

“La igualdad de oportunidades solo será real y efectiva en la medida en que se atienda simultáneamente a las condiciones personales del sujeto y a las condiciones particulares del entorno.”

Trabajo y discapacidad: El derecho al empleo de las personas discapacitadas

182

Miguel Ángel Almendros González*

I. Planteamiento del tema

Las personas con discapacidad constituyen un grupo vulnerable al que el modo en que se estructura y funciona la sociedad ha mantenido habitualmente en condiciones de exclusión. Esta circunstancia ha comportado la restricción de sus libertades y derechos básicos, condicionando y 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 sociedad¹. Esto justifica su especial tratamiento en este número monográfico sobre Derechos de las Minorías.

Ante esta situación, el Derecho responde ofreciendo un marco de protección a las personas con discapacidad, a través de políticas activas de lucha contra la discriminación, igualdad de oportunidades y accesibilidad en todas las esferas de la vida. Precisamente en el desarrollo de políticas de integración e inclusión social desempeñan un papel clave las acciones dirigidas a garantizar el derecho al empleo de las personas discapacitadas y facilitar su acceso al mercado de trabajo, lo que constituye el objeto del presente estudio.

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Granada

¹ Como el mismo legislador español ha reconocido en el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (LGDDP), aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, “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”, que precisamente es en la situación que se encuentran aún hoy las personas con discapacidad, quienes a pesar de los innegables procesos 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. Por tanto, existe 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.

II. Delimitación de conceptos: la discapacidad

En la identificación del concepto jurídico de “discapacidad” encontramos una pluralidad de términos utilizados para definir una misma realidad. Así, además de “persona con discapacidad” se han utilizado y se utilizan otras expresiones como “minusválido”, “inválido”, y algunas verdaderamente peyorativas, como “subnormal” o “deficiente”.

El documento “La Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (Organización Mundial de la Salud, OMS 2001)” tiene como objetivo principal brindar un lenguaje unificado y estandarizado, así como fijar un marco conceptual para la descripción de la salud y los estados relacionados con la salud (aunque se trata de una clasificación de “los componentes de salud” y no una clasificación de “consecuencias de enfermedades”). Para ello recurre a dos conceptos, funcionamiento y discapacidad, que se conciben como una interacción dinámica entre los estados de salud (enfermedades, trastornos, lesiones, traumas, etc.) y los factores contextuales (que incluyen tanto factores personales como factores ambientales):

- Funcionamiento es el término genérico con el que se designan las funciones corporales (funciones fisiológicas de los sistemas corporales, incluyendo funciones psicológicas) y las estructuras corporales (las partes anatómicas del cuerpo tales como los órganos, las extremidades y sus componentes), la capacidad para desarrollar actividades (actividad es la realización de una tarea o acción por una persona) y la posibilidad de participación social del ser humano (participación es el acto de involucrarse en una situación vital). Constituye el aspecto positivo.

- Discapacidad es el término genérico que incluye las deficiencias y problemas en las funciones o estructuras corporales, tales como una desviación significativa o una pérdida (el concepto de deficiencia es más amplio, e incluye más aspectos que el de trastorno o el de enfermedad), las limitaciones en la capacidad de llevar a cabo actividades (limitaciones en la actividad

son dificultades que una persona puede tener en el desempeño o realización de las actividades) y las restricciones en la participación social del ser humano (son los problemas que una persona puede experimentar al involucrarse en situaciones vitales). Constituye el aspecto negativo.

De este modo la OMS, tras admitir que la perspectiva lingüística es fundamental, y que los términos utilizados pueden, a pesar de todos los esfuerzos realizados, estigmatizar y etiquetar a las personas, ha decidido abandonar totalmente el término “minusvalía” debido a su connotación peyorativa y de utilizar en su lugar el de “discapacidad”, como término genérico que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación, y que se refiere a los aspectos negativos de la interacción entre un individuo con una determinada “condición de salud” y sus factores contextuales (ambientales y personales).

La acogida de dicha terminología (“persona con discapacidad” en lugar de “minusválidos” o “persona con minusvalía”) ha tenido lugar también en el ordenamiento jurídico español, pues la Disposición Adicional 8ª de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, determina que “las referencias que en los textos normativos se efectúen a minusválidos y a personas con minusvalía, se entenderán realizadas a personas con discapacidad”.

Aun así, habría que distinguir el término discapacidad de otros afines:

- Deficiencia: problemas en las funciones fisiológicas o en las estructuras corporales de una persona (cualquier pérdida o anomalía de un órgano o la función propia de ese órgano, como, por ejemplo, ausencia de una mano, problemas de visión, sordera o retraso mental).

- Minusvalía: es la consecuencia que la enfermedad o deficiencia produce a nivel social, es decir, las desventajas que la enfermedad origina en el individuo en su relación con las demás personas que forman su entorno, debido al incumplimiento o a

la dificultad de cumplir las normas o costumbres que impone la sociedad.

- Discapacidad: es la limitación de la capacidad humana que hace imposible o dificulta gravemente la actividad normal de la persona; y por tanto, es la consecuencia que la enfermedad o deficiencia produce a nivel de la persona (por ejemplo, dificultad para desplazarse, para hablar, para comprender, etcétera). Así, la OMS define discapacidad como “el efecto, determinado por el entorno, de una deficiencia que, al interactuar con otros factores en un contexto social específico, puede hacer que un individuo experimente una desventaja indebida en su vida personal, social o profesional”.

En el concepto de “discapacidad” se incluye en determinados casos el concepto de “enfermedad”², aunque técnicamente no sean equiparables uno y otro. Sobre el particular, y siempre desde la óptica interpretativa de la normativa europea a la que nos referiremos más adelante, se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013 (Asuntos Ring y Skouboe Wege), declarando que el concepto de discapacidad debe interpretarse en el sentido de que “comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración”.

A su vez, las deficiencias y discapacidades se suelen agrupar en tres grandes categorías: discapacidad física, discapacidad mental y discapacidad sensorial³:

- Deficiencias físicas: se considera que una persona tiene deficiencia física cuando

padezca anomalías orgánicas en el aparato locomotor o las extremidades (cabeza, columna vertebral, extremidades superiores y extremidades inferiores). También se incluyen las deficiencias del sistema nervioso, referidas las parálisis de extremidades superiores e inferiores, paraplejías y tetraplejías, y a los trastornos de coordinación de los movimientos, entre otras. Por último, encontraríamos también dentro de este grupo de discapacidades física las alteraciones viscerales, esto es, las del aparato respiratorio, cardiovascular, digestivo, genitourinario, sistema endocrino-metabólico y sistema inmunitario. Según el EDDDES 1999, el 54 por 100 de las deficiencias asociadas a discapacidades se encuadran en esta categoría. En cualquier caso, en las deficiencias físicas el principal problema en torno al cual se estructura la trama de la integración (deficitaria) es la autonomía personal (que afecta a ámbitos tan variados como el laboral, el educativo, la comunicación social y la accesibilidad).

- Deficiencias mentales: que incluye el retraso mental en sus grados severo, moderado y leve, además del retraso madurativo, las demencias y otros trastornos mentales (tan diversos como el autismo, esquizofrenias, trastornos psicóticos, somáticos y de la personalidad). Este tipo de discapacidad constituye un 15 por 100 del total (afectando a más de 500.000 personas). En particular, se ha de destacar la importancia que la disfunción cognitiva tiene para las personas con enfermedad mental prolongada, que se manifiesta en discapacidad en el aprendizaje, aplicación de conocimientos y desarrollo de tareas, lo que acaba repercutiendo negativamente en la capacidad de adaptación al entorno y especialmente en la integración participativa en la comuni-

² De este modo, la enfermedad común (Encuesta sobre Deficiencias, Discapacidades y Estado de Salud: EDDDES, 1999) es la principal causa de las deficiencias detectadas entre los españoles (2.973.802 casos, de los que 849.745 corresponden a la población entre 6 y 64 años y 2.124.057 a personas de 65 años o más), a gran distancia de otras circunstancias. Las causas congénitas se encontrarían en segunda posición (342.170 casos: 279.613 de entre 6 y 64 años y 62.557 de 65 y más años), seguidas por los accidentes laborales (149.035 casos: 94.197 de entre 6 y 64 años; y 54.838 de 65 años en adelante), enfermedad profesional (118.447 casos: diferenciando por los grupos de edades anteriores, respectivamente, 63.481 y 54.966) y accidentes de tráfico (93.351 casos: respectivamente, 62.482 y 30.869).

³ Aunque hay que tener presente la gran heterogeneidad que existe dentro de cada uno de estos tres tipos y que toda clasificación es siempre precaria e incompleta en tanto que los límites reales de la deficiencia y la discapacidad son difíciles de determinar y a veces se producen solapamientos entre las distintas categorías.

dad a través del trabajo. También existen importantes elementos de dependencia en este colectivo, pues la práctica totalidad de afectados se encuentran discapacitados para relacionarse con otras personas y encuentran verdaderos obstáculos para las tareas del hogar y los desplazamientos fuera del mismo.

- Deficiencias sensoriales: que incluye trastornos, en sus diversos grados, relacionados con la vista, el oído y el lenguaje (1.700.000 casos, lo que supone un 31 por 100 de las discapacidades).

Por otro lado, y sin perjuicio de que se puedan determinar y reconocer diferentes grados y escalas de discapacidad, la OMS utiliza cuatro niveles básicos de severidad de las discapacidades: (1) sin ninguna dificultad, (2) con dificultad moderada, (3) con dificultad grave e (4) imposibilidad de realizar la actividad. Los dos últimos niveles, que implican el mayor grado de severidad, pueden constituir verdaderos impedimentos en el desarrollo de la vida diaria, incluyendo la vida laboral, y el pleno ejercicio de los derechos ciudadanos de las personas con discapacidad pues están vinculadas con mayores grados de dependencia.

En resumen, el ordenamiento jurídico español, en la línea marcada por los estándares internacionales, acoge el concepto de “personas con discapacidad”, entendiéndose por tales 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”, añadiendo que “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 100” (artículo 4º del Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social de 2013, LGDPD)⁴.

III. Políticas de inclusión social y de integración laboral de las personas con discapacidad

La inclusión social es definida legalmente⁵ como el principio en virtud del cual la sociedad promueve valores compartidos orientados al bien común y a la cohesión social, permitiendo que todas las personas con discapacidad tengan las oportunidades y recursos necesarios para participar plenamente en la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, y para disfrutar de unas condiciones de vida en igualdad con los demás. Por tanto, la política de integración laboral de las personas con discapacidad, con la que se facilita su acceso al mercado trabajo, constituye un aspecto fundamental de su inclusión social.

Para su estudio, revisaremos en primer lugar cuáles son los estándares internacionales y europeos que disciplinan las políticas de inclusión social y laboral de las personas con discapacidad, así como cuáles son los principios aplicativos que establecen el marco constitucional y legislativo español. Y a continuación, se presentarán las principales medidas y las más relevantes instituciones jurídico-laborales a favor de la integración laboral de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo español.

III.1. Marcos normativos de referencia

III.1.1 El marco normativo internacional

En el ámbito de las Naciones Unidas (ONU), tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y como los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos de 1966, al proscribir todo tipo de discriminación han reconocido y proclamado que toda persona tiene los derechos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad lo ejerzan plenamente y sin discriminación. Más específicamente, encontramos instrumentos como la Declaración de los Derechos del Minusválidos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975, como la Declaración de los Dere-

⁴ Así se unifican los diferentes planteamientos que se habían ido sucediendo a lo largo de los años, pues en un primer momento el artículo 7 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido (LISM), definió como discapacitado a toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hayan disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales. No obstante, este concepto inicial fue objeto de revisión, produciéndose la objetivación de las situaciones de discapacidad mediante el establecimiento de un determinado porcentaje de disminución sobre la capacidad normal. Así, el artículo 1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, determinó que tendrían la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les hubiera reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100.

⁵ Artículo 2 de la LGDPDIS.

chos del Deficiente Mental, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971, y, sobre todo, el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, aprobado por Resolución 37/52, de 3 de diciembre de 1982, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que tiene como objetivo el promover 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 el desarrollo. En concreto, en materia de empleo (69) constata como con frecuencia se niega el empleo a personas con discapacidad o solo se les da un trabajo servil y mal remunerado, aunque se ha demostrado que con una adecuada labora de valoración, capacitación y empleo, la mayor parte de las personas con discapacidad puede realizar una amplia gama de tareas conforme a las normas laborales existentes. En muchos países se han establecido diversos programas y se han tomado medidas a fin de crear puestos de trabajo para personas con discapacidad, lo que incluye la creación de talleres y enclaves laborales protegidos, contratación preferente, sistemas de cuotas, subvenciones a los empleadores que capacitan y posteriormente contratan a trabajadores con discapacidad, cooperativas de y para personas discapacitadas, o la aplicación del principio ergonómico que permita la adaptación, a costo relativamente de trabajo, del lugar de trabajo, las herramientas, la maquinaria y el equipamiento. Todo ello ayuda a aumentar las oportunidades de empleo para las personas con discapacidad.

No obstante, el hito normativo en el ámbito de actuación de la ONU lo constituye 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. Esta supone la consagración del enfoque de derechos de las personas con discapacidad, a los que se reconoce como sujetos titulares de derechos, por lo que *los poderes públicos están obligados a garantizar que el ejercicio de estos derechos sea pleno y efectivo*. En particular, el artículo 27º se refiere al derecho al trabajo y al empleo, manifestando que los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; y que 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. De este modo, los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando las 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 afir-

mativa, 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.

Igualmente, los Estados Partes 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.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuenta con el Convenio núm. 159 sobre readaptación profesional y empleo de las personas minusválidas (1983), y la Recomendación núm. 168. La OIT tiene como línea prioritaria de actuación la promoción del “trabajo decente”, también para las personas con discapacidad, atendiendo a los principios de igualdad de oportunidades, igualdad de trato, integración y participación en la comunidad. El mencionado Convenio entiende por persona “inválida” 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 (artículo 1º), y obliga a los Estados que lo ratifiquen a desarrollar una política que asegure que existan medidas de readaptación profesional y a promover oportunidades de empleo para las personas inválidas en el mercado regular de empleo (artículo 3º), en particular, adoptando medidas para proporcionar y evaluar los servicios de orientación y formación profesionales, colocación, empleo y otros afines, a fin de que las personas inválidas puedan lograr y conservar un empleo y progresar en el mismo, teniendo en cuenta que siempre que sea posible y adecuado, se utilizarán los servicios existentes para los trabajadores en general, con las adaptaciones necesarias (artículo 7º).

III.1.2 El marco normativo europeo

En el marco del Consejo de Europa, nos encontramos

también con instrumentos normativos que reconocen toda prohibición de discriminación, como el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Roma, 1950), así como el artículo 15º de la Carta Social Europea (Turín, 1961), señalando éstas normas que, con el objeto de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, los Estados contratantes se comprometen a: 1) tomar las medidas adecuadas para procurar a los interesados medios para su formación profesional e incluso, si fuese necesario, las oportunas instituciones especializadas, ya sean privadas o públicas; y 2) adoptar las medidas adecuadas para proporcionar 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 su contratación.

Pero es sobre todo en el marco de la Unión Europea (UE) donde encontramos una intervención más significativa y relevante. En primer lugar, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 2000), que desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009 tiene el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados, y por tanto constituye normativa “constitucional” europea, enuncia todos aquellos derechos que considera “fundamentales”, y cuya protección precisamente pretende reforzar. Entre ellos, el artículo 26, titulado Integración de las personas discapacitadas, manifiesta 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”.

Así, el derecho a la integración de las personas discapacitadas se ha consagrado como derecho fundamental, llevando su tutela y protección hasta las últimas consecuencias. Con ello se culmina el proceso de construcción de un modelo social y laboral europeo que se iniciara con la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores de diciembre de 1989, que ya recogía entre sus compromisos el garantizar la integración profesional y social de las personas discapacitadas, pues en su Cláusula 26 enunciaba que “todo minusválido, cualesquiera que sean el origen y la naturaleza

de su minusvalía, debe poder beneficiarse de medidas adicionales concretas encaminadas a favorecer su integración profesional y social” y que estas medidas de mejora debían referirse “en particular, según las capacidades de los interesados, a la formación profesional, la ergonomía, la accesibilidad, la movilidad, los medios de transporte y la vivienda”.

Pero lo más importante es que la UE aporta un nuevo enfoque en la protección de la persona discapacitada, tras constatar que dicha protección, aunque se acompañe de medidas de acción positiva, resultaba insuficiente si no tiene en cuenta que en muchas ocasiones la imposibilidad de disfrutar de los derechos fundamentales reconocidos a los discapacitados (como al resto de los ciudadanos) trae su causa en los “entornos personales”. De este modo, se da un paso más, aceptando que la igualdad de oportunidades solo será real y efectiva en la medida en que se atienda simultáneamente a las condiciones personales del sujeto y a las condiciones particulares del entorno. De esta manera, se han desarrollado dos grandes líneas de intervención normativa: 1) en materia de accesibilidad universal, centrado en un primer momento en la supresión de las barreras arquitectónicas, pero extendiéndose progresivamente a todos los servicios y productos que requieren adaptación para su disfrute en condiciones de igualdad⁶; y 2) en materia de prohibición de toda discriminación, garantizando la erradicación de comportamientos y prácticas excluyentes, tanto los que contienen medidas de discriminación directa como los que esconden discriminaciones indirectas.

Precisamente es la normativa “antidiscriminatoria” la que en mayor medida incide en el tratamiento del derecho al empleo de las personas con discapacidad. Así, fruto de la habilitación que reconocía el artículo 19 del Tratado sobre Funcionamiento de la Unión Europea 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”, se han sucedido una serie de Directivas “antidiscriminatorias”. Entre estas, destaca la Directiva 2000/78/CE, de 27 de diciembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que obliga a los Estados miembros a prohibir la discriminación en el empleo por varios motivos, entre los que se incluye la discapacidad, así como a promover medidas positivas de igualdad de oportunidades, y a adoptar los ajustes necesarios para remover las barreras u obstáculos que puedan afectar a las personas con discapacidad en el acceso al empleo y en las condiciones⁷.

III.1.3 El marco normativo español

En la larga tradición tutelar o de acción protectora a favor de las personas con discapacidad, que encuentra raíces en los orígenes mismos del sistema de Seguridad Social español, el artículo 49^º de la Constitución Española (CE) ha marcado un auténtico punto de inflexión, al dirigir su atención hacia la integración social de las personas con discapacidad. El precepto, dirigido a los poderes públicos, exige a éstos que realicen “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”⁸. Así, la norma constitucional establece no sólo un principio de igualdad de derechos y una prohibición de discriminación, sino un principio de igualdad de oportunidades (igualdad efectiva), concretando un derecho a la participación real y efectiva en todos los órdenes de la vida como si fuesen ciudadanos “en situación de normalidad”, corrigiendo normativamente sus deficiencias biológicas. Para ello se prima la dimensión material o sustancial, garantizando la efectividad de la dignidad de la persona. Por tanto, es el reforzamiento

⁶ 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. Vid., el documento Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad (Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones de 12 de mayo de 2000) y la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones).

⁷ Existen numerosos programas comunitarios dirigidos a realizar de forma efectiva este principio de integración social de las personas con discapacidad, tales como los programas Helios (igualdad de oportunidades y de integración de las personas con minusvalía), Handynet (en relación con sistemas de información y documentación), Horizon (formación profesional y de promoción del empleo de personas con discapacidad) o Tide (tecnologías aplicadas a la rehabilitación de personas discapacitadas y ancianos).

⁸ Esta referencia constitucional se conecta con otros artículos de la CE, en particular con el 9 (principio de igualdad), el 10 (que, además del derecho a la dignidad de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes, reconoce que los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España) y el 14 (prohibición de todo tipo de discriminaciones).

de la dimensión integral de la ciudadanía de las personas con discapacidad, vista no solo como expresión de titularidad de derechos cívicos (principio de libertad) y políticos (principio de participación), sino también, y sobre todo, de derechos sociales (principio de igualdad efectiva), la principal razón de ser de este precepto constitucional (vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 269/1994, de 17 de octubre). Así, junto a los modelos antropológicos del “hombre-propietario” o del “hombre-productor”, se configura el de “ciudadano-persona discapacitada”⁹.

Pese a su ubicación sistemática como simple principio rector de la política social y económica, el artículo 49º CE no solo reconoce “programáticamente” este derecho social fundamental a la integración de las personas discapacitadas mediante políticas, sobre todo activas, de inserción social y profesional, sino que contiene específicas y concretas garantías para realizar tal objetivo. Desde esta perspectiva, que debemos recordar que también nos viene impuesta desde la normativa comunitaria, es evidente que el derecho a la integración de las personas discapacitadas tiene consideración de derecho fundamental, sin ningún tipo de matización, restricción o degradación.

La primera norma aprobada en España que, en cumplimiento del precepto constitucional se dirigía a regular la atención y los apoyos a las personas con discapacidad y sus familias, fue la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISM), que constituyó todo un hito en nuestro ordenamiento jurídico. Dicha norma adelantaba ya que el amparo especial y las medidas de equiparación para garantizar los derechos de las personas con discapacidad debía basarse en apoyos complementarios, ayudas técnicas y servicios especializados que le permitieran llevar una vida normal en su entorno. En este sentido, estableció 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.

Más adelante, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de

Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, contribuyó a renovar e impulsar las políticas de equiparación de las personas con discapacidad, centrándose especialmente en dos estrategias de intervención que habían ya sido delineadas por la normativa comunitaria: 1) la lucha contra la discriminación y 2) la accesibilidad universal.

Esta misma norma 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.

Estas tres normas han sido objeto de refundición 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 (LGDPD), por mandato de la Disposición Final 2ª de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esta norma constituye el principal referente normativo de las políticas de inserción profesional de las personas con discapacidad y de su reconocimiento del derecho al empleo.

III.2. Manifestaciones del derecho al empleo de las personas con discapacidad

El reconocimiento efectivo del principio de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad que constituye la garantía para su inclusión social se construye en torno a tres grandes pilares: 1) educación, 2) empleo y 3) accesibilidad. Nuestro análisis se centra en el problema crucial que presenta el ejercicio del *derecho al empleo de las personas discapacitadas y las políticas orientadas a facilitar su acceso al mercado de trabajo*.

III.2.1. Formación profesional y orientación laboral

Para la inserción laboral de las personas con discapa-

⁹ El reconocimiento constitucional del imperativo de tutela de las personas con discapacidad como grupo diferenciado y especialmente vulnerable, con la consiguiente exigencia de informar y conformar un estatuto jurídico adecuado a la dignidad propia de una persona en tal situación de desventaja jurídico-social parte de dos presupuestos: 1) la constatación de que determinados derechos e intereses vienen siendo vulnerados, o se encuentran en una situación de especial riesgo de serlo, de forma sistemática, obliga a prevenir dicha situación (política de prevención) y ser corregida (política de rehabilitación); y 2) la toma de conciencia de esta especial debilidad exige de los poderes públicos la adopción de normas y técnicas jurídicas protectoras específicas (deber de protección especial).

idad son importantes las medidas de formación profesional y orientación laboral, en tanto que proporcionan el bagaje de técnicas, conocimientos o prácticas que permiten el acceso al mercado de trabajo en condiciones adecuadas, adaptándose a las particularidades de las personas discapacitadas.

Las Administraciones Públicas, y especialmente la Administración Local, tienen encomendada la tarea de adaptar las ofertas formativas a las necesidades de los colectivos con especiales dificultades, entre ellos las personas discapacitadas, con el fin de facilitar su integración social y su incorporación al mercado laboral (artículo 12 de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y la Formación Profesional).

La formación profesional de discapacitados forma parte del “subsistema” de formación para el empleo regulado por el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, que contempla para las personas discapacitadas el derecho a recibir ayudas de transporte, manutención y alojamiento, como el resto de desempleados, y también a becas específicamente previstas para ellos.

Por otra parte, la formación profesional puede obtenerse a través de modalidades contractuales como el contrato para la formación y el aprendizaje (artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores). Cuando se contrata para la formación y el aprendizaje a una persona con discapacidad resultan de aplicación unas reglas especiales que pretenden adaptar dicha modalidad contractual a las particularidades del trabajador discapacitado¹⁰.

Por otro lado, corresponde a los servicios públicos de empleo y a las agencias de colocación, la orientación y colocación de las personas con discapacidad demandantes de empleo (artículo 38.1 LGDPD). Tales medidas de orientación laboral tienen por objeto mejorar sus oportunidades de acceso al mercado laboral mediante las políticas de empleo y la atención preventiva y personalizada por parte de los servicios públicos de empleo. Para ello, teniendo en cuenta las especiales circunstan-

cias de estas personas, tienen que diseñar itinerarios de inserción que combinen las diferentes medidas y políticas, debidamente ordenadas y ajustadas al perfil profesional de estos desempleados y a sus necesidades específicas, coordinándose en su caso con los servicios sociales para garantizarles una mejor atención. Para todo ello, los servicios públicos de empleo podrán confeccionar un registro específico de trabajadores con discapacidad demandantes de empleo, dentro del registro general de trabajadores desempleados, a efectos de la aplicación de los beneficios legales que se reconozcan a estos trabajadores y a las empresas que los contraten.

III.2.2. Modalidades de acceso al empleo

Ya desde la LISM se marcó como objetivo básico en materia de política de empleo la integración de las personas discapacitadas en el sistema ordinario de trabajo; y solo subsidiariamente, cuando tal “normalización” no fuese posible se procedería a una integración especial mediante la fórmula de “empleo protegido”.

A) Empleo ordinario

De este modo, se considera preferente la contratación de las personas discapacitadas mediante una relación laboral común regulada por el Estatuto de los Trabajadores, esto es, por empresas ordinarias y bajo un contrato de trabajo ordinario, si bien con las singularidades precisas para garantizar la protección en el trabajo de estas personas¹¹. La integración de las personas con discapacidad en el sistema ordinario de trabajo se ha impulsado tradicionalmente mediante tres vías:

- Empleo selectivo: Mediante la fijación de medidas de preferencia para el trabajador que ha visto disminuida su capacidad laboral o que la ha recuperado una vez perdida.
- Empleo incentivado: Mediante medidas de fomento consistentes en ayudas para la promoción de la contratación de trabajadores discapacitados.
- Empleo reservado: Mediante el estableci-

¹⁰ Entre otras, no se establece límite de edad, la duración máxima del contrato puede ampliarse en un año más, la oferta formativa debe flexibilizarse y adaptarse a sus necesidades específicas, se debe garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad, su circulación y su comunicación con otras personas, etc.

¹¹ Con medidas especiales protectoras del derecho a la no discriminación, ajustes específicos en la determinación de sus condiciones de trabajo, supuestos particulares de extinción del contrato de trabajo y sobre todo en relación con el deber de protección de la salud y la seguridad del trabajador, pues tal y como impone el artículo 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, el empresario debe garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que, por tener reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo.

miento de una cuota de puestos de trabajo en la empresa reservados a personas con discapacidad.

La más problemática de estas medidas es precisamente la de garantizar el acceso de las personas discapacitadas al mercado laboral ordinaria mediante el establecimiento de unas cuotas de reserva aplicable en las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores¹², de manera que el 2 por 100 de la plantilla debe cubrirse con trabajadores discapacitados (artículo 42^o LGDPD)¹³. Para el acceso al empleo público se estable un cupo de reserva mínimo del 7 por 100 de las plazas ofertadas (del que al menos el 2 por 100 se destinará a personas con discapacidad intelectual), de modo que progresivamente se alcance el 2 por 100 de los efectivos totales de cada Administración Pública (artículo 59.1 del Estatuto Básico del Empleado Público).

En cualquier caso, el Tribunal Constitucional ha admitido que la reserva de puestos de trabajo no es contraria al principio de igualdad y no discriminación, ni al acceso a la función pública en condiciones de igualdad, y que exige en todo caso que dichas personas superen las pruebas selectivas pertinentes y acrediten en su momento el indicado grado de discapacidad y la compatibilidad con las tareas y funciones correspondientes (Sentencia del Tribunal Constitucional 269/1994, de 3 de octubre). Además, la cuota de reserva no genera derecho de prioridad o permanencia en la empresa en caso de despido colectivo (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2002).

Por último, se ha incorporado a las tres vías tradicionales de promoción del empleo de personas discapacitadas una nueva modalidad: el programa de empleo con apoyo¹⁴ (regulado por Real Decreto 870/2007), dirigido a aquellas personas que presentan una discapacidad

más severa y por tanto, una mayor dificultad para acceder al mercado laboral¹⁵. Con ello se trata de favorecer la integración laboral en el mercado ordinario de trabajo de personas desempleadas: 1) con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por 100; o 2) con discapacidad física o sensorial con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65 por 100 (no obstante, también las personas sordas y con discapacidad auditiva con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por 100). Para ello han de ser contratados mediante contrato indefinido o contrato de duración determinada de cómo mínimo 6 meses. En caso de que la modalidad fuera a tiempo parcial, esta deberá ser al menos de un 50 por 100 de la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable (artículo 3^o del Real Decreto 870/2007). En cualquier caso, las acciones que como mínimo deberán contemplar los programas de apoyo en el empleo serán:

- a) Orientación, asesoramiento y acompañamiento a la persona con discapacidad, elaborando para cada trabajador un programa de adaptación al puesto de trabajo.
- b) Labores de acercamiento y mutua ayuda entre el trabajador beneficiario del programa de empleo con apoyo, el empleador y el personal de la empresa que comparta tareas con el trabajador con discapacidad.
- c) Apoyo al trabajador en el desarrollo de habilidades sociales y comunitarias, de modo que pueda relacionarse con el entorno laboral en las mejores condiciones.
- d) Adiestramiento específico del trabajador con discapacidad en las tareas inherentes al puesto de trabajo.
- e) Seguimiento del trabajador y evaluación

¹² Calculado sobre la plantilla total de la empresa, independientemente del número de centros de trabajo y de las modalidades de contratación de los trabajadores, y conforme a las siguientes reglas: el período de referencia es el de los 12 meses inmediatamente anteriores, se computan como trabajadores fijos los trabajadores temporales con contrato de duración superior a un año, y los que no, computan según el número de días trabajados en los 12 meses anteriores, considerándose como un trabajador más por cada 200 días trabajados o fracción. No obstante, y con carácter excepcional, las empresas pueden quedar exentas de cumplir total o parcialmente dicha obligación.

¹³ El incumplimiento de la obligación de reserva de puestos de trabajo para las personas con discapacidad (o de la aplicación de medidas alternativas de carácter excepcional) es tipificado como infracción administrativa grave por la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, LISOS, conllevando, además de multa económica, la imposición de penas accesorias (artículos 40.1 y 46.1 LISOS).

¹⁴ Se entiende por tal "el 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" (artículo 41 LGDPD).

¹⁵ Las políticas activas de empleo dirigidas a los trabajadores discapacitados tienen como prioridad la inserción laboral en el mercado de trabajo ordinario. Pero éstas han de tener en cuenta la diversidad y pluralidad que caracteriza a la población con discapacidad, debiéndose atender de forma diferente según las demandas y necesidades de cada grupo de trabajadores discapacitados. Hay discapacidades que, debido al tipo de deficiencia concreta que conllevan o a su grado de minusvalía, se encuentran con mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo. Esta realidad exige la adopción de medidas específicas que podrían considerarse de acción positiva dentro del grupo de personas con discapacidad, que constituyen tratamiento más intensos y diferenciados para estimular la empleabilidad de estos grupos de trabajadores con discapacidad severa.

del proceso de inserción en el puesto de trabajo. Estas acciones tendrán por objeto la detección de necesidades y la prevención de posibles obstáculos, tanto para el trabajador como para la empresa que le contrata, que pongan en peligro el objetivo de inserción y permanencia en el empleo.

f) Asesoramiento e información a la empresa sobre las necesidades y procesos de adaptación del puesto de trabajo.

B) Empleo protegido

B.1 Relación laboral especial de personas discapacitadas en Centros Especiales de Empleo

La relación jurídica de trabajo que vincula a un trabajador discapacitado con un Centro Especial de Empleo tiene la consideración de relación laboral especial (artículo 2.1.g del Estatuto de los Trabajadores y artículo 41.4 LGDPD, regulada por el RD 1368/1985, de 17 de julio)¹⁶, estableciendo reglas especiales en materia de colocación, período de prueba, modalidades contractuales (incluido el contrato de trabajo a domicilio), organización del trabajo, condiciones de trabajo, movilidad funcional, geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo y extinción del contrato. Los Centros Especiales de Empleo son empresas cuyo objetivo es realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente de las operaciones del mercado, y tienen como finalidad 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 (por ejemplo, la ONCE). Cuentan con servicios de ajuste personal y social¹⁷ y con unidades de apoyo a la actividad profesional. Su plantilla 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 por 100 de aquélla.

B.2 Enclaves laborales

El Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, prevé la posibilidad de que los centros especiales de empleo celebren contratos (que se denominan enclaves labo-

rales) con empresas del mercado ordinario de trabajo (llamadas empresas colaboradoras) para la realización de obras y servicios correspondientes a la actividad normal de las mismas (por lo que a estos enclaves se les aplica la normativa sobre contratas y subcontratas de obras y servicios contenida en los artículos 42 del Estatuto de los Trabajadores y 1004.1 de la Ley General de Seguridad Social). Estos enclaves laborales favorecen el tránsito del empleo protegido (a través de centros especiales de empleo) al empleo ordinario, incrementan la contratación de personas discapacitadas por parte de tales centros especiales de empleo, y facilitan a las empresas ordinarias el cumplimiento de la cuota de reserva del 2 por 100 establecida a favor de trabajadores discapacitados. A tales enclaves laborales se les aplica, entre otras, las siguientes reglas:

- El número de trabajadores desplazados no podrá ser inferior a 5 si la empresa tiene más de 50 trabajadores, ni a 3 en caso contrario;
- Los trabajadores desplazados serán discapacitados, debiendo al menos un 60% de ellos presentar especiales dificultades para el acceso al mercado de trabajo y el 75% del total del grupo tener una antigüedad en el centro especial de empleo de al menos 3 meses;
- La duración mínima del enclave laboral será de 3 meses y la máxima de 3 años;
- Durante la prestación de servicios el trabajador mantendrá su relación laboral de carácter especial de minusválido con el centro especial de empleo, encargándose éste de la dirección y organización del trabajo en el enclave y quedando en sus manos la facultad disciplinaria.
- El número de trabajadores desplazados no podrá ser inferior a 5 si la empresa tiene más de 50 trabajadores, ni a 3 en caso contrario;

¹⁶ Quedan excluidas la relación laboral existente entre los Centros Especiales de Empleo y su personal no minusválido y la relación laboral de los trabajadores minusválidos que presten servicios en empresas ordinarias, que tendrán la consideración de relaciones laborales comunes reguladas por el Estatuto de los Trabajadores.

¹⁷ Que serán los servicios "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" (artículo 43.2 LGDPD).

- Los trabajadores desplazados serán discapacitados, debiendo al menos un 60% de ellos presentar especiales dificultades para el acceso al mercado de trabajo y el 75% del total del grupo tener una antigüedad en el centro especial de empleo de al menos 3 meses;

- La duración mínima del enclave laboral será de 3 meses y la máxima de 3 años;

- Durante la prestación de servicios el trabajador mantendrá su relación laboral de carácter especial de minusválido con el centro especial de empleo, encargándose éste de la dirección y organización del trabajo en el enclave y quedando en sus manos la facultad disciplinaria.

C) Empleo autónomo

La Orden de 5 de junio de 2007 contempla los programas de promoción del empleo autónomo de las per-

sonas desempleadas en general, y también de los desempleados con discapacidad, reconociendo diversas subvenciones: por establecimiento como trabajador autónomo o por cuenta propia; en forma de reducciones en los préstamos solicitados para financiar inversiones para la creación o puesta en marcha de la empresa; para asistencia técnica; para financiación de cursos para la formación relacionados con la dirección y gestión empresarial y nuevas tecnologías de la información; etc.

III.2.3. Medidas de fomento de empleo

Las medidas de inserción laboral de eficacia más inmediatas son las de fomento del empleo, dirigidas específicamente a la contratación de trabajadores discapacitados. Las medidas pueden ser de contenido económico (subvenciones directas a tanto alzado, bonificaciones en las cuotas empresariales de la seguridad social, desgravaciones fiscales) y de carácter contractual o institucional (contratación temporal, contratos para la formación, reserva de puestos de trabajo, centros especiales de empleo, centros ocupacionales)¹⁸. 

¹⁸ Por ejemplo, el contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad de duración de entre un año y tres años, bonificado con 291,66€ mensuales (341,66€ mensuales, si se trata de una persona con discapacidad grave) durante toda la vigencia del contrato.