaluces a las actividades y programas llevados a cabo por el Sistema Sanitario Público de Andalucía, tanto en términos presentes como futuros. En este sentido, cabe destacar el protagonismo creciente que, tanto en el plan objeto de análisis como en los que le anteceden, cobra la adopción de un modelo preventivo que permita afrontar los posibles factores que supongan un riesgo para la adecuada garantía de la salud y seguridad de la ciudadanía antes de que sus efectos sean definitivos, y no una vez que los mismos ya han causado un daño, en muchas ocasiones irreparable, para la salud, con los evidentes costes que ello supone no solo desde un punto de vista económico para el sistema de salud, sino también en la propia expectativa de vida de la persona que lo sufre y, lo que es más importante, en su esperanza de vida libre de incapacidades o en buena salud.

En su conjunto, estos constituyen los principales factores que, en el momento en el cual fue realizado el plan, presentaban una mayor relevancia en la lucha para promover la mejora de la salud de la ciudadanía en nuestra Comunidad Autónoma, muchos de los cuales, siguen actualmente ocupando un papel central en la consecución de dicho fin, como son aquellos relacionados con la globalización, la expansión de las nuevas tecnologías, el cambio climático, etc. Por supuesto, a los mismos se suman

[22] *Vid*. Noticia Junta de Andalucía: "Las andaluzas teletrabajan más, los mayores hacen más ejercicio y la salud mental se ha resentido", publicada el 21 de junio de 2020, disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/presidencia/portavoz/salud/152589/economiaconocimientoempresasyuniversidad/ieca/coronavirus/covid19/confinamienrto/encuesta/teletrabajo/ejerciciofisico/saludmental/redessociales [Consultada el 01/05/2022]

nuevos retos y desafíos que deberá de afrontar nuestro sistema adoptando medidas específicas y planes integrados que permitan evitar que los mismos causen daños en nuestro sistema sanitario y especialmente en la salud de la ciudadanía. Entre estos nuevos retos podría señalarse por ejemplo, la necesidad de revisar la organización de nuestro sistema sanitario, estableciendo protocolos y medidas que eviten un colapso del mismo en situaciones especialmente graves como ha sido la pandemia del Covid-19, punto en el cual cobra un papel relevante fomentar estrategias como la anteriormente mencionada de Salud en todas las Políticas, fomentando una actuación coordinada e integral en esta materia.

2. Estudio de los principales compromisos, metas y objetivos recogidos en el IV Plan Andaluz de Salud

Una vez analizados los distintos factores que inciden en la salud de la ciudadanía, para continuar con la labor ya plasmada en los anteriores planes de salud y afrontar los nuevos retos y desafíos evidenciados, recoge el IV PAS una serie de compromisos, metas y objetivos durante su vigencia:

El primer compromiso recogido en el plan se centra en aumentar la esperanza de vida en buena salud, es decir, promover un aumento no solo en el número de años que viven las personas, sino también que lo hagan con un mayor nivel de salud, sin enfermedades crónicas ni discapacidad. Es en este compromiso en el que entran en juego los conceptos anteriormente resaltados de esperanza de vida libre de discapacidad o con buena salud, y que por su especial vinculación a la materia objeto de estudio en esta obra analizaremos con más detenimiento en el siguiente apartado. No obstante, pueden anticiparse las cuatro metas específicas que para la consecución de dicho compromiso se han recogido en el plan. En primer lugar, se establece la necesidad de conseguir mayores niveles de salud, para lo cual se seguirán diversas acciones y estrategias plasmadas tanto en los diversos planes integrales aprobados en nuestra Comunidad Autónoma como aquellas que sean promovidas por el Sistema Sanitario Público de Andalucía. En segundo lugar, también se propone potenciar la acción social e intersectorial para hacer frente a aquellos determinantes de salud que presentan un mayor impacto negativo en la esperanza de vida en buena salud de la población de Andalucía. Por otro lado, fomentar también una cultura vital autónoma en la ciudadanía. Y finalmente, se establece como última meta la necesidad de promover el aumento del conocimiento en torno al concepto anteriormente analizado de esperanza de vida en buena salud, así como la mejora de las intervenciones y políticas destinadas a su mejora.

El segundo compromiso se centra en proteger y promover la salud de las personas ante los efectos del cambio climático, la sostenibilidad, la globalización y los riesgos emergentes de origen ambiental y alimentario. El carácter dinámico y relativamente novedoso de los distintitos factores señalados, hace necesario reforzar la investigación en todos y cada uno de los mismos, adoptando las medidas, planes y programas adecuados para garantizar que estos no tengan una incidencia negativa en la salud y seguridad de la ciudadanía, y además, realizar controles periódicos que permitan adaptar dichas medidas a los sucesivos cambios que, por la propia naturaleza de dichos factores, se suceden con asiduidad en nuestro marco económico y social. En este sentido, subraya el IV PAS como, si bien estos factores tienen una incidencia negativa en general en toda la población, se prevé que el impacto de los mismos, y especialmente el cambio climático, sea mucho mayor en determinados colectivos más vulnerables, como es el caso de las personas que padecen una enfermedad o aquellas de mayor edad en Andalucía. Para ello, se establecen cinco objetivos, los cuales se destinan principalmente a preparar a la ciudadanía ante los posibles efectos adversos que en su salud puedan tener los diversos factores señalados. Así se alude en la primera meta al cambio climático, en la segunda meta a la globalización y en tercer lugar a los retos alimentarios y de carácter ambiental promoviendo para ello la mejora no solo del lugar de residencia de los ciudadanos sino también del lugar donde trabajan. Como cuarta meta se recoge el desarrollo de un modelo de organización inteligente que permita

mejorar la protección de la salud, promoviendo para ello una mejora del conocimiento, la innovación y la mejora continua de las actuaciones en esta materia. Finalmente, se busca fomentar hábitos de vida saludable diversos como son desplazarse a pie o en bicicleta.

En tercer lugar, se compromete a generar y desarrollar los activos de salud de nuestra comunidad y ponerlos a disposición de la sociedad andaluza. En este sentido, se plantea por el Plan un cambio en el enfoque preventivo que hasta el momento venía siendo seguido en nuestra Comunidad Autónoma, consistente en la combinación de lo que denomina como modelo de déficit, que es el que venía imperando en nuestro sistema sanitario, con el más novedoso modelo de activos de salud[23], de modo que se consiga disminuir el nivel de dependencia que presenta la población respecto de los servicios de salud fomentando para ello la capacidad para desarrollarse saludablemente. Para ello, las metas recogidas en este punto consisten en primer lugar en identificar y desarrollar los activos que promuevan la salud y el bienestar de la población. En segundo lugar en desarrollar aquellos activos de salud vinculados a las relaciones sociales y la cultura. Y por último, aprovechar aquellas oportunidades que en esta materia se encuentran presentes en nuestro propio entorno geográfico y natural.

También se compromete a reducir las desigualdades sociales en salud. La indudable relación presente entre la salud de las personas y los factores socioeconómicos que les rodean, hace que el PAS evidencie la necesidad de disminuir las desigualdades sociales en esta materia, para lo cual, resulta imprescindible conocer cuáles son las principales desigualdades sociales que aún existen en nuestra Comunidad, de modo que se puedan combatir estableciendo acciones certeras y eficaces. En este caso, las metas establecidas se centran fundamentalmente en la reducción de las desigualdades existentes en Andalucía en materia de salud. Para ello, en primer lugar, se busca mejorar las condiciones de vida de la población, también -en segundo lugar- el impacto de las políticas de redistribución de la riqueza y por último, en lo que respecta a la atención sanitaria. Para todo ello, se establece como último fin potenciar el desarrollo del conocimiento sobre la incidencia que dichas desigualdades tienen en la salud de los ciudadanos, así como vigilar su evolución y la efectividad de las intervenciones y políticas para reducirlas.

Otro de los compromisos recogidos en el plan busca situar el Sistema Sanitario Público de Andalucía al servicio de la ciudadanía con el liderazgo de los profesionales, potenciando para ello el espacio compartido de la gestión clínica. En términos generales, se pretende ofrecer un sistema integral, seguro y de calidad a la ciudadanía, ocupando para ello estos últimos un papel central de modelo. Para la consecución de este objetivo, se evidencia entre otros requisitos, la necesidad de mejorar la transparencia de las actuaciones de la Administración y fomentar una mayor interconexión de los profesionales del sector sanitario andaluz, lo cual se prevé que permitirá mejorar en términos generales la calidad, eficiencia y eficacia del servicio prestado. Las metas recogidas en torno a esta cuestión consisten, en primer término en promover la transparencia en las actuaciones del sistema de salud público en nuestra comunidad. Por otro lado, en lograr un marco social de alianzas y de valores compartidos entre la ciudadanía y los profesionales de la salud en el marco de la Estrategia de Bioética de nuestro sistema de salud. Y para ello, en tercer lugar, se busca conseguir que nuestro sistema de salud se alce como un espacio abierto y compartido. Finalmente, se recoge como última meta conseguir que nuestro sistema de salud se sustente en el compromiso de los profesionales sanitarios en la mejora de la salud. Todo ello evidencia el relevante papel que en el modelo de sistema sanitario que se busca adoptar y fomentar en Andalucía ocupan no solo los profesionales sanitarios, como no podía ser de otra forma, sino también y, con un mayor protagonismo que en anteriores planes adoptados en nuestra comunidad, los ciudadanos. No obstante, no podemos obviar el impacto que en este punto ha tenido también la pandemia del COVID-19, la cual, ha minado la salud, seguridad y ánimo de los profesionales sanitarios en nuestro país, existiendo actualmente importantes debates y

[23] Por activo de salud entiende el IV PAS: "*todo factor o recurso que aumenta la capacidad de las personas, grupos, comunidades, poblaciones o instituciones para mantener y sostener la salud y el bienestar.*"

manifestaciones en las que los mismos evidencian la necesidad de establecer medida que garanticen su salud y seguridad, su derecho al descanso, un aumento de las contrataciones de los mismos para poder hacer frente a las necesidades del sistema, etc. Siendo todas estas cuestiones que sin duda deberán de contemplarse en el futuro V PAS para dar cumplimiento a las metas establecidas en este y otros puntos del plan.

Y finalmente, se compromete a fomentar la gestión del conocimiento e incorporación de tecnologías con criterios de sostenibilidad para mejorar la salud de la población. Resulta indudable el papel cada vez más relevante que en nuestro sistema económico, social y laboral actual ocupan las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, ante las indudables bondades que las mismas presentan. Es por ello que en este IV PAS no podía obviarse el papel que las mismas presentan en la mejora de la salud de la ciudadanía, aludiéndose para ello de manera expresa a la necesidad de que a través de la introducción de dichas herramientas digitales se impulse el enfoque preventivo y que además, por medio de las mismas se impulse también una mayor transparencia en el acceso a la información en esta materia, así como también a las actuaciones que en la misma llevan a cabo los distintos organismos y entes de la administración sanitaria. Para ello, las metas establecidas se centran, por medio de las dos primer de ellas, en conseguir establecer un marco colaborativo entre los distintos agentes implicados de modo que se consiga garantizar e impulsar la generación de información, así como la incorporación del conocimiento y la tecnología que permita mejorar la salud de la ciudadanía. Por otro lado, garantizar una organización de nuestros servicios sanitarios que permita detectar y responder con mayor flexibilidad y de manera más sostenible a las necesidades de las personas. Finalmente, se recoge la necesidad de mejorar el acceso equitativo de los ciudadanos a la información y a los servicios de salud, así como también mejorar su capacitación y participación en esta materia, todo ello por medio del uso de dichas herramientas tecnológicas.

III. EL PLAN ANDALUZ DE SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ESPECIAL REFERENCIA AL ENVEJECIMIENTO

El conjunto del análisis realizado, permite ver en términos generales la importante labor realizada por medio del IV PAS en la Comunidad Autónoma de Andalucía, en aras de garantizar la protección de un derecho esencial en todo Estado de Bienestar como es el derecho social fundamental a la salud. Como hemos indicado, por medio de dicho plan, se trata de orientar los esfuerzos políticos, sociales y sanitarios a aquellos aspectos que presentan una mayor incidencia en la salud y seguridad de la ciudadanía, así como por supuesto, garantizar la correcta adaptación de los distintos mecanismos, procedimientos y servicios públicos de salud a las nuevas necesidades de las personas, ya que como hemos visto, las mismas no se mantienen inalterables a lo largo de los años, sino que por el contrario, con el paso del tiempo -y cada vez con una mayor celeridad- las propias tendencias empresariales, sociales o incluso medioambientales hacen que surjan nuevos retos que exigen una respuesta coordinada e integral desde un punto de vista sanitario.

Sin ir más lejos, hemos podido ver como a raíz de introducción de las nuevas tendencias empresariales consistentes en la globalización o incluso en la introducción -ya relevante en el momento de aprobación del IV PAS- de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en el marco empresarial, surgen nuevos riesgos y posibles enfermedades que hasta el momento no habían sido previstos o no presentaban una gran relevancia desde un punto de vista sanitario. En particular en este punto nos interesa entre dichos nuevos riesgos y retos, aquellos que se encuentran ligados a los cambios demográficos que se han producido en nuestra sociedad.

En este sentido, y como hemos podido ver en los primero puntos de este estudio, pese a ser Andalucía una de las Comunidades Autónomas que mayor crecimiento ha experimentado en su número de habitantes desde el año 2010, habiendo pasado de 8.394.000 habitantes en el año 2013 a

8.494.155[24] en el año 2022, el conjunto de cambios demográficos que se han sucedido en los últimos años han hecho que se produzca un cambio en las necesidades de la ciudadanía.

En particular, se ha experimentado un aumento progresivo de la esperanza de vida de las personas, índice que aún no ha encontrado un límite en su crecimiento. De este modo, si confrontamos los datos sobre esperanza de vida recogidos en el IV PAS en base a la información del año 2011 y los últimos publicados en nuestra Comunidad Autónoma, vemos como este indicador continúa con una tendencia creciente. Así, mientras en el año 2011 la esperanza de vida se fijaba en 78,1 años para los hombres y 83,7 años para las mujeres andaluzas, en la última actualización realizada en el año 2020 dicho indicador sufrió un nuevo aumento alcanzando la esperanza de vida en el caso de los hombres la cifra de 78,86 años y en el caso de las mujeres de 84,23 años[25].

Este fenómeno, unido al bajo índice de natalidad existente en nuestra comunidad, el cual además ha seguido una tendencia decreciente[26], ha dado lugar a que se produzca un envejecimiento de la población andaluza, o siguiendo los términos anteriormente mencionados del plan, un «*envejecimiento del envejecimiento»,* esto es, un aumento progresivo de las personas de más de ochenta años.

Evidentemente, este fenómeno tiene una incidencia relevante en la previsión y composición de las diversas medidas y prestaciones a establecer desde un punto de vista social y sanitario, ya que, por lo general y así lo recoge el plan, el propio estado de salud de las personas de mayor edad hace que las mismas requieran de mayores atenciones desde un punto de vista sanitario, así como prestaciones sociales y asistenciales concretas adaptadas a sus necesidades que permitan garantizar su existencia bajo unas condiciones mínimas de dignidad y seguridad. Es por ello que, para dar cumplimiento en este caso concreto al derecho a la salud, el cual constituye un derecho social fundamental y en consecuencia se alza como una auténtica cuestión de justicia social, se deben de adoptar "acciones fácticas positivas[27]" que permitan garantizar su cumplimiento y respeto, ya que en caso contrario podrá ser exigible por vía judicial.

Ante los cambios demográficos señalados, el IV PAS recoge en torno a esta cuestión un importante concepto como es el de «*esperanza de vida con buena salud o libre de discapacidad*», debiendo entenderse el mismo como "*el promedio de número de años esperados que vive una persona disfrutando de buena salud (en ausencia de limitaciones funcionales o de discapacidad)*[28]." Como puede apreciarse, se introduce en este punto el concepto de discapacidad, hecho que, como señalan algunos autores, se debe al vínculo existente entre ambos conceptos, no constituyendo la vejez y la discapacidad compartimentos estancos en nuestro ordenamiento jurídico, sino que por el contrario -y especialmente con el aumento de la esperanza de vida- es factible que se produzcan simultáneamente ambas situaciones a lo largo de la vida de una persona[29], ya que como señala el plan, las enfermedades crónicas, la discapacidad y la fragilidad son más frecuentes durante el periodo de vida ligado a la vejez. A título ejemplificativo, datos recientes muestran cómo un 75,4% de las personas con discapacidad

[24] *Vid*. Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía: "Indicadores de población y mercado laboral", 2022, disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/institutodeestadisticaycartografia/ultimosDatos/index.html#UD_T08

[25] *Ibidem*.

[26] Ruiz Benítez, B. y Alaminos Romero, F.J.: *Informe Observatorio de la Infancia de Andalucía: Estado de la Infancia y Adolescencia en Andalucía*, Granada, Junta de Andalucía, 2020, p. 42. Este informe recoge como "en 2018, la Tasa Bruta de Natalidad en Andalucía se sitúa en 8,33 nacimientos por cada 1.000 habitantes, lo que ha supuesto un descenso respecto al año anterior que se situó en 8,85 nacimientos."

[27] *Cfr*. Monereo Pérez, J.L.: "Refundar el ordenamiento laboral para juridificar plenamente el principio de justicia social y el trabajo decente", en *Lex social: revista de los derechos sociales*, cit., p. 224.

[28] *Vid*. Instituto Nacional de Estadística: "Esperanza de vida en buena salud", disponible en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259944484675&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalleFichaIndicador &param3=1259937499084

[29] *Vid*. Delgado García, A.M., Oliver Cuello, R., y De Heredia Ruíz, I.B.: *Vejez, discapacidad y dependencia: aspectos fiscales y de protección social*, Barcelona, Bosch Editor, 2010, p. 143.

tienen más de 55 años[30]. Es por ello que la existencia de una mayor esperanza de vida en un país no es un indicador que por sí solo se muestre como efectivo para determinar la existencia de una población con mayores cotas de salud, siendo para ello más oportuno tomar como referencia otros indicadores más completos que tienen en cuenta otros factores además de los años que vive una persona, como es el indicador de la esperanza de vida libre de discapacidad o con buena salud, en el cual se introducen tanto una serie de elemento objetivos y subjetivos que permiten analizar con mayor precisión la calidad de vida de dichas personas además de la duración de la misma.

En todo caso, resulta evidente que, las personas enfermas, en términos generales, suponen para el sistema un mayor coste que las personas que se encuentran sanas, tanto en lo que respecta a las propias prestaciones sanitarias, como a aquellas de dependencia[31], de servicios sociales o de pensiones[32]. Precisamente por ello, adaptar medidas que permitan fomentar el envejecimiento con buena salud o libre de discapacidad de la ciudadanía se alza como uno de los objetivos prioritarios en el plan de salud. Ello encuentra su justificación en diversas razones, en primer lugar, en cumplimiento del derecho social fundamental que se encuentra en juego, esto es, de la salud, debiéndose de adoptar aquellas medidas específicas que permitan garantizar el mismo. Por otro lado, por el importante ahorro de costes que ello puede suponer para el sistema, al necesitar dichas personas acudir en menor medida a prestaciones sociales, asistenciales o a los propios servicios sanitarios. Y finalmente, porque el hecho de envejecer con buena salud o sin discapacidad no solo implica ahorrar dichos costes, sino que estas personas "están en condiciones de contribuir económica y socialmente[33]" a la sociedad, cuestión que alcanza una innegable importancia en una sociedad como la descrita, en la que cada vez más aumenta el número de personas mayores de 65 frente a un cada vez menor índice de natalidad.

En este sentido, recoge el plan como en el año 2013 cerca de un 32% de las personas que tenían más de 65 años tenían algún tipo de discapacidad y que, tomando en consideración la esperanza de vida en dicho momento, los hombres vivían unos 8 años de su vida en situación de dependencia, y en el caso de las mujeres, al tener estas una mayor esperanza de vida, cerca de unos 12 años. En este punto, si analizamos datos recientes que comparen la esperanza de vida con la esperanza de vida en buena salud, los resultados obtenidos muestran la preocupante situación a la que nos enfrentamos, y como los avances médicos y farmacéuticos que han permitido progresivamente ampliar la esperanza de vida, no han ido en sintonía con aquellos que permiten además hacerlo con unas buenas condiciones de salud. Así, si analizamos los datos que el Instituto Nacional de Estadística -en adelante INE[34]- proporciona en este punto, vemos como en el año 2019 -al no disponer de datos posteriores-la esperanza de vida se encontraba en el caso de los hombres en 81.1 años y la esperanza de vida en buena salud en 69,4 años. Por el contrario, en el caso de las mujeres, la esperanza de vida se cifró en torno a los 86,7 años, mientras que la esperanza de vida en buena salud en 70,4 años. La confrontación de ambos datos nos permite ver cómo, si bien se ha producido un aumento en ambos indicadores, no ha sido un aumento proporcional, arrojando dichos datos que los hombres vivirán

[30] INE: "Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y Situaciones de Dependencia (EDAD) Principales resultados. Año 2020", 2022, disponible en: https://www.ine.es/prensa/edad_2020_p.pdf

[31] En este punto resulta importante recordar que los términos discapacidad y dependencia no son sinónimos, centrándonos en este estudio en el análisis del IV plan de salud desde el punto de vista de la discapacidad. *Vid*. González de Patto, R.M.: "El sistema de dependencia. Adecuación de las prestaciones em servicios a las personas con discapacidad" en VV.AA.: *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F., y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2021,p. 938.
Así lo recoge el IV PAS, p. 51

[32] *Cfr*. Moreno Vida, M.N.: "El sistema especial de prestaciones sociales y económicas de la ley general de las personas con discapacidad", en VV.AA.: *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F., y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2021,p. 1010.

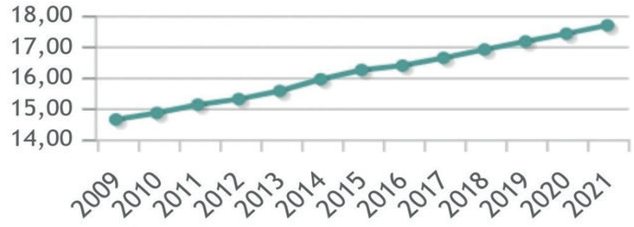
[33] Así lo recoge el IV PAS, p. 51.

[34] *Vid*. INE: "Esperanza de vida en buena salud", *cit*.

de esos 81,1 años 11,7 con mala salud y en el caso de las mujeres, de esos 86,7 años, 16, 3 de ellos los vivirán con mala salud. Por lo tanto, en el periodo de tiempo que media desde la aprobación del plan hasta el año 2019 en el cual se enmarcan los datos que hemos analizado, vemos como el número de años que las personas que mayor edad en nuestro país vivirán con malas condiciones de salud ha aumentado en unos 3 años para los hombres y en 4 años para las mujeres.

En un caso o en otro, se prevé que, como consecuencia de la mayor esperanza de vida aumente significativamente el número de personas mayores. En particular preveía el plan que entre el año 2010 al 2015 aumentaría el número de personas mayores de 65 años en 200.000 personas.

Si analizamos datos actuales en este punto, se ha apreciado un aumento significativo en el número de personas con más de 65 años en nuestra comunidad:



Fuente: INE. Indicadores de la Estructura de la Población por Comunidad Autónoma

El importante aumento que ha experimentado la esperanza de vida, sin un aumento paralelo de la esperanza de vida con buena salud, hace que buena parte de dichas personas mayores de 65 años, que como hemos visto aumentan años tras año, vayan a sufrir durante buena parte de dichos años enfermedades y problemas de salud. En este sentido recoge el plan que, si no se consigue reducir la incidencia de ciertas enfermedades -como son entre otras la diabetes o la hipertensión- con dicho aumento del número de personas mayores que son propensas a desarrollar las mismas se producirá un aumento significativo del número de personas que requerirán los servicios de salud, con el gasto que ello conlleva para poder garantizar un servicio adecuado a los mismos, cuestión para la cual, tras la pandemia que hemos experimentado, hemos podido comprobar no se encontraba ni mucho menos preparado nuestro sistema sanitario, con las graves consecuencias humanas que por desgracia ello tuvo.

Para la consecución de dicho objetivo, tradicionalmente se han seguido fundamentalmente las estrategias que a continuación se recogen. En primer lugar lo que denomina el plan como Promoción de la salud, esto es, la promoción de entornos de vida saludables y de estilos de vida que permitan reducir los riesgos de enfermar. En segundo lugar el fomento de la Prevención Primaria, esto es, controlar los diversos factores de riesgo para la salud que son evidenciados en el plan y potenciar el diagnóstico precoz de las posibles enfermedades derivadas de la exposición a los mismos, ya que ello permitirá evitar que la misma torne en permanente o afecte a la salud de la persona que la sufre de manera irreversible, lo cual puede dar lugar incluso a un estado de discapacidad impidiendo a dicha persona trabajar de manera temporal o incluso definitiva con la repercusión que ello tiene tanto en su salud y bienestar como de cara al sostenimiento del sistema. Por otro lado, también en lo que respecta a la Prevención Secundaria, siendo esta aquella que hace referencia al diagnóstico rápido y tratamiento de las enfermedades, reduciendo con ello también la posibilidad de que torne en una discapacidad o incluso en el peor de los casos suponga la muerte de la persona que la padece. Finalmente, hace referencia el plan a la denominada como Prevención Terciaria, referida a la rehabilitación funcional y la recuperación de la trayectoria vital, de modo que permita la reducción del grado de discapacidad o dependencia. A lo cual, como señala el plan hay que añadir un punto que se muestra importante en la consecución de una esperanza de vida en buena salud, siendo este la propia percepción subjetiva de la salud por parte de la persona, indicador que, como señala el plan muestra un importante papel en la identificación de la existencia de desigualdades, en la previsión de la esperanza de vida o necesidad

de atención sanitaria…, lo cual se debe a que en el mismo intervienen tanto las propias características de la persona como del entorno que le rodea.

Ante la relevancia que presenta por todo lo indicado el fomento de un envejecimiento con buena salud, el propio plan plasma esta cuestión entre sus compromisos. Así, bajo la denominación «*aumentar la esperanza de vida en buena salud*», realiza un análisis de las principales bondades y retos presentes en la consecución de este fin, estableciendo un conjunto de metas y objetivos que deben de ser perseguidos para que se produzca un aumento del número de años de vida de las personas con buenas condiciones de salud o libre de discapacidad.

La primera meta consiste en impulsar un enfoque preventivo y de promoción de la salud en los distintos planes integrales y estrategias de salud llevadas a cabo en nuestra Comunidad Autónoma, de modo que permita mejorar la calidad de las intervenciones públicas en este ámbito. Para conseguir alcanzar dicha meta, se fija el plan también una serie de objetivos, entre los que podemos destacar el fomento de la recuperación de aquellas personas que sufren una enfermedad o una discapacidad que suponga una incidencia negativa en su proyecto vital y renovar las estrategias existentes así como crear otras nuevas que permitan hacer frente de manera eficaz a los problemas de salud a los que actualmente se enfrenta la ciudadanía.

La segunda meta se centra en potenciar la integralidad de las respuestas, potenciando una acción conjunta tanto de los diversos sectores como de toda la sociedad en general. En particular, se plasma el objetivo en este punto de fomentar que las personas dispongan de un entorno físico que le permita alcanzar la vida en buena salud.

La tercera meta pone el foco de atención en la propia persona y en su salud, buscándose por medio de esta meta reforzar las capacidades de la ciudadanía y su capacidad para influir sobre aquellos elementos que inciden en su salud. Para lo cual, cobra un papel fundamental potenciar la toma de decisiones informadas por parte de los mismos.

Finalmente, y para poder dar cumplimiento a todas las metas mencionadas, se centra esta última meta en promover la generación y difusión de información en esta materia, fomentando la transparencia en la transmisión de información por parte del sistema público de salud. Para ello, se establece como objetivo medir, analizar y evaluar periódicamente los años de vida en buena salud así como su comparación con el resto de comunidades de nuestro país y también de la Unión Europea.

También para la consecución de dichos objetivos, en Andalucía se han promovido y puesto en marcha a lo largo de las últimas décadas diversos planes dirigidos a fomentar estilos de vida y entornos saludables, así como también la prevención y protección ante enfermedades transmisibles y no transmisibles. En lo que en este punto nos interesa, recientemente ha sido aprobado el III Plan de acción integral para las personas con discapacidad en Andalucía, en el cual se evidencian diversos aspectos relevantes que deben de ser tomados en consideración para garantizar los derechos de las personas con discapacidad en general, y en particular su derecho a la salud. En particular, recoge este plan, entre los diversos objetivos plasmados en el mismo, el contribuir a mejorar las condiciones de vida de este colectivo de ciudadanos en nuestra Comunidad Autónoma, así como también promover la garantía de sus derechos, entre los que figura el derecho a la salud, como plenos miembros de la sociedad. Como medio de conseguir dichos objetivos e íntimamente ligado con el IV PAS que venimos analizando, se recoge como uno de los retos a perseguir "*reducir el agravamiento de las situaciones de discapacidad y de dependencia derivada de la discapacidad y su impacto sobre la calidad de vida de las personas*" para lo cual, se resalta entre otros muchos puntos la necesidad de incrementar la capacitación de los profesionales -y cabría añadir su número- de modo que se pueda disfrutar tanto un pleno acceso a los servicios sanitarios como garantizar un tratamiento adecuado y adaptado a sus necesidades.

IV. CONCLUSIONES CRÍTICAS

El conjunto del análisis realizado permite apreciar la relevancia que, no solo en el plan objeto de análisis, sino también en el resto de planes integrales y estrategias impulsadas en Andalucía cobra la protección de la salud de la ciudadanía en general, y en particular de aquellos colectivos que se muestran como más vulnerables -personas con discapacidad, en situación de dependencia, personas mayores, las mujeres, etc-. Sin duda, resta un largo camino por recorrer para conseguir alcanzar los compromisos y metas plasmados en el IV PAS y mucho de ellos indudablemente continuaran alzándose como factores y aspectos clave en el futuro V PAS. En todo caso, parece claro que, si realmente se quiere conseguir una mejora de la salud de la ciudadanía, uno de los aspectos claves que deben de ser tenidos en cuenta es la necesidad de conseguir establecer un sistema sanitario público que pueda adaptarse y afrontar con mayor celeridad y de manera certera los retos que las diversas tendencias analizadas-empresariales, el cambio climático, los cambios en los estilos de vida, la globalización, la generalización de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, las pandemias mundiales, la guerra, etc.- ponen de manifiesto y que no paran de sucederse a un ritmo cada vez más rápido en nuestro entorno.

Esta cuestión, por desgracia, se ha podido ver de manera clara tras la abrupta irrupción en el año 2020 de la pandemia del COVID-19, la cual ha permitido detectar una serie de retos que desde el punto de vista sanitario deberán de afrontarse si se quiere evitar que se repita una situación como la que hemos vivido, en la cual el sistema sanitario se ha visto colapsado, fenómeno ante el cual, los claros perjudicados han sido aquellas personas de mayor edad en nuestro país, las cuales, al presentar en la mayoría de los casos patologías previas, enfermedades crónicas o incluso, encontrarse en situación de dependencia, han sido tratados "como un lastre que había que soltar para evitar que el barco del sistema de salud se hundiera[35]", dando lugar ello a una elevada tasa de mortalidad en este colectivo de ciudadanos.

También a raíz de la pandemia se ha acelerado la implantación de formas de trabajo propias de la cuarta revolución industrial, donde las nuevas tecnologías cobran un papel protagonista, como son el teletrabajo o el trabajo en plataformas colaborativas. Sin embargo, la adopción acelerada y masiva sobre todo de la primera de ellas, unido al confinamiento y aislamiento que sufrió la población, ha evidenciado y potenciado problemas que afectan a la calidad de vida de las personas, especialmente aquellos relacionados con el sedentarismo, ergonómicos y de salud mental[36]. En los próximos años se prevé que las enfermedades mentales cobrarán una mayor importancia, debiendo de potenciarse tanto la investigación como adoptación de la actuaciones y estrategias que permitan evitar o tratar los mismos de manera adecuada[37].

No obstante, también surgen importantes oportunidades como consecuencia de la expansión de dichas herramientas tecnológicas que no pueden ser obviadas y que deben ser vistas como opciones más que viables para lograr expandir la atención sanitaria a todos los rincones de nuestro país, así como de mejorar la organización del sistema sanitario. Estas posibilidades ya se pusieron de manifiesto, a título ejemplificativo, con la instauración de la atención sanitaria telefónica, siendo hoy en día un opción más a la hora de solicitar los servicios sanitarios. La posibilidad de acceder a la atención sanitaria, independientemente de la existencia en el lugar de residencia de un centro médico,

[35] *Vid*. Maldonado Molina, J.: "La protección social de los mayores durante la pandemia del covid-19. Efectos en su asistencia sanitaria, dependencia, servicios sociales y pensiones", en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 3, 2021, p. 174.

[36] Al respecto *Cfr*. OMS: "Mental Health and COVID-19: Early evidence of the pandemic's impact", 2022, disponible en: https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Sci_Brief-Mental_health-2022.1, así como también OIT: "Gestión de los riesgos psicosociales relacionados con el trabajo durante la pandemia de COVID-19", Ginebra, 2020.

[37] Así lo recogió ya la OMS: "Más sano, más justo, más seguro: la travesía de la salud mundial 2007-2017", Ginebra, 2017, p. 30, disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/259204/9789243512365-spa.pdf;jsessionid=CEC7C8338450262DA33C399841FE91C8?sequence=1

permitirá que todas las personas y especialmente aquellas que vivan en lugares donde no exista la posibilidad de recibir una atención sanitaria presencial o no de manera habitual como son muchos de los entornos rurales, puedan ser atendidas por medio de esta vía, habiendo sido precisamente esta una de las necesidades plasmadas en el IV PAS.

Esta cuestión también ha sido recientemente abordada con detalle por la Estrategia española sobre discapacidad 2022-2030: el acceso, goce y disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad[38] recogiendo la misma que la ruralidad se alza como una de las principales barreras que actualmente siguen afrontando las personas con discapacidad, habiéndose detectado además un mayor envejecimiento de dicho colectivo de personas, un nivel educativo más bajo, una mayor insatisfacción de las necesidades de apoyo de los mismos así como por supuesto problemas de acceso a un servicio sanitario por la escasez de recursos disponibles en su entorno de residencia. Sin embargo, para lograr realmente potenciar las oportunidades que en este punto establecen las herramientas digitales, también debe de garantizarse el acceso de la población que reside en dichas zonas tanto a una conexión a internet o telefónica como a los dispositivos electrónicos. Es por ello que no basta con establecer adecuadas y novedosas medidas desde un punto de vista exclusivamente sanitario, sino que además, las mismas debe de coordinarse y apoyarse en otras estrategias impulsadas en nuestra comunidad en otros ámbitos para lograr una actuación realmente eficaz.

Por otro lado, el establecimiento de un sistema sanitario presencial y a distancia por medio del servicio telefónico o incluso vía videoconferencia, también puede ser útil para afrontar la carga del sistema sanitario, remitiendo aquellas visitas de menor relevancia y que no requieran un análisis del caso y sintomatología de manera presencial por el especialista, como puede ser por la renovación de un medicamento de uso mensual, a dicho servicio a distancia. Dejando las citas presenciales a aquellos casos en los que necesariamente debe de realizar el especialista un análisis con mayor detalle.

Si bien los distintos puntos señalados pueden suponer un importante avance desde un punto de vista sanitario, no podemos obviar que siguen existiendo problemas que deben de ser afrontados, como es el gran periodo de espera que existe para poder recibir dicha asistencia telefónica, debiendo de esperar en ocasiones varias semanas para obtener una cita. Ello se encuentra vinculado al desbordamiento que sufre le sistema sanitario y que se ha evidenciado especialmente durante la crisis del Covid-19. Por lo tanto, también se alza como central la necesidad de invertir en el sistema sanitario, modernizando el mismo, implantando las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación para avanzar en el servicio a distancia, aumentando el número de sanitarios[39], etc. Para avanzar en este punto, plasma el III Plan de acción integral para las personas con discapacidad en Andalucía, como uno de sus objetivos "*reducir los trámites innecesarios para el acceso de las personas con discapacidad a los servicios sociales y sanitarios ofrecidos por la Junta de Andalucía."*

También para potenciar el enfoque preventivo, se deberá de continuar invirtiendo en la investigación y difusión de información a la ciudadanía sobre hábitos de vida saludables, así como sobre los determinantes que afectan a su salud y cómo afrontarlos, etc. Un punto clave para impulsar el envejecimiento con buena salud en nuestra Comunidad Autónoma es fomentar un sistema que impulse el diagnóstico precoz de las enfermedades, ya que ello permitiría evitar que dichas enfermedades deriven en crónicas o incluso en una discapacidad que de manera permanente puedan afectar al proyecto vital de la persona que se ha visto afectada por la misma.

[38] *Vid*. Disponible en: https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/discapacidad/docs/Estrategia_Espanola_Discapacidad_2022_2030.pdf

[39] Esta cuestión lo recogió ya Delgado García, A.M., Oliver Cuello, R., y De Heredia Ruíz, I.B.: *Vejez, discapacidad y dependencia: aspectos fiscales y de protección social*, cit., p. 14, al disponer que la garantía de una adecuada "atención a estos colectivos pasan por la formación y cualificación de profesionales que atiendan a tales personas, coordinación entre la atención primaria y las distintas especialidades en materia sanitaria, diversificación de las medidas de apoyo a la familia, elaboración de leyes y planes de protección integral de la dependencia que fijen un catálogo de prestaciones básicas como ayudas técnicas, ayuda a domicilio, teleasistencia, centros de días, residencias, etc."

Por supuesto, sigue siendo vital desalentar estilos de vida no saludables relacionados con el sedentarismo, el tabaquismo, la obesidad. Punto en torno al cual, resalta el plan que presenta una especial incidencia lo que denomina como *«gradiente social en la salud»* plasmando el mismo en su texto que aquellas personas que presentan una mayor educación, mayores niveles de ingresos y una mejor posición social, disfrutan también de una mejor salud y una vida más larga. Es por ello que reducir las desigualdades existentes en nuestro país en general y en nuestra Comunidad en particular se alza como un punto clave en la mejora de la salud de la ciudadanía.

También presenta una especial relevancia, tanto en el plan actual como en el que le suceda, aquellos riesgos ligados al cambio climático. En este sentido, nuestra Comunidad Autónoma deberá de apoyar y fomentar aquellas iniciativas y planes que permitan a las personas acondicionar o acceder a una vivienda que se adapte a los extremos de temperatura que se alcanzan en nuestra comunidad autónoma, cuestión en la que sí se ha apreciado una evolución positiva de los datos, recogiendo el Informe de Evaluación del IV PAS una *"reducción muy importante (del 10,9% al 7,3%) en el porcentaje de viviendas donde no se puede mantener la temperatura adecuada de frío o calor."*[40]

Todas estas cuestiones se alzan como aspectos centrales que deberán de ser debidamente considerados y afrontados por el futuro V Plan Andaluz de Salud si se quiere realmente garantizar la salud de la ciudadanía en general, y en particular de aquellas personas que por razón de su edad sufran algún tipo de discapacidad o se encuentren en una situación de dependencia, por ser estos precisamente uno de los colectivos que en mayor medida pueden verse afectados por las desigualdades aún existentes desde un punto de vista sanitario. En este sentido, recoge la Estrategia española sobre discapacidad 2022-2030 anteriormente mencionada una serie de retos estratégicos que deben de ser perseguidos a lo largo del periodo de vigencia del mismo en materia de salud para garantizar una adecuada protección de las personas con discapacidad. Al respecto, cabe destacar entre otros los siguientes retos: "*Avanzar en garantizar la accesibilidad universal y la disponibilidad de servicios de atención sanitaria (presencial o a distancia: telemedicina, teléfonos de atención médica y/o de enfermería, cita previa ...) para todas las personas con discapacidad, en particular en zonas rurales y para las mujeres con discapacidad. Invertir en medios y desarrollo tecnológico accesible, como la atención en el domicilio (telemedicina, teleasistencia avanzada, etc.), que favorezcan su permanencia en su entorno y evitar su desarraigo, con especial atención a garantizar la equidad en el acceso y paliar la posible brecha digital. Avanzar en la coordinación e interoperabilidad del sistema sanitario y el sistema de servicios sociales para una atención adecuada a las personas con discapacidad que precisan cuidados, etc*[41]."

Por todo ello, cabe concluir afirmando que son múltiples y relevantes las cuestiones a las que deberá de hacer frente el V PAS, al haberse sucedido en los años que median desde la aprobación del plan que le anteceden novedosas y disruptivas tendencias y eventos en nuestra sociedad que sin duda marcarán un antes y un después en la concepción de la salud y su garantía, no pudiendo el sistema sanitario público andaluz de salud estancado en los métodos y sistemas anteriores, debiendo de afrontar los retos y aprovechando las oportunidades que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación ofrecen para conseguir con ello no solo una vida más larga, sino también de mejor calidad.

V. BIBLIOGRAFÍA

Delgado García, A.M., Oliver Cuello, R., y De Heredia Ruíz, I.B.: *Vejez, discapacidad y dependencia: aspectos fiscales y de protección social*, Barcelona, Bosch Editor, 2010.

[40] *Vid*. Informe de Evaluación del IV Plan Andaluz de Salud, p. 24.
[41] *Vid*. Estrategia española sobre discapacidad 2022-2030, p. 40-41.

González de Patto, R.M.: "El sistema de dependencia. Adecuación de las prestaciones em servicios a las personas con discapacidad" en VV.AA.: *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F., y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2021.

Guindo Morales, S.: "La regulación legal del derecho a la salud y asistencia sanitaria: el modelo legal de protección", en VV.AA.: *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19*, tomo I, Monereo Pérez, J.L., Rivas Vallejo, P., Moreno Vida, M.N., Vila Tierno, F., y Álvarez Cortés, J.C. (Dirs.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

Maldonado Molina, J.A.: "La distribución de competencias como límite a la efectiva protección de la salud (STC 134/2017, de 16 de noviembre; 140/2017, de 30 de noviembre; y 145/2017, de 14 de diciembre)", en *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, V. 20, núm. 2, 2017.

Maldonado Molina, J.: "La protección social de los mayores durante la pandemia del covid-19. Efectos en su asistencia sanitaria, dependencia, servicios sociales y pensiones", en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 3, 2021.

Monereo Pérez, J.L.: *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo,* Granada, Universidad de Granada, 1988.

Monereo Pérez, J.L.: "El derecho a la salud y a la asistencia sanitaria en los ordenamientos interno e internacional" en VV.AA.: *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19*, tomo I, Monereo Pérez, J.L., Rivas Vallejo, P., Moreno Vida, M.N., Vila Tierno, F., y Álvarez Cortés, J.C. (Dirs.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

Monereo Pérez, J.L.: "Refundar el ordenamiento laboral para juridificar plenamente el principio de justicia social y el trabajo decente", en *Lex social: revista de los derechos sociales*, vol. 9, núm. 1, 2019.

Moreno Vida, M.N.: "El sistema especial de prestaciones sociales y económicas de la ley general de las personas con discapacidad", en VV.AA.: *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F., y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2021.

López Lara, E. J.: "El plan andaluz de salud", en *Revista de estudios andaluces*, núm. 16, 1991.

Ruiz Benítez, B. y Alaminos Romero, F.J.: *Informe Observatorio de la Infancia de Andalucía: Estado de la Infancia y Adolescencia en Andalucía*, Granada, Junta de Andalucía, 2020.

Tortuero Plaza, J.L.: "Las reformas de los sistemas de pensiones: crisis económica y factor demográfico", en *Revista de Administración Pública*, núm. 42, 2011.

Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

13. Análisis De Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad En Su Condición De Consumidores Y De Los Mecanismos Para Su Especial Protección[1]

Pompeyo Gabriel Ortega Lozano
Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0001-9880-4231

SUMARIO: I. EL SENTIDO AMPLIO DEL RECIENTE CONCEPTO DE PERSONA CONSUMIDORA VULNERABLE: LA LEY 4/2022, DE 25 DE FEBRERO, DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS FRENTE A SITUACIONES DE VULNERABILIDAD SOCIAL Y ECONÓMICA. II. LA DISCAPACIDAD EN LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: RECORRIDO NECESARIO. III. UN RECORRIDO GENERAL Y DE PROXIMIDAD SOBRE EL ELENCO NORMATIVO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. IV. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE 2006. V. LA DEFENSA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN SU CONDICIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS A NIVEL NACIONAL. VI. LA DEFENSA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN SU CONDICIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS EN ANDALUCÍA. VII. UN COMPROMISO EUROPEO PARA LUCHAR CONTRA LAS BARRERAS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. VIII. BALANCE Y PERSPECTIVAS: CONCLUSIONES. IX. BIGLIOGRAFÍA.

I. EL SENTIDO AMPLIO DEL RECIENTE CONCEPTO DE PERSONA CONSUMIDORA VULNERABLE: LA LEY 4/2022, DE 25 DE FEBRERO, DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS FRENTE A SITUACIONES DE VULNERABILIDAD SOCIAL Y ECONÓMICA

El artículo 51.1 CE establece que los poderes públicos garantizarán la defensa de las personas consumidoras y usuarias, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. En tal sentido, para la reciente Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, resulta urgente considerar el concepto de persona consumidora vulnerable en la normativa estatal de defensa de las personas consumidoras y usuarias, atendiendo al mandato constitucional, en el sentido de garantizar con un grado mayor de protección a los derechos en determinados supuestos en los que la persona consumidora se ve afectada por una especial situación de vulnerabilidad que puede incidir en su toma de decisiones e, incluso, forzarla a aceptar ciertas condiciones contractuales que en otra situación no aceptaría. Esta figura ya ha sido recogida en normativas autonómicas y, si bien esta necesidad ya era patente antes de que aconteciera esta crisis sanitaria mundial, la actual situación ha ahondado en la urgente necesidad de protección de estas personas que puedan encontrarse en especial situación de vulnerabilidad en una relación de consumo.

De conformidad con el preámbulo de la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, se incluye por primera vez en la normativa estatal de defensa de las personas consumidoras la figura de la persona consumidora vulnerable, que deberá ser objeto de especial atención tanto por parte de autoridades públicas como del sector empresarial en las relaciones de consumo. Más allá de la tradicional alusión a la situación económica de las personas consumidoras a la hora de determinar su situación de

[1] Investigación enmarcada en el Proyecto de Investigación PIB-RT-4634: "*Instrumentos para la protección integral de la discapacidad en una sociedad inclusiva y del bienestar. Especial referencia a Andalucía en el marco de la Estrategias Nacionales y de la Unión Europea*".

vulnerabilidad, se constatan diversas situaciones en las que, agravadas por la actual situación de crisis sanitaria, las circunstancias sociales o personales hacen que se encuentren en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección en sus relaciones de consumo[2].

El concepto de consumidor vulnerable recogido en la Nueva Agenda del Consumidor 2020-2025 se fundamenta en los estudios teóricos e investigaciones empíricas desarrolladas en los últimos años sobre la vulnerabilidad específicamente referida al ámbito del consumo. Dichos avances en el plano académico y en la literatura utilizada por las instituciones internacionales confluyen en una noción de vulnerabilidad en consumo entendida como la probabilidad *ex ante* de que una determinada persona obtenga un posible resultado negativo en su relación de consumo. En particular, la probabilidad de que una persona consumidora obtenga resultados negativos en sus relaciones de consumo vendrá condicionada por aspectos tales como la dificultad para obtener o asimilar información, una menor capacidad para comprar, elegir o acceder a productos adecuados, o una mayor susceptibilidad a dejarse influir por prácticas comerciales. Dado que la clave para que las políticas de protección a las personas consumidoras vulnerables sean eficaces reside en su capacidad de actuar de forma preventiva, identificando a las personas o colectivos que tienen mayor probabilidad de verse afectados por esas contingencias antes de que el posible resultado negativo se produzca, gran parte de la literatura especializada se ha centrado en la identificación de los factores que determinan dicha vulnerabilidad.

Aunque la identificación de los factores de vulnerabilidad de consumo ha dado lugar a múltiples tipologías, continúa el preámbulo confirmando que existen algunos consensos básicos dentro del mundo académico: en primer lugar, se asume que la situación de vulnerabilidad no se deriva de circunstancias estrictamente personales, sino que hay que considerar aspectos de origen demográfico, social e, incluso, relacionados con cada entorno de mercado concreto; en segundo lugar, y relacionado con lo anterior, hay consenso general en que las condiciones que predisponen a la vulnerabilidad en las relaciones de consumo exceden el plano de lo estrictamente económico, tradicionalmente aproximado con indicadores del nivel de renta. Los primeros avances teóricos en este sentido datan de los años noventa del siglo pasado y se derivan de estudios centrados en el análisis de la vulnerabilidad de consumo en mercados específicos como el de productos farmacéuticos o el alimentario. En estos casos se evidenciaba con nitidez cómo factores tanto de índole biológico como cultural tenían una importancia crucial para estimar la vulnerabilidad en sus relaciones de consumo de ciertos individuos o colectivos. Posteriores investigaciones han venido confirmando que la multidimensionalidad de la vulnerabilidad de consumo, es decir, su relación con factores de distintas dimensiones afecta a todos los ámbitos de consumo, siendo especialmente patentes en algunos sectores de consumo específicos como el financiero, el energético o el de comercio electrónico; en tercer lugar, los estudios académicos conciben la vulnerabilidad en el ámbito del consumo como un concepto dinámico, en el sentido de que no define a las personas o a los colectivos como vulnerables de una forma estructural ni permanente. De esta forma, una persona puede ser considerada vulnerable en un determinado ámbito de consumo, pero no en otros. Además, esa condición de vulnerabilidad podrá variar a lo largo del tiempo según puedan hacerlo las condiciones que la determinan, tanto las de tipo personal como las sociales o de contexto. En definitiva, las investigaciones especializadas confirman que cualquier persona puede ser vulnerable en algún momento de su vida respecto de alguna relación de consumo específica.

En consonancia con esta aproximación teórica y conceptual, se significa que la normativa europea conmina a proteger a las personas consumidoras vulnerables, no solo en relación con aspectos económicos, como tradicionalmente se ha hecho en la normativa sectorial, sino también en relación con aquellas otras circunstancias, tales como por ejemplo la edad, sexo, origen nacional o étnico, lugar de procedencia, las personas alérgicas o con algún tipo de intolerancia alimenticia, las víctimas de violencia de género, las familias monoparentales, las personas desempleadas, las personas con algún tipo de discapacidad, las personas enfermas, las minorías étnicas o lingüísticas,

[2] Tal como ha recordado la Comisión Europea con la publicación de la Comunicación, de 13 de noviembre de 2020, sobre la Nueva Agenda del Consumidor: "reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible".

las personas desplazadas temporalmente de su residencia habitual, la población migrante o solicitante de protección internacional, así como las personas con carencias económicas o en riesgo de exclusión, o cualesquiera otras circunstancias que puedan incidir, generando desventaja, en sus relaciones de consumo.

Por consiguiente, confirma el preámbulo, es preciso tener en cuenta que son diversas las causas que determinan la posible situación de vulnerabilidad de las personas consumidoras y usuarias en atención a las específicas relaciones de consumo que les afecten. Es importante señalar que las relaciones de consumo están diseñadas sin tener en cuenta las necesidades y circunstancias de determinados colectivos de personas que enfrentan especiales obstáculos a la hora de desenvolverse y ejercer sus derechos en condiciones de igualdad. Así, el impacto de determinadas variables psicosociales en las relaciones de consumo (tales como la edad, sexo, origen nacional o étnico, lugar de procedencia o discapacidad, entre otras) coloca a las personas consumidoras en una situación de especial vulnerabilidad que reclama una protección reforzada de sus derechos. Asimismo, es preciso atender a circunstancias como el desconocimiento del idioma, el nivel de formación (bien sea general o específica de un sector del mercado), el lugar de residencia, la situación social, económica y financiera o, incluso, problemas asociados al uso de las nuevas tecnologías como instrumento o vía de acceso normalizado al mercado de bienes y servicios. Además, es importante tener en cuenta que varias causas o factores de los mencionados pueden operar simultáneamente o interaccionar entre sí, incrementando en esos casos la situación de vulnerabilidad.

Todo ello supone la necesidad de considerar, entre los colectivos que pueden encontrarse en una especial situación de vulnerabilidad en las relaciones comerciales entre personas consumidoras y empresarios en España, a distintos grupos de personas -tal como establece el preámbulo de la ley-: las personas mayores son uno de los grupos más numerosos de consumidores en España. Asimismo, se visibiliza cómo la vulnerabilidad también tiene un componente transversal de género, puesto que en España las mujeres cuya edad está comprendida entre los 65 y los 99 años constituyen el 57 % frente a los hombres. Entre otros obstáculos que impiden o dificultan el desarrollo en condiciones de igualdad en las relaciones de consumo, la cuestión del género bien puede entenderse como otro de los factores de vulnerabilidad. Asimismo, entre las dificultades que impiden el desarrollo en condiciones de igualdad en las relaciones de consumo por cuestiones de género, la violencia de género y la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual han de ser contempladas en razón de su especial incidencia. Adicionalmente, y en el ámbito de la cuestión de género, se encuentran las familias monoparentales. También se debe prestar especial atención a la situación de los niños, niñas y adolescentes. En sus relaciones de consumo, los niños, niñas y adolescentes presentan una mayor sensibilidad a la publicidad y a las prácticas comerciales agresivas, disponen de menor capacidad para reconocer el peligro, pueden sentirse atraídos por la apariencia de productos que entrañen riesgos para su salud o seguridad, o pueden presentar mayor sensibilidad frente a la toxicidad de determinadas sustancias químicas.

Igualmente es necesario hacer alusión a las personas con discapacidad y cómo puede afectar esta situación a sus relaciones de consumo. De acuerdo con la Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia, elaborada por el INE en 2008 (último informe disponible), el número de personas con alguna discapacidad se elevaba a 3.847.900 personas, de las cuales 1.600.000 aproximadamente son menores de 65 años. Estas personas se pueden encontrar en diferentes situaciones de vulnerabilidad a la hora de desenvolverse en las relaciones de consumo dependiendo de la capacidad de respuesta. En tal sentido, estas personas están más expuestas a la quiebra y vulneración de sus derechos como personas consumidoras, por cuanto en muchas ocasiones el mercado de bienes, productos y servicios carece de condiciones de accesibilidad universal, dificultando su desempeño como consumidores protegidos. Igualmente cabe destacar las dificultades en el acceso a la información, la necesidad de una protección más intensa contra exclusiones, discriminaciones y abusos, el sobrecoste económico de la discapacidad, entre otras causas. Por ejemplo, las personas con

discapacidad visual pueden ver impedido el acceso a la información que incorporan las etiquetas de los productos de uso cotidiano.

Por otro lado, entre los factores que pueden afectar a la población en general, pero que son susceptibles de hacerlo especialmente a los colectivos que se han identificado previamente como en situación de particular vulnerabilidad, cabe aludir en primer lugar al nivel de renta de las personas consumidoras. El nivel formativo y cultural también puede incidir de forma importante en las relaciones de consumo, situando en posiciones de vulnerabilidad a aquellas personas consumidoras que cuentan con menores niveles de estudios. Otro factor que cobra especial importancia es la brecha digital en las relaciones de consumo en la era digital. De igual modo, el lugar de residencia también puede ser una causa de vulnerabilidad en las relaciones de consumo. Por tanto, se ve cómo son numerosas las causas tanto endógenas como exógenas que pueden situar a una persona en situación de vulnerabilidad en sus relaciones de consumo, no únicamente sus circunstancias económicas, como tradicionalmente se ha enfocado este asunto a nivel sectorial.

Es por ello que esta reciente ley se refiere a las medidas urgentes adoptadas para hacer frente a determinadas situaciones de vulnerabilidad que afectan a las personas consumidoras y usuarias, procediendo a modificar el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

La modificación esencial del texto refundido es la que afecta al artículo 3, en relación al concepto general de consumidor y usuario, con la finalidad de incluir la definición de persona consumidora vulnerable. Así, se determina que a los efectos de esta norma y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad.

Como consecuencia de esta previsión, de carácter esencial en el texto refundido al determinarse el concepto de persona consumidora vulnerable, se procede a modificar diversos artículos de dicho texto con la finalidad de adecuar el régimen de derechos de las personas consumidoras vulnerables en el ámbito de aplicación del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Con tal finalidad se incorpora la previsión de esta categoría, la de persona consumidora vulnerable, en los siguientes preceptos:

En el artículo 8, sobre derechos básicos de los consumidores y usuarios, del que se procede a modificar su redacción al objeto de prever lo relativo a los derechos de las personas consumidoras vulnerables.

Se introduce un nuevo apartado 3 en el artículo 17, relativo al derecho a la información, formación y educación de los consumidores y usuarios, con la finalidad de considerar la referencia a las personas consumidoras vulnerables, de forma que se dispone que se prestará especial atención a aquellos sectores que, debido a su complejidad o características propias, cuenten con mayor proporción de personas consumidoras vulnerables entre sus clientes o usuarios, atendiendo de forma precisa a las circunstancias que generan la situación de concreta vulnerabilidad.

Se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 18, dedicado al etiquetado y presentación de los bienes y servicios, al objeto de determinar que, sin perjuicio de las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente y de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, que prestarán especial atención a las personas consumidoras vulnerables, todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán ser de fácil acceso y comprensión y, en

todo caso, incorporar, acompañar o, en último caso, permitir obtener de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, conforme se detalla en el mismo.

Con el mismo objeto se da nueva redacción al artículo 19, relativo a las prácticas comerciales, de especial relevancia al objeto pretendido por la ley, al disponerse que los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta norma, aplicándose, además, lo previsto en las normas civiles y mercantiles, en las regulaciones sectoriales de ámbito estatal, así como lo previsto en la normativa comunitaria y autonómica que resulten de aplicación, incorporándose al texto refundido la referencia a que las prácticas comerciales de los empresarios quedan sujetas a lo dispuesto en el texto refundido, en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, y en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, no obstante la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación.

Con la misma finalidad, se modifica el artículo 20, relativo a la información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios, al objeto de precisar que, sin perjuicio de la normativa sectorial que en su caso resulte de aplicación, la información necesaria a incluir en la oferta comercial deberá facilitarse a los consumidores o usuarios, principalmente cuando se trate de personas consumidoras vulnerables, en términos claros, comprensibles, veraces y en un formato fácilmente accesible, de forma que aseguren su adecuada comprensión y permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses.

Asimismo, se procede a modificar el artículo 43, relativo a cooperación en materia de control de calidad, con la finalidad de dotar al texto de coherencia semántica y gramatical en relación con la nueva figura de persona consumidora vulnerable.

Se modifica el apartado 1 del artículo 60, sobre información previa al contrato, con la finalidad de prever de manera expresa lo relativo a la información a las personas consumidoras vulnerables, concretándose que el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y estableciéndose, sin perjuicio de la normativa sectorial que en su caso resulte de aplicación, los términos y formato en que deba ser suministrada dicha información, principalmente cuando se trate de personas consumidoras vulnerables, para garantizar su adecuada comprensión y que les permita la toma de decisiones óptimas para sus intereses.

Visto el reciente texto normativa sobre el concepto genérico de persona vulnerable en su condición de consumidora o usuaria, centrémonos ahora en las personas con discapacidad -que la normativa expuesta introduce en ese concepto amplio de persona vulnerable-.

II. LA DISCAPACIDAD EN LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: RECORRIDO NECESARIO

Para el desarrollo de la temática, y antes de llegar a la defensa de las personas con discapacidad en su condición de consumidores y usuarios, nos vemos obligados a referirnos a este recorrido normativo absolutamente necesario de la discapacidad en la Organización de las Naciones Unidas[3]. La primera gran línea de cambio experimentada por el Derecho Humanitario Internacional, tanto universal (ONU, OIT) como regional (Consejo de Europa, 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)

[3] 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.) *et al*: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 575 y ss.

y no normativos, pero no por ello carente de vinculatoriedad (Recomendaciones) al ámbito socio-laboral[4].

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 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 los seguros de desempleo, enferme- dad, invalidez, viudez, 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)[5].

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*

[4] Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G.: "El cambio de paradigma en el enfoque de los derechos fundamentales en la Convención Internacional sobre derechos de las personas discapacidad de 2006", en AA. VV.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, pp. 55-106.

[5] 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. (Dirs.): *El Sistema Universal de Derechos Humanos,* Granada, Comares, 2014, pp. 515 y ss., y 595 y ss., respectivamente

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 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 fisicamente 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 substituya 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 se 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.

Continua 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[6]. 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[7]. 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

[6] 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, pp. 107 y ss. ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: "Mecanismos de garantía y de protección de los derechos de las personas con discapacidad", en AA. VV.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, pp. 1169-1190.

[7] Márquez Prieto, A. y Vila Tierno, F.: "Derecho a la vida, a la personalidad, integridad, independencia e inclusión", en AA. VV.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, pp. 189-228.

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 períodos prolongados de 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[8], 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

[8] Moreno Vida, Mª. N.: "Protección de la salud y atención integral a las personas con discapacidad", en AA. VV.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, pp. 997-1040.

Internacional de las Personas con Discapacidad. Desde entonces, cada 3 de diciembre gira sobre un tema especialmente sensible para las personas discapacitadas:

- 2021: "Liderazgo y participación de las personas con discapacidad en la construcción de un mundo postcovid inclusivo, accesible y sostenible".
- 2020. "Reconstruir mejor: hacia un mundo inclusivo, accesible y sostenible después del COVID-19 por, para y con las personas con discapacidad".
- 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[9], 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. 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[10].

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

[9] Fernández Ramírez, M.: "Igualdad y discapacidad. Especial atención a la mujer y a la infancia. Respeto a la privacidad del hogar y de la familia", en AA. VV.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, pp. 229-272.

[10] Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G.: "El cambio de paradigma en el enfoque de los derechos fundamentales en la Convención Internacional sobre derechos de las personas discapacidad de 2006", en AA. VV.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, pp. 55-106.

insuficientes[11]. En este sentido, son varios los textos normativos a los que tenemos que referirnos. A nivel internacional (entre otros muchos textos a los que nos referiremos más adelante): sin ninguna duda, debe destacarse el texto al que ya nos hemos referido, 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.

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. En sentido de consumidores y usuarios destaca el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; y, a nivel autonómico, la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía.

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 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)[12], 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,

[11] Olarte Encabo, S.: "Protección jurídica de la discapacidad y sus fuentes reguladoras", en AA. VV.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, pp. 107-134.

[12] Véase Monereo Pérez, J. L: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Laborum, 2019, espec., pp. 118 y ss.

de accesibilidad y subsidios económicos, y una serie de principios que posteriormente se incorporaron a las leyes de sanidad, educación y empleo[13].

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 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.

[13] *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.

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

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, que ha sido ratificada, junto con su Protocolo Facultativo, en 2007 por España, 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[14].

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[15], 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[16], 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,*

[14] 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, pp. 165 y ss. 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.

[15] Perán Quesada, S.: "Accesibilidad integral y no discriminación, movilidad, transporte y acceso a productos, servicios, información, medios de comunicación y tecnologías", en AA. VV.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, pp. 325-340.

[16] García Garnica, Mª. C.: "La protección jurídico-civil de las personas con discapacidad", en AA. VV.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, pp. 1139-1168.

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).

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[17].

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) Emprender 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) Emprender 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

[17] López Insua, B. M.: "La inclusión social de las personas con discapacidad desde un enfoque de derechos, principios de justicia y obligaciones generales", en AA. VV.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, pp. 135-188.

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[18]. 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 condición de consumidores y usuarios de las personas con discapacidad.

[18] 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, pp. 463 y ss.

V. LA DEFENSA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN SU CONDICIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS A NIVEL NACIONAL

Debe partirse del artículo 49 CE: "*Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos*". Siendo 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, el que establece (artículo 1) la finalidad de garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

El consumidor y usuario es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.

Por tanto, cuando se tiene la condición legal de consumidor, será de aplicación el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCyU), así como el resto de normativa especial de protección frente a las personas consumidoras (muchas de ellas elaboradas por las Comunidades Autónomas).

El concepto de consumidor y usuario y de persona consumidora vulnerable queda recogido en el TRLGDCyU. A efectos de esta ley, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Igualmente, también son considerados consumidores a efectos de esta norma, las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Pero, adentrándonos más en la materia, de conformidad con el TRLGDCyU, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad. Por tanto, si la persona consumidora presenta algún tipo de vulnerabilidad, los derechos que se les reconoce como consumidor y usuario quedarán incrementados de conformidad con el artículo 3.2 en plena vinculación con el artículo 8.2 del TRLGDCyU.

Asimismo, el artículo 10 del TRLGDCyU confirma la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario cuando establece que "*la renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil*".

En plena vinculación con lo dicho, el artículo 2 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 viene a definir a la "discapacidad" como aquella 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.

Lo que tiene que ponerse en plena vinculación con el artículo 8 TRLGDCyU cuando se refiere a los derechos básicos de los consumidores y usuarios (de todas las personas, con o sin discapacidad): "*1. Son derechos básicos de los consumidores y usuarios y de las personas consumidoras vulnerables: a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad. b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos. c) La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos. d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios en formatos que garanticen su accesibilidad y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute, así como la toma de decisiones óptimas para sus intereses. e) La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas. f) La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial en relación con las personas consumidoras vulnerables*". Sin embargo, el precepto -en su apartado segundo- recoge expresamente que "*los derechos de las personas consumidoras vulnerables gozarán de una especial atención, que será recogida reglamentariamente y por la normativa sectorial que resulte de aplicación en cada caso. Los poderes públicos promocionarán políticas y actuaciones tendentes a garantizar sus derechos en condiciones de igualdad, con arreglo a la concreta situación de vulnerabilidad en la que se encuentren, tratando de evitar, en cualquier caso, trámites que puedan dificultar el ejercicio de los mismos*".

Lógicamente, a los anteriores derechos como consumidores y usuarios, cuando nos encontramos ante personas con discapacidad debe tenerse en cuenta los principios generales recogidos en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad: "*los principios de la presente Convención serán: 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*".

De este estos principios destaca el de la no discriminación, el de participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad, el del respeto por la diferencia y la aceptación de personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana, el derecho a la igualdad de oportunidades y el de accesibilidad. Además, téngase en cuenta que cuando se actúa como consumidor, se tiene derecho a recibir, de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz, suficiente y accesible sobre las características de los bienes y servicios, debiéndose cumplir con los citados principios generales, especialmente el de accesibilidad universal -siendo este uno de los principales obstáculos y tarea pendiente de los organismos y administraciones públicas-.

VI. LA DEFENSA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN SU CONDICIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS EN ANDALUCÍA

Por otro lado, a nivel autonómico, localizamos la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía. Su objeto no es otro que la defensa y protección de los consumidores y usuarios en la Comunidad Autónoma de Andalucía, en cumplimiento del mandato establecido en el artículo 51.1 y 2 de la Constitución Española y del ejercicio de la

competencia exclusiva que el artículo 18.1.6.ª del Estatuto de Autonomía para Andalucía confiere a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

De este modo, se define al consumidor y usuario como aquella persona física o jurídica que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final bienes o servicios. No tienen esta consideración las personas físicas o jurídicas que, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, utilicen o disfruten bienes o servicios con el fin de integrarlos en la organización o ejercicio de una actividad empresarial, profesional o de prestación de servicios, incluidos los públicos.

Entendiéndose por destinatarios finales a aquellas personas físicas que adquieran, utilicen o disfruten bienes o servicios cuya exclusiva finalidad sea el uso o disfrute personal, familiar o doméstico. O a las personas jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten bienes o servicios destinados de forma desinteresada, gratuita o sin ánimo de lucro a sus trabajadores, socios o miembros o para ellas mismas[19].

Entendiéndose por bienes o servicios cualquier producto, actividad o función, utilizadas por los consumidores, independientemente del carácter individual o social, público o privado, de quienes los produzcan, suministren o los presten.

Como derechos de los consumidores y usuarios se localizan los siguientes: 1. La efectiva protección frente a las actuaciones que por acción u omisión ocasionen riesgos o daños que puedan afectar a la salud, al medio ambiente, o a la seguridad de los consumidores. 2. La protección, reconocimiento y realización de sus legítimos intereses económicos y sociales. 3. La indemnización y reparación efectiva de daños y perjuicios producidos en los bienes, derechos o intereses. 4. La constitución de organizaciones y asociaciones de consumidores a través de las cuales ejercerán: a) La participación en las actividades de las instituciones públicas andaluzas que directamente les afecten. b) La audiencia en consulta para la elaboración de las disposiciones de carácter general que puedan interesarles o afectarles. c) La representación de los derechos e intereses reconocidos y protegidos en esta Ley. 5. La información veraz, suficiente, comprensible, inequívoca y racional sobre las operaciones y sobre los bienes y servicios susceptibles de uso y consumo, de acuerdo con la normativa vigente. 6. La educación y formación en relación con todas las materias que puedan afectarles como consumidores. 7. La especial protección en aquellas situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión en que puedan encontrarse individual o colectivamente.

Frente a esa especial protección en aquellas situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión en que puedan encontrarse individual o colectivamente los sujetos afectados, la propia ley establece una serie de medidas y actuaciones (aunque no estamos muy de acuerdo con el término de situación de inferioridad en plena vinculación con la discapacidad). Así, por ejemplo, se localizan medidas de vigilancia especial para los sujetos con discapacidad como, por ejemplo, la accesibilidad arquitectónica, urbanística, en el transporte y en la comunicación de las personas con discapacidad (artículo 9.g).

O actuaciones frente a situaciones de inferioridad: en este sentido, recoge la normativa que los órganos de defensa del consumidor promoverán las medidas adecuadas para remediar las situaciones de desventaja de los consumidores en el mercado, por razón de edad, discapacidad, deficiencias de formación, desigualdad con las empresas, lugar de residencia o cualquier otra análoga (artículo 36).

[19] Guindo Morales, S.: "Configuración y régimen jurídico del despido objetivo de los trabajadores con discapacidad: referencia a la relación laboral de carácter especial de los trabajadores con discapacidad que trabajen en los centros especiales de empleo", en *Anales de derecho y discapacidad*, núm. 5, 2020, pp. 145-164. Guindo Morales, S.: "Particularidades en las vicisitudes de la relación laboral", en AA. VV.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, pp. 629-660. Monereo Pérez, J. L. y Guindo Morales, S.: "Extinción contractual y discapacidad. Soluciones jurídicas como alternativa a la extinción de la relación laboral por incapacidad sobrevenida", en AA. VV.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, pp. 661-712.

Agravando la calificación de la infracción, en el capítulo referido al régimen sancionador, de grave a muy grave cuando se explota la situación de inferioridad (entre las que incluye a los discapacitados -reiteramos, terminología desafortunada a nuestro juicio-). "*las infracciones calificadas como graves, de acuerdo con los apartados anteriores, tendrán la calificación de muy graves cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: b) Haberse realizado explotando la especial situación de inferioridad o indefensión de determinados consumidores o grupos de ellos, como inmigrantes, menores, personas mayores o discapacitadas*".

VII. UN COMPROMISO EUROPEO PARA LUCHAR CONTRA LAS BARRERAS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

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 las siguientes regulaciones normativas:

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[20].

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.

[20] Para mayor abundamiento, *vid.* Alcaín Martínez, E.: *Legislación Sobre Discapacidad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005, *passim*.

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 regulatorio 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.

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 subtitulados 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 estudiar 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 Europeo viene promoviendo una educación y un aprendizaje permanente inclusivos para todos los alumnos[21].

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[22]. 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

[21] 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, pp. 293 y ss.

[22] Maldonado Molina, J. A.: "La asistencia sanitaria en centros asistenciales y personas con discapacidad", en AA. VV.: *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia covid-19*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 787-830. Maldonado Molina, J. A.: "La protección de la discapacidad de militares y guardias civiles", en AA. VV.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, pp. 865-904.

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.

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.

VIII. BALANCE Y PERSPECTIVAS: CONCLUSIONES

Es evidente que todas las personas (con o sin discapacidad) somos consumidores. Es por ello que las personas con discapacidad poseen los mismos derechos que cualquier otra persona sin discapacidad. Sin embargo, existen varios problemas que deben tenerse en cuenta cuando nos encontramos ante personas que poseen algún tipo de discapacidad[23]:

El primer problema que se localiza es el de la comprensión suficiente de los derechos que poseen las personas (incluidos los derechos de las personas que poseen alguna discapacidad). Las personas con discapacidad (especialmente las que poseen cualquier grado de discapacidad intelectual o barreras en la comunicación) tiene derecho a recibir información, pero dicha información debe ser correcta, suficiente y comprensible, cumpliendo con los requisitos de accesibilidad universal, lo que le permitirá el acceso y el disfrute de dichos derechos de manera similar al resto de consumidores y usuarios. Es por ello que se localizan una serie de soluciones a dicha problemática, tales como: debe impulsarse esa necesidad de perspectiva de personas con discapacidad en los productos y servicios que puedan ofrecerse por el sector empresarial; se debe de suprimir cualquier tipo de restricción o barrera a la comunicación y a la comprensión de dichos productos ofrecidos a los consumidores y usuarios facilitando el conocimiento y, por supuesto, la comprensión, de las características que pueden poseer esos productos; si las personas con discapacidad continúan sin comprender dichas características o elementos del producto o servicio del que pretende disfrutar, se le debe ofrecer la posibilidad de servicios de interpretación como consumidor o usuario.

Un segundo problema se localiza en la accesibilidad a entornos, productos, bienes o servicios que ofrece el mercado, lo que impide o limita (y en ocasiones hasta imposibilita) que las personas con discapacidad puedan acceder a los mismos y/o disfrutar en igualdad de condiciones que el resto de consumidores y usuarios. Es por ello que se localizan una serie de soluciones a dicha problemática, tales como: suprimir cualquier tipo de barrera arquitectónica en cualquier edificio, entorno, transporte (en definitiva, en cualquier bien mueble o inmueble) que pudiera dificultar dicho disfrute, debiéndose eliminar los impedimentos u obstáculos que pudieran existir para ello; potenciar, sin ningún tipo de duda, la accesibilidad a dichos servicios, especialmente, cuando su contratación es realizada por internet (por ejemplo, preguntando expresamente si se posee movilidad reducida con la idea de ayudar a suprimir esa barrera arquitectónica que pudiera existir); potenciar la existencia de controles de calidad, seguridad y adaptabilidad de cualquier producto o servicio.

Un tercer problema se localiza, de manera clara, en la ausencia de recursos económicas o ayudas públicas con las que proceder a la eliminación de los problemas que pudiera existir para personas con discapacidad o sus familiares. Poseer algún tipo de discapacidad implica un sobrecoste económico que las personas con discapacidad o familiares tienen que asumir, en muchas ocasiones, eliminando cualquier capacidad de ahorro en comparación con el resto de consumidores o usuarios. Algunas de las soluciones para solventar ese problema se localizan en la optimización de recursos económicos por las administraciones públicas, aumento de partidas presupuestarias para eliminación de cualquier impedimento y, por supuesto, desarrollo de productos financieros adaptados a personas con discapacidad y que sean vulnerables económicamente.

[23] Consejo de Consumidores y usuarios: "Los derechos de los consumidores y usuarios con discapacidad", Fundación Once, Once, CERMI (comité español de representantes de personas con discapacidad), p. 12 y ss. Disponible en: http://www.consumo-ccu.es/pdf/Folleto_Derechos_Consumidores_Accesible.pdf

Por último, un cuarto problema se encuentra en la protección de la salud de las personas con discapacidad -en ocasiones, con retraso en los diagnósticos o derivaciones incorrectas de rehabilitación de los mismos-. Frente a dicho problema se localizan soluciones tales como las de ampliar las prestaciones sociosanitarias destinadas a las personas con discapacidad, aumentar los presupuestos destinados a la investigación y realizar una mayor inversión en centros de atención para personas con discapacidad.

IX. BIBLIOGRAFÍA

Alcaín Martínez, E.: *Legislación Sobre Discapacidad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005.

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.

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.

Alcaín Martínez, E.: "Mecanismos de garantía y de protección de los derechos de las personas con discapacidad", en AA. VV.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.

Consejo de Consumidores y usuarios: "Los derechos de los consumidores y usuarios con discapacidad", Fundación Once, Once, CERMI (comité español de representantes de personas con discapacidad), p. 12 y ss. Disponible en: http://www.consumo-ccu.es/pdf/Folleto_Derechos_Consumidores_Accesible.pdf

Fernández Ramírez, M.: "Igualdad y discapacidad. Especial atención a la mujer y a la infancia. Respeto a la privacidad del hogar y de la familia", en AA. VV.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.

García Garnica, Mª. C.: "La protección jurídico-civil de las personas con discapacidad", en AA. VV.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.

Guindo Morales, S.: "Configuración y régimen jurídico del despido objetivo de los trabajadores con discapacidad: referencia a la relación laboral de carácter especial de los trabajadores con discapacidad que trabajen en los centros especiales de empleo", en *Anales de derecho y discapacidad*, núm. 5, 2020.

Guindo Morales, S.: "Particularidades en las vicisitudes de la relación laboral", en AA. VV.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.

López Insua, B. M.: "La inclusión social de las personas con discapacidad desde un enfoque de derechos, principios de justicia y obligaciones generales", en AA. VV.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.

Maldonado Molina, J. A.: "La asistencia sanitaria en centros asistenciales y personas con discapacidad", en AA. VV.: *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia covid-19*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021.

Maldonado Molina, J. A.: "La protección de la discapacidad de militares y guardias civiles", en AA. VV.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.

Márquez Prieto, A. y Vila Tierno, F.: "Derecho a la vida, a la personalidad, integridad, independencia e inclusión", en AA. VV.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.

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.: "Derecho al trabajo, derecho a trabajar y derecho a libre elección del trabajo", en Monereo Pérez, J. L. y Monereo Atienza, C. (Dirs.) *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.

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. (Dirs.): *El Sistema Universal de Derechos Humanos,* 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 AA. VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 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. y Guindo Morales, S.: "Extinción contractual y discapacidad. Soluciones jurídicas como alternativa a la extinción de la relación laboral por incapacidad sobrevenida", en AA. VV.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.

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.) *et al*: *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. y Ortega Lozano, P. G.: "El cambio de paradigma en el enfoque de los derechos fundamentales en la Convención Internacional sobre derechos de las personas discapacidad de 2006", en AA. VV.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.

Moreno Vida, Mª. N.: "Protección de la salud y atención integral a las personas con discapacidad", en AA. VV.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.

Olarte Encabo, S.: "Protección jurídica de la discapacidad y sus fuentes reguladoras", en AA. VV.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.

Perán Quesada, S.: "Accesibilidad integral y no discriminación, movilidad, transporte y acceso a productos, servicios, información, medios de comunicación y tecnologías", en AA. VV.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

INFORMACIÓN GENERAL

Título: *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*
Abreviatura: REVSEGSOC
Editor: Ediciones Laborum, S.L.
ISSN: 2386-7191
ISSNe: 2387-0370
Inicio de Publicación: 2014
Periodicidad: Trimestral
Arbitraje: Evaluación por pares de doble ciego

NORMAS PARA LA REMISIÓN DE ORIGINALES, ACEPTACIÓN Y SU PUBLICACIÓN

1. ENVÍO DE ORIGINALES

Formato: Microsoft Word o Libreoffice.

Forma de envío: Por correo electrónico a la dirección revsegsoc@laborum.es o bien mediante la plataforma de envío en la propia página web de la revista http://revista.laborum.es. Es aconsejable que el autor/a o autores cursen su alta en la revista. Para ello únicamente tiene que entrar en la siguiente dirección de internet: revista.laborum.es y en el margen derecho superior se encuentran las ventanas para darse de alta (seguir las indicaciones). Solamente tiene que hacerlo una vez y a partir de ese momento ya podrá enviarnos sus colaboraciones y seguir su curso (registro, remisión a evaluadores, aceptación, fecha de su publicación, etc.).

El archivo debe identificarse con los apellidos del autor/a del trabajo y la identificación de la sección de la revista en la que se desea publicar. Dicha identificación del documento se anonimizará con posterioridad al fin de que su sistema de revisión por pares sea de doble ciego.

Secciones abiertas a la publicación

- ED (Estudios Doctrinales);
- EDJ (Estudios de Doctrina Judicial);
- EDC (Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas);
- ES (Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social);
- REC (Recensiones)

Por ejemplo: ORTIZ CASTILLO-ED

2. DATOS Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO REMITIDO

Se remitirán tres archivos de la siguiente forma:

Primer archivo: Documento con la identificación del autor/a o autores. Es un archivo distinto al del trabajo que tendrá el siguiente contenido: - Identificación del autor/a (nombre y apellidos de cada autor/a); ORCID, datos académicos y/o profesionales, así como la institución en que desempeña sus funciones. Se

facilitará el nombre, dirección postal, teléfono y correo electrónico del autor/a responsable de la correspondencia sobre el artículo.

Segundo archivo: Declaración responsable del autor/a de que el artículo es original y que no ha sido publicado anteriormente en ningún tipo de soporte (ya sea en papel o digital). En caso de coautoría se deberá de indicar, si procede, el criterio escogido para decidir el orden de firma y la contribución específica de cada uno de los autores/as al trabajo, reconociéndose a todos los autores/as materiales del trabajo, sin que se puedan conceder autorías ficticias o regaladas. Aquí se puede descargar el modelo de declaración de originalidad y cesión de derechos de autor: https://url.laborum.es/1doycda

Tercer archivo: El trabajo o artículo a publicar. **Muy importante:** No deberá hacer referencia a la autoría del trabajo o cualquier otro dato que permita identificar al autor/a o autores dentro del propio artículo.

El artículo ha de estar encabezado por:

El título del trabajo y las palabras clave/descriptores (entre 3 y 6), primero en español y luego en inglés.

Un resumen del trabajo de 10 líneas aproximadamente y, a continuación, su traducción de este al inglés (*abstract*).

Sumario. Se utilizará la numeración arábiga (1, 1.1, 1.1.1, etc.)

El artículo habrá de contener una bibliografía final.

Extensión del trabajo

La extensión de los trabajos será, conforme a la sección de la Revista a la que vayan destinados, la siguiente:

Estudios Doctrinales, Derecho Comparado Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias Conexas y Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social: máximo 25 páginas (incluido título, extracto, palabras claves, sumario, anexos, bibliografía, etc.).

Estudios de Doctrina Judicial: máximo 22 páginas (incluido título, extracto, palabras clave, sumario, bibliografía, etc.).

Recensiones: máximo 3 páginas.

FORMATO DEL DOCUMENTO

Márgenes:

Superior:	2,50 cm	Izquierda:	3,00 cm	Encabezado: 1,25 cm
Inferior.	2,50 cm	Derecha:	3,00 cm	Pie de página:1,25 cm

Fuente: Time New Roman, Justificación completa, y con interlineado sencillo (a un espacio). En el interior del Texto de los originales no deben ponerse palabras o frases en negrita o subrayadas. Sí cabe poner palabras o frases en cursivas. Eso sí, evitando una utilización excesiva o abusiva de esta técnica.

Tamaño: Texto normal 12; Notas al Pie 10

Las referencias legislativas o judiciales deberán expresar -en todo lo posible- las referencias propias de la base de datos que se utiliza (o, en su defecto, se deberán citar con datos que aseguren su identificación y localización efectiva (por ejemplo, Boletín Oficial donde se haya publicado, número de recurso o de sentencia, etcétera).

Referencias bibliográficas

Los apellidos de los autores/as citados/as han de ir solo en mayúscula la primera letra y versales. Los nombres solo se identifican con las iniciales en mayúscula.

Ejemplos:

-Si es una obra de autoría individual o en coautoría de hasta cuatro autores:

Rodríguez Iniesta, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*, Murcia, Laborum, 2009, pp. 201-242.

Monereo Pérez, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España*. José Maluquer y Salvador, Granada, Comares, 2007, pp. 40-48.

-Si es una parte de una obra colectiva con directores y/o coordinadores:

VV.AA.: *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*, Sánchez Rodas, C. y Ortiz Castillo, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2006, pp. 50-80.

VV.AA.: *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La Seguridad Social en el Siglo XXI*, Ojeda Avilés, A. (Ed.), Murcia, Laborum, 2008, pp. 106-125.

VV.AA.: *VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011*, Ortiz Castillo, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2011.

VV.AA.: *Los retos de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Monereo Pérez, J.L. (Ed.), Murcia, Laborum, 2016.

VV.AA.: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008, pp. 145-173.

VV.AA.: *La reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, Sempere Navarro, A.V. y Fernández orrico, F.J. (Dirs.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.

Los títulos de una obra o de una Revista, en cursiva. El título de un capítulo o de un artículo doctrinal, entrecomillado o con corchetes.

3. PROCESO EDITORIAL

Recepción de artículos. Hay 2 formas de recepcionar los artículos, bien enviándolos por mail a revsegsoc@laborum.es o bien mediante la plataforma de la revista digital https://revista.laborum.es, en la cual se deben registrar como autores para tener acceso a la sección de enviar artículos.

Se acusará su recibo por la Coordinación de la Editorial lo que no implicará su aceptación.

Una vez acusado recibo, la Coordinación efectuará una primera valoración editorial consistente en comprobar tanto la adecuación al ámbito temático

como el cumplimento de los requisitos de presentación formal exigidos en el punto 2, quedando autorizada la Editorial a la devolución de los estudios mientras no se ajuste a las normas de publicación indicadas.

Remisión de originales al Consejo de Redacción. La Coordinación de la Editorial remitirá el trabajo al Consejo de Redacción de la Revista, que analizará el estudio valorando su remisión a los evaluadores externos, ajenos a los Consejos de Redacción y Asesor, y que han sido seleccionados por los editores de la revista (*vid.* https://revista.laborum.es/equipoeditorial o listado en inicio revista) teniendo en cuenta sus méritos académicos, su acreditada solvencia investigadora y su dilatada experiencia en el ámbito de las Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sistema de revisión por pares. El artículo enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima, quienes emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de Redacción. El protocolo de evaluación utilizado por los revisores se hace público como anexo a estas normas (*vid.* https://revista.laborum.es). En el caso de juicios dispares entre los dos evaluadores, el trabajo será remitido a un tercer evaluador. El trabajo revisado que se considere puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones, deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de un mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores. De ser necesario, la nueva versión será enviada de nuevo a los revisores externos. Los autores recibirán los informes de evaluación de los revisores, de forma anónima, para que estos puedan realizar (en su caso) las correcciones oportunas.

Proceso editorial. Una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le podrán ser remitidas, si fuera necesario, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección.

Plazos de publicación. El intervalo entre la recepción y la aceptación será inferior a 60 días y el que media entre la aceptación y la publicación no superará los 90 días.

Ejemplar para el autor: La editorial hará llegar a autor o autores una versión electrónica del trabajo presentado y publicado

4. CRITERIOS DE POLÍTICA EDITORIAL Y RESPONSABILIDADES ÉTICAS

Criterios de política editorial. Los factores en los que se funda la decisión sobre la aceptación-rechazo de los trabajos por parte de la editorial son los siguientes:

a) Originalidad.

b) Actualidad y novedad.

c) Relevancia y aplicabilidad de los resultados para la resolución de problemas concretos.

d) Significación para el avance del conocimiento científico.

e) Calidad metodológica contrastada.

f) Presentación, buena redacción y organización (coherencia lógica y presentación material).

Responsabilidades éticas. La Revista no acepta material previamente publicado. Los autores son responsables de obtener los oportunos permisos para reproducir parcialmente material (texto, tablas o figuras) de otras publicaciones y sitios de Internet y de citar su procedencia correctamente.

5. POLÍTICA ANTIPLAGIO

Los autores/as confirman que el trabajo es original y garantizan que ningún tipo de información ha sido plagiada, inventada o manipulada, con un uso inadecuado de la técnica de citación, a través de la firma del documento "declaración de originalidad" que debe de adjuntarse junto con el envío del artículo. En el caso de que la Editorial aprecie algún tipo plagio durante el proceso de evaluación del artículo, este será rechazado y no se procederá a su publicación. Si el plagio detectado obedece a un uso indebido de la técnica de cita, se le dará la posibilidad al autor para que revise y edite su trabajo como requisito necesario para su publicación. En caso de que se detecte el plagio una vez que se ha publicado el artículo, dicho artículo será eliminado de la página web, sin perjuicio de la denuncia de las prácticas deshonestas sobre los diversos supuestos de fraude científico (plagio, publicación duplicada, etc.).

6. POLÍTICAS DE IGUALDAD DE GÉNERO

Compromiso con el uso de lenguaje no sexista: Los autores/as se comprometen a redactar sus trabajos siguiendo las buenas prácticas en igualdad de género, utilizando lenguaje incluso y no discriminatorio.

Desagregación de datos en función del sexo: Es importante que los datos de origen de la investigación tengan en cuenta el sexo para advertir las posibles diferencias. En el caso de que los autores/as presenten datos, siempre que sea posible, deberán de desagregarse estos en función del sexo con el fin de permitir la identificación de dichas diferencias.

7. POLÍTICAS DE INFORMACIÓN SOBRE FUENTES DE FINANCIACIÓN

Cada autor/a deberá de reconocer y determinar la financiación que ha recibido para la elaboración del artículo en cuestión. En el mismo artículo, en la primera nota a pie de página, se indicará la agencia o agencias de financiación, así como el/los código/s de los proyectos de investigación en los cuales se ha desarrollado el trabajo. Esta información también se incluirá en los metadatos del artículo.

AVISO DE DERECHOS DE AUTOR/A

Los trabajos de la presente revista se publican bajo una licencia de "todos los derechos reservados" hasta que transcurra un año desde su publicación (período de embargo), momento a partir del cual se publican los trabajos bajo una licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

*Las secciones que no están sujetas a período de embargo se publican directamente bajo una licencia CC BY-NC-ND 4.0.

Recuérdese que las secciones Editorial; Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas; Crónica de Doctrina Administrativa de Seguridad Social y Clásicos de la Seguridad Social, se ofrecen en abierto. Las secciones Estudios Doctrinales; Estudios de Doctrina Judicial; Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas; y Economía y Sociología, se ofrecen también en abierto transcurridos doce meses desde la publicación de cada número.

Por medio de la firma de la Carta de originalidad y de cesión de derechos de autor se ceden en exclusiva, durante un año a partir de la fecha de publicación, los derechos patrimoniales de propiedad intelectual (distribución, comunicación pública, reproducción y transformación) a Ediciones Laborum, S.L. No obstante, sí que se les permite a los autores/as publicar sus trabajos en cualquier otra publicación (formato impreso o electrónico), siempre con el único requisito de reconocer la previa aparición en esta Revista.

POLÍTICA DE AUTOARCHIVO POR PARTE DEL AUTOR/A

Se podrá depositar la versión final aceptada para publicación en repositorios institucionales o temáticos de acceso abierto en los plazos y en los términos establecidos por la entidad financiadora de la investigación publicada y, en todo caso, cuando haya transcurrido el período de embargo inicial de 12 meses.

CÓDIGO ÉTICO PARA LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LABORUM

«Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum» se adhiere a las recomendaciones de ELSEVIER y a las normas éticas de COPE: Commitée on Publication Ethics: http://publicationethics.org/resources/code-conduct

A continuación, se detallan de manera específica los compromisos adquiridos por todo el Equipo Editorial para asegurar una actuación responsable tanto de autores, revisores, como de editores.

Compromisos para los autores

- Originalidad en los trabajos: Los autores de manuscritos enviados a la Revista de «Derecho de la Seguridad Social (Laborum)» han de ser originales. Los manuscritos no han de contener copias o reproducciones a trabajos de otros autores o de otros fragmentos de trabajos ya publicados por los mismos autores. Además, se confirmará veracidad de los datos mediante la firma de un documento de "declaración de originalidad" que habrá de enviarse a la editorial.
- Publicaciones múltiples o repetitivas: El autor no debe publicar un mismo artículo o con resultados similares en más de una revista científica. La propuesta simultánea de la misma contribución a múltiples revistas científicas es considerada éticamente incorrecta y reprobable.
- Listado de fuentes: Al final de cada trabajo el autor deberá incorporar una relación bibliográfica completa, en la que se recojan todas las fuentes y artículos manejados.
- Autoría: En cuanto a la autoría del manuscrito, los autores garantizan la inclusión de aquellas personas que han hecho una contribución científica e intelectual significativa en la conceptualización y la planificación del trabajo como en la interpretación de los resultados y en la redacción del mismo. Al mismo tiempo se han jerarquizado los autores conforme a su categoría y/o nivel de responsabilidad e implicación.
- Conflicto de intereses y divulgación: Todos los autores están obligados a declarar explícitamente que no existen conflictos de intereses que puedan haber influido en los resultados obtenidos o en las interpretaciones propuestas. Los autores también deben indicar cualquier financiación de agencias y/o de proyectos de los que surge el artículo de la investigación.
- Errores o erratas en los artículos publicados: Cuando un autor identifica en su artículo un importante error o una inexactitud, deberá comunicarlo a los editores de la revista y proporcionarles toda la información necesaria para listar las correcciones pertinentes en la parte inferior del mismo artículo.
- Responsabilidad: todos los autores aceptan la responsabilidad de lo que se ha escrito. Los autores se comprometen también a que se ha realizado una revisión de la literatura científica más actual y relevante del tema analizado, teniendo presente de forma plural las diferentes corrientes del conocimiento.

Compromisos para los revisores

- Contribución a la decisión editorial: La revisión por pares y a ciegas le permite a la editorial Laborum tomar decisiones sobre los artículos propuestos y, de igual modo, le permite al autor mejorar en la contribución enviada para su publicación. Los revisores asumen el compromiso de realizar una revisión crítica, honesta y constructiva tanto de la calidad científica, como de la calidad literaria del escrito.

- Tiempos de revisión: La coordinación marcará los tiempos de revisión. El revisor que no pueda terminar la evaluación en el tiempo programado habrá de notificarlo de inmediato a la coordinadora. Los revisores se comprometen a evaluar los trabajos en el tiempo menor posible para respetar los plazos de entrega.
- Confidencialidad: Cada manuscrito asignado debe ser considerado como confidencial. Por lo tanto, estos textos no se deben discutir con otras personas sin el consentimiento expreso del director, el subdirector y la coordinadora.
- Objetividad: La revisión por pares se realizará de manera objetiva. No se considera adecuado ningún juicio personal sobre los autores de las contribuciones. Los revisores están obligados a dar razones suficientes para sus valoraciones. Los revisores entregarán un informe crítico completo con referencias adecuadas según protocolo de revisiones de la Revista de «Derecho de la Seguridad Social (Laborum)» y las normativas públicas para los revisores; especialmente si se propone que el trabajo sea rechazado. Están obligados a advertir a los editores si partes sustanciales del trabajo ya han sido publicadas o están bajo revisión para otra publicación.
- Visualización de texto: Los revisores se comprometen a indicar con precisión las referencias bibliográficas de obras fundamentales posiblemente olvidadas por el autor. El revisor también debe informar a los editores de cualquier similitud o solapamientos del manuscrito con otros trabajos publicados.
- Conflicto de intereses y divulgación: Información confidencial o información obtenida durante el proceso de revisión por pares debe considerarse confidencial y no puede utilizarse para propósitos personales Los revisores solo revisan un manuscrito cuando no exista conflictos de interés.

Compromisos de los editores

- Decisión de publicación: los editores garantizarán la selección de los revisores más cualificados y especialistas científicamente para emitir una apreciación crítica y experta del trabajo, con los menores sesgos posibles. La revista de «Derecho de la Seguridad Social (Laborum)» opta por seleccionar 2 revisores por cada trabajo de forma que se garantice una mayor objetividad en el proceso de revisión.
- Honestidad: los editores evalúan los artículos enviados para su publicación sólo sobre la base del mérito y la calidad científica de los contenidos.
- Confidencialidad: todo el equipo editorial se compromete a no divulgar la información relativa a los artículos enviados para su publicación a otras personas que no sean autores, revisores y editores. Los editores y el Comité Editorial se comprometen a la confidencialidad de los manuscritos, sus autores y revisores, de forma que el anonimato preserve la integridad intelectual de todo el proceso.
- Conflicto de intereses y divulgación: los editores se comprometen a no utilizar en sus investigaciones contenidos de los artículos enviados para su publicación sin el consentimiento por escrito del autor.
- Respeto de los tiempos: los editores son responsables máximos del cumplimiento de los límites de tiempo para las revisiones y la publicación de los trabajos aceptados, para asegurar una rápida difusión de sus resultados. Los trabajos no permanecerán aceptados, sin publicarse y en listas de espera infinitas, más allá del tiempo justo para su edición en los siguientes números de la revista.

RED EUROPEA DE REVISTAS DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
(Red Europea de RDSS)

Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum (ISSN: 2386-7191)
Editorial Laborum, España. Director, Prof. Jose Luis Monereo Pérez.
http://laborum.es/revsegsoc/

EJSS European Journal of Social Security (ISSN: 1388-2627)
Editorial Intersentia, Países Bajos. Editores, Profs. Frans Pennings, Universidad de Utrecht, y Michael Adler, Universidad de Edimburgo
http://www.ejss.eu/

JSSL Journal of Social Security Law (ISSN: 1354-7747)
Publisher Sweet and Maxwell, Reino Unido Editor, Prof. Neville Harris, Universidad de Manchester
http://www.sweetandmaxwell.co.uk/

ERIPS e-Revista Internacional de la Proteccion Social (ISSN: 2445-3269)
Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Directora, Prof. Cristina Sánchez-Rodas
http://institucional.us.es/revistapsocial/

RDSS Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale (ISSN: 1720-562X)
Editorial il Mulino, Italia. Director responsable, Prof. Maurizio Cinelli, Universidad de Macerata
http://www.mulino.it/riviste/issn/1720-562X

REVISTA EN ACUERDO DE COLABORACIÓN CON:
Revista Derecho del Trabajo. Revista especializada en Derecho del Trabajo y Seguridad Social (ISSN: 2301-1009)
Director Responsable, Mario Garmendia Arigón, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
(Universidad de la República/Montevideo-Uruguay y Universidad CLAEH/Punta del Este-Uruguay)
https://opac.um.edu.uy/index.php?lvl=notice_display&id=81710

REVISTA INCLUIDA EN LA CLASIFICACION BIBLIOGRÁFICA DE LAS SIGUIENTES BASES DE DATOS Y ORGANISMOS:

Orientación y enfoque metodológico

Su título refleja la reivindicación del amplio espacio propio e identificable de lo que es la Seguridad Social, frente a esas tendencias de emergentes de encuadrarla dentro de un sistema general de protección social pública.

Es una revista teórico-práctica que reivindica un conocimiento pleno del "Derecho vivo" tal y como se verifica en la experiencia jurídica y en la praxis judicial. Por ello al tiempo de prestar atención a las normas vigentes y a las técnicas legislativas y de protección del Derecho, se contextualiza dentro del marco político, socio-económico y ético en el que se insertan.

Los contenidos incluyen:

- Editorial
- Estudios Doctrinales
- Estudios de Doctrina Judicial
- Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social
- Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas
- Crónica Administrativa en materia de Seguridad Social
- Crónica de Actualidad de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social
- Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social
- Clásicos de la Seguridad Social

La presente revista, dedicada específicamente al Derecho de la Seguridad Social, consta de:

- *Editorial*
- *Estudios Doctrinales*
- *Estudios de Doctrina Judicial*
- *Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social*
- *Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas*
- *Crónica de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social*
- *Crónica de Actualidad de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social*
- *Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social*
- *Clásicos de la Seguridad Social*

Consta de 4 números anuales de periodicidad trimestral.
Se edita en papel y digital, y la inscripción a cualquiera de ambas versiones puede realizarse por los medios que figuran al inicio de la revista.

Ediciones
Laborum