

PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA

Y

LOS PRINCIPIOS GENERALES EN MATERIA DE
TRABAJO.

Juan Carlos Iturri Garate.
Juez.

1.- Índice.

1- Introducción.

- 1.- 1.- Transversalidad.
- 1.- 2.- Igualdad.
- 1.- 3.- Normativa de principios.
- 1.- 4.- Objetivo y estructura del trabajo.

2.- La cuestión terminológica.

- 2.-1.- Generalidades.
- 2.-1.- 1.- La realidad.
- 2.-1.- 2.- Estudio semántico.
- 2.-2.- Persona con discapacidad
- 2.-3.- Personas con diversidad funcional.
- 2.-4.- Conclusiones.
- 2.-5.- ¿Ley de Dependencia o de de Autonomía Personal?.

3.- Los principios generales.

- 3.-1.- Principio general básico o fundamental. La persona con discapacidad es un ciudadano.
- 3.- 2.- Principio de fomento de empleo de las personas con discapacidad.
- 3.-3.- Principio de igualdad entre personas. El objetivo es la integración laboral de las personas con discapacidad en condición de igualdad con el resto de los ciudadanos.
- 3.-4.- Principio de no discriminación por razón de discapacidad en el mundo laboral.
- 3.-5.- Principio de igualdad en el trato con la Administración Pública.
- 3.-6.- Principio de colaboración en el fomento del empleo de las personas con discapacidad.

1- Introducción

1.- 1.- Transversalidad.

Una persona con discapacidad vive, sino no le llamaríamos persona. Y vive en sociedad. Por tanto, puede que estudie o no, que trabaje o no, que tenga pareja o no, que tenga hijos o no, que haga deporte o no, que realice unas u otras actividades, culturales, de ocio o de cualquier otro género. En muchos casos ello vendrá mediatizado de alguna forma por la índole e intensidad de la discapacidad. Pero el legislador ha de partir del presupuesto general de que puede aplicarse a tal actividad al igual que el resto de los ciudadanos, pues son muy diversas las discapacidades funcionales y también variadas las formas en que la misma discapacidad se manifiesta entre unas personas y otras.

Ahora bien, puede que en el concreto sector en el que la persona opta por hacer concreta actividad, el elemento determinante de su discapacidad puede manifestarse e imponer una específica actuación normativa por ello.

Todo esto viene a cuento para explicar el que la legislación sea de lo mas variada en materia de de personas con discapacidad, pues el Estado ha de atender a la educación de estos ciudadanos, a su asistencia sanitaria, a su sistema de seguridad social, a su sistema de bienestar social, a su trabajo, a su deporte, a su vivienda, a sus medios de comunicación, a sus medios de desplazamiento o transporte, a su ocio, etc.

A ello responde la hoy el recurrente concepto de transversalidad. En nuestro ámbito, con ello se trata de hacer que el legislador ha de atender en los diversos sectores de actividad en los que actúan las personas de tal colectivo -en hipótesis, todos- y de ahí que tengamos una normativa dispersa y prolija, pues ha de regular los numerosos y variados ámbitos en que la persona con discapacidad se desenvuelve.

De hecho, sólo por citar la normativa que nos es mas próxima y sin ser exhaustivos, sino simplemente “ad exemplum”, cabe citar el artículo 49 de la Constitución de 27 de diciembre de 1.978, la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2.006, la Directiva 2000/78/CEE, de 27 de noviembre de 2.000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, los artículos 199 y siguientes del Código Civil, los artículos 20 punto 1 y 21 punto 1 del Código Penal (Ley Orgánica 10/1.995, de 10 de noviembre), el artículo 24 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1.994, de 24 de noviembre), el artículo 2 punto 1 letra g y el artículo 20 punto 2 del Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1.995, de 24 de marzo), el artículo 136 punto 1 párrafo segundo de la Ley General de la Seguridad Social (en la redacción dada por la Ley 35/2.002, de 12 de julio), la Ley 13/1.982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, la Ley 51/2.003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, la 62/2.003, de de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el año 2.004 o la reciente Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y

Atención a las personas en situación de dependencia, entre otras leyes, aparte de la procelosa y cambiante reglamentación sobre la materia.

Por tanto, modernamente, en materia de discapacidad, tenemos una normativa de las que se llaman transversales.

2.- Igualdad.

Por otra parte, en esta normativa la idea axial es que la persona con discapacidad es un ciudadano. Tiene sus obligaciones con el Estado y los demás ciudadanos y viceversa: el Estado y los demás ciudadanos también tienen diversas obligaciones con tal persona.

En concreto, la Administración Pública le atribuye al ciudadano con discapacidad la titularidad y la capacidad de ejercicio de una serie de derechos.

Ahora bien, pese a tal atribución formal de tales derechos que como a toda persona le corresponden, la realidad nos evidencia que se produce una discriminación con respecto del resto de la ciudadanía a la hora de ejercitarlos o de gozarlos –en la terminología comunitaria- y que precisamente tal discriminación se produce por razón de discapacidad.

Pues bien, hoy en día y en el ámbito cultural en el que nos movemos, se considera que es misión del Estado salvar las trabas, impedimentos u obstáculos que producen ese efecto discriminador. Es una nueva vuelta de tuerca al tornillo del “desiderátum” de la igualdad.

Como veremos, nuestro plural legislador no se resigna como Honoré de Balzac cuando dijo aquello de: *“La igualdad tal vez sea un derecho, pero no hay poder humano que alcance jamás a convertirla en hecho.”*

Por otra parte, el legislador -en materia de aptitud para detentar y ejercer derechos- suele partir de un estado de aptitud perfecta al efecto, para pasar sin transición alguna a un estado de ineptitud relativa para concretos actos de la persona. Pues bien, entre uno y otro estado, se suele desprestigiar una serie de carencias o discapacidades por considerarlas irrelevantes. Por ejemplo, considerando las tablas reglamentarias correspondientes, esto pasa con todo tipo de discapacidad funcional que no lleve a un porcentaje igual o superior a treinta y tres, pues es en ese caso no hay lugar a obtener el certificado administrativo acreditativo al efecto y sin embargo es una discapacidad. Igual acontece con los supuestos de personalidades límite que no dan lugar a incapacitación civil y tantos otros casos. Interesa resaltarlos porque la igualdad se defiende generalmente en relación a la persona con discapacidad a la que se le ha reconocido tal situación administrativa o judicialmente.

3.- Normativa de principios.

También los autores (Segalés Fidalgo, por ejemplo) suelen atribuir la condición de “normas de baja intensidad”, “normas de principios”, normativa “light” (ligera) o “soft” (suave) o de “segunda generación” como una característica propia de esta normativa.

Todo este conjunto de denominaciones parte de la común idea de que el conjunto aludido más que regular derechos y obligaciones, contiene generalmente una serie de principios o mandatos dirigidos al legislador para que la reglamentación que los desarrolle se atenga a ellos.

Es decir, este tipo de Ley no suele contener conjuntos de derechos y obligaciones dirigidos a los ciudadanos, sino escasa normativa de inmediata y directa aplicación. Suelen ser leyes que no regulan los requisitos para el nacimiento, determinación de su contenido, presupuestos modificación o extinción de derechos y obligaciones. La mayoría de la concreta normativa de aplicación directa de sector si que contendrá la futura normativa o reglamentación a la que se refiere la ley y prevee que se dictará, pero su objeto atañe más bien al ámbito de los principios sobre los que se deba regular de futuro la materia.

Sin duda, al perspicaz lector la anterior idea le sugerirá la de las decimonónicas leyes de bases a las que se refiere el artículo 82 puntos 2 y 4 de la Constitución. Y sin embargo, se dice que esta generalización de este tipo de normas es una característica fenomenológica del Estado postmoderno (Jáuregui Bereciartu). En todo caso, no es extremo a tratar en este trabajo.

Sólo resta por añadir que, a mi juicio, claramente de tal condición es la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (en adelante LPAPADE). Ahora bien, no cabe generalizar: en menor medida responde a tal característica la Ley 51/2.003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (la LIONDAU), o la Ley 13/1.982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (en adelante LISMI, que es como se reconoce entre los operadores jurídicos, pese a deber considerarse incorrecta tal denominación, como se verá) o la ley 62/2.003, de de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el año 2.004 (en adelante LMFAOS 2004), que todavía se aleja más de aquel lugar común o cliché al que responden tales denominaciones.

4.- Objetivo y estructura del trabajo.

Este trabajo no pretende acoger todos aquellos ámbitos normativos que se han enunciado; sería un basto trabajo que ni el mítico Stajanov en sus mejores tiempos

podría afrontar. Tiene un ámbito mucho más restringido: se centra en la regulación de la actividad laboral por cuenta ajena de las personas con discapacidad.

En efecto, ni siquiera llego a tratar todo el trabajo en el ámbito de las personas con discapacidad, que es un género dentro de la especie, pues incluye tanto personas con discapacidad y aquellas otras que, no teniendo ninguna de orden funcional relevante para el trabajo ordinario, prestan su actividad en el mundo de la “discapacidad” (fisioterapeutas, personal de apoyo, cuidadores personales, etc.). Sólo me refiere al trabajo de las personas incluidas en el primer grupo y aunque de pasada algo se trata al efecto, tampoco es objeto de estudio el trabajo como trabajador autónomo de las personas con discapacidad y si el trabajo por cuenta ajena de este grupo.

Dado el restringido ámbito enunciado, conscientemente se eluden otro tipo de materias relacionadas, si bien forzoso es reconocer que, en más ocasiones que las deseadas, se ha de acudir a una normativa no específicamente laboral, precisamente por aquel carácter transversal de la normativa.

Lo cuál comporta que en algunas ocasiones parezca que nos enfrentamos a un piélagos normativo o que, de forma más genérica, se suponga aburrido el presentar esta materia. Me he empeñado en romper tal presunción y huir de ello como el pez del ruido. Por el contrario, he puesto la brújula marcando la sencillez y la amenidad. Pero la realidad es lo que tiene y uno es como es: debo asumir con humildad que no soy epígono de Baltasar de Gracián.

Por otra parte, atendida la orientación del curso en el que se enmarca el trabajo, en el que nos encontramos jueces de todos los ámbitos jurisdiccionales y como quiera que tengo que tratar de Derecho Laboral, he pretendido que la materia sea inteligible para todos, soslayando los aspectos más concretos para explicar sólo los principios generales y volver a incidir en la llamada cuestión terminológica, dado que entiendo que se sigue sin usar la adecuada terminología legalmente procedente en muchos casos y ésta es una cuestión en absoluto baladí.

En cuanto al método de aproximación, he partido de la legislación existente en la actualidad -la llamada “lege data”-, distinguiendo lo que entiendo que sería un análisis kelseniano del derecho positivo de lo que es la opinión crítica particular del autor, y ello desde la atalaya privilegiada que tengo con respecto de los demás en esta materia, dada mi doble condición de juez que se dedica al Derecho Laboral hace unos años y de persona con discapacidad relevante, que la tiene desde unos escasos meses después de recibirse de juez. Legaz Lacambra - alumno del famoso jurista praguense- ya advertía de lo imposible que resultaba separar completamente la ciencia jurídica de la sociología de las normas y de hecho, en el trabajo se contienen también algunas consideraciones numéricas o históricas.

Espero que les sea útil.

2.- La cuestión terminológica.

2.-1. Generalidades.

2.-1.-1.- La realidad.

Ésta nos demuestra que, para denominar a un mismo grupo de personas, se utiliza una terminología diversa. Aparte de las acepciones coloquiales o injuriosas -que también las hay - se utilizan denominaciones muy variadas en la habitualidad de las conversaciones: minusválidos, inválidos, incapaces, disminuidos, personas discapacitadas, personas con discapacidad, personas con diversidad funcional, etc. Incluso en el ámbito asociativo del colectivo la denominación es diversa: las coordinadoras y asociaciones suelen de disminuidos, de minusválidos, de personas con discapacidad, etc.

Legalmente, también son variadas las acepciones.

- A “disminuidos físicos, psíquicos o sensoriales” alude el artículo 49 de la Constitución.
- Se ha venido usando la expresión “inválidos” en la legislación de Seguridad Social y así se llegó a mantener incluso en la redacción dada a la Ley General de la Seguridad Social por el Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1.994, hasta la reforma operada por el artículo 8 punto 5 de la Ley 24/1.997, de 15 de julio, de control y racionalización del Sistema de la Seguridad Social.
- “Incapaces” luego de esta última Ley.
- “Minusválidos” en la famosa LISMI..
- “Personas con discapacidad” en la LPAPA, la LIONDAU, la LMFAOS 2004, en la convención de la Organización de Naciones Unidas y en la normativa CEE.

Ésta es la realidad. Pero no es cuestión irrelevante utilizar una u otra palabra. Cada una tiene un significado y sus resonancias, conviniendo su estudio para valorar la perspectiva ideológica que encierran.

2.- 1.- 2.- Estudio semántico.

A- Disminuidos.

LLama poderosamente la atención la locución que utiliza la Constitución de 27 de diciembre de 1.978 para referirse al colectivo indicado. Su artículo 49 nos llama “*disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos*”.

La expresión “disminuidos” evoca a la idea de “menos”. ¿Menos que quién, menos que qué, menos por qué?. Fácil respuesta: menos que lo que se considera lo normal o “standart”. Nadie cuestionaría que el concepto conlleva un matiz peyorativo.

¿Pero acaso las personas con discapacidad son realmente menos que los demás precisamente y sólo por esa razón de discapacidad física o psíquica?. Un Estado moderno no puede contestar afirmativamente. En efecto, un Estado que se arroge la condición de democrático ha de partir de la convención básica de que los derechos fundamentales son universales: son de todos y por igual. Esto está ínsito en la propia ideología al calor de la que surge el moderno concepto de derechos fundamentales: están ligados exclusivamente a la condición de persona y de ahí su condición de derechos universales.

Tiene pues “disminuidos”, una connotación no sólo peyorativa, sino discriminatoria e incompatible con el propio asiento ideológico del constitucionalismo moderno.

Esto tiene su importancia, pues la Constitución de 27 de diciembre de 1.978 es una norma, y es además una norma fundamental, no en vano es la de mayor rango en el ordenamiento jurídico si recordamos la pirámide kelseniana y en tal condición, en un Estado democrático se parte de que tal Ley manifiesta la expresión de la voluntad de los ciudadanos.

Por tanto esa expresión parece dar idea de que no sólo ante el Estado, sino también para la Sociedad, compuesta por todos los ciudadanos y no sólo por los “standart”, somos “disminuidos”.

Al hilo de lo anterior, por las razones expuestas y otras, surge la idea de una reforma constitucional que cambie la expresión y adopte otro tipo de locuciones más adecuadas al momento histórico y cultural en el que nos movemos, copiando la que se usa en el derecho internacional y comunitario (persona con discapacidad). Personalmente creo que tal reforma se ha de producir en el futuro más o menos próximo, sin duda de forma simultánea o posterior a otras reformas que tienen mayor interés para los medios de comunicación y los de formación de la opinión pública. Como veremos más adelante, no es una idea personal del autor, sino que es una aspiración compartida desde hace unos años.

B.- Inválidos.

La de “inválidos” tampoco es de recibo. Significa que el grupo de referencia se caracteriza porque está compuesto por seres “no válidos”. Inadmisible si partimos de los convencionalismos clásicos en que se basa la teoría de los derechos humanos.

Ello, además, con la agravante de que no matiza para qué no son válidos los muy diversos individuos que forman parte del grupo y además con carácter general se predica de cada uno de los miembros de ese colectivo tal condición de no válido, cuando no tiene porqué ser así en el caso concreto de que se trate, pues la falta de validez (la invalidez) no se predica en relación a todos los ámbitos del sujeto con discapacidad, sino sólo para concretos actos.

Es decir, si se usa esta palabra, quien la use parte del presupuesto de que quienes forman parte del colectivo no son válidos en general y que eso es lo que les agrupa. Con independencia de cualquier consideración jurídica o moral, se ha de repudiar semejante generalización por no responder a la realidad.

De hecho, en puridad, dogmáticamente partimos del principio general contrario: de que las personas con discapacidad somos igual de válidas que los demás en titularidad de derechos fundamentales (a salvo las restricciones que se impongan por una autoridad judicial por causa legal y a través de procedimiento legal).

C.- Incapaces.

“Incapaces”, pues tres cuartos de lo mismo. No se indica para qué no son capaces los miembros del grupo. Conlleva la idea de que en general los miembros del grupo no son capaces; se supone que para nada, pues no se matiza.

D.- Minusválidos.

“Minusválidos” sin duda supone una cierta matización. Con esta expresión ya no se dice que las personas que integran el grupo no son válidas en general, sino que en realidad sólo son menos válidas que los “standart” o normales.

Ya no es que no sean capaces: son capaces si, pero menos que los “standart”. Parte ya de la idea más evolucionada de que, también de forma genérica, aunque son válidos no lo son tanto como los normales.

Supone una cierta matización, pero a la expresión cabe objetar os mismos reparos que en el caso anterior de injustificada generalización.

E.- Discapacitados.

En una primera impresión podría considerarse que el participio nominalizado da idea de que se les ha dejado sin capacidad de forma radical.

Y no fue esa la idea original por la que se acuñó el término. Surgió la expresión como alternativa en castellano al “handicapé” francés. Se pretendía hacer alusión a la existencia de una capacidad inferior o diversa de la normal como elemento característico del grupo.

Todas estas acepciones no tienen en cuenta que, como los del club de los “standart” o normales, el colectivo del que tratamos también está formado por personas. Es decir, el término persona es un denominador común que abarca a ambas especies del mismo género.

2.-2.- Persona con discapacidad.

Como todos conocemos, en el mundo del derecho la denominación “persona” deriva del latín y éste a su vez del griego y se ha consolidado para reflejar a quien, solo por el hecho de pertenecer al género humano, es titular de los derechos y de las obligaciones.

Recordamos con ello el origen etimológico del término, referido a la máscara que usaban los actores griegos para tapar la cara en sus representaciones teatrales (Castán Tobeñas). Bien es cierto que más tarde en el tiempo y por derivación se amplió el concepto dejando ya de ser persona sinónimo en lo jurídico de ser perteneciente al género humano. En efecto, cuando se crearon formas jurídicas de asociación, primero con finalidad mercantil y luego con otros objetivos se amplió el concepto. Sabemos todos que junto a la persona “física”, apareció la persona “jurídica”, distinta de la física.

Pero dejemos la historia. Lo que interesa resaltar en este momento es que se ha consolidado en el mundo del derecho tal acepción de persona para indicar al ser humano que, por tal condición, es titular de una serie de derechos y deberes.

Pues bien, el principio general admitido en todas las legislaciones es que ese titular de derechos y obligaciones que es la persona es también en principio quien puede ejercitar esos derechos, actuarlos en propio nombre.

Como sabemos, sólo por vía de excepción cabe fijar restricciones a esa capacidad de ejercitar los propios derechos, restricciones más o menos concretas, dependiendo del caso.

Tal limitación, además, requiere que la misma se fije por autoridad competente – generalmente judicial en los estados de nuestro entorno cultural-, por causa legal y a través del procedimiento de garantías legalmente previsto.

En nuestro derecho, los artículos 199 y siguientes del Código Civil tratan de esta materia con un título bien expresivo y reflejo de una época pasada: “*De la incapacitación*”.

Por tanto, cuando menos en el mundo occidental, el principio general en esta materia es la capacidad y la excepción es la incapacidad, no general, sino para concretos actos jurídicos, es decir, actos humanos con eficacia jurídica.

Ello también se predica, por supuesto, a nuestro colectivo.

A pesar de no tener el cuestionable honor de pertenecer a ese utópico club de los “standart”, todos los que integramos el colectivo somos titulares de todos los derechos como personas y en principio también podemos actuarlos por nosotros mismos, salvo que se nos restrinja el ejercicio de alguno o algunos de esos derechos por la autoridad judicial y por las causas y procedimiento legalmente previstos, precisamente por nuestras restricciones o limitaciones funcionales, ya sean físicas o mentales.

Ahora bien, siendo personas, también se caracteriza el colectivo porque las limitaciones de las personas que forman parte del colectivo, psíquicas o físicas, no son las mismas que las de los demás en términos absolutos, pues concretas capacidades o aptitudes las tenemos suprimidas o restringidas de forma relevante en relación a lo que se viene considerando como aptitud normal. Es decir, que el grupo también se caracteriza porque sus miembros tienen concretas discapacidades o disfunciones -si nos atenemos a una terminología finalista- en mayor o menor grado, según cada caso en concreto. Pero ello no puede difuminar lo prístino: somos personas.

Vemos que el concepto de persona con discapacidad abarca lo común con los demás humanos y la diferencia del colectivo con los mismos. Además, al resaltar lo común, se refuerza el nexo de unión con el concepto de ciudadano, en cuanto que se vincula a la capacidad de tener y actuar derechos frente al Estado.

Los ciudadanos, pues, lo componen personas con discapacidad y sin ella. Para el Estado la persona con discapacidad es una persona, bien que con ciertas aptitudes restringidas por razón de la diversidad física o psíquica, pero ciudadana.

Precisamente por todo esto, hace ya más de cinco años ya, cuando por otras razones de sobra conocidas se hablaba de reforma constitucional, hubo ciudadanos, profesionales del Derecho y algún catedrático (Molina Navarrete) que abogaron por la idea de que, puestos a reformar la Constitución, se reformase el artículo 49 de la Constitución, que sigue diciendo que somos disminuidos. Ya se ha hablado algo de ello más arriba.

Pues bien, pese a que la iniciativa anterior ciertamente no ha tenido eco en la opinión pública, si por lo menos lo ha tenido en la legislación ordinaria.

En efecto, la reciente y mal llamada Ley de Dependencia (busca la “independencia”, la autonomía personal, no la “dependencia”) que fue publicada en el Boletín Oficial del Estado del pasado día 15 de diciembre de 2.006, incluye una disposición adicional octava que refrenda tales tesis.

Por lo demás, parece que es una de las escasas normas de tal “Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia” que tiene aplicación inmediata.

Literalmente dice: *“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 Administraciones Públicas utilizarán los términos «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad» para denominarlas.”

Por tanto, si partimos de la legalidad es inexacto técnicamente hablar de minusválidos en nuestras resoluciones, pues es concepto sustituido por otro de vigencia normativa clara. Hora es que nos apliquemos a ello: van a hacer tres años de la entrada en vigor de la Ley.

2.-3.- Personas con diversidad funcional.

Por último en época reciente -años 2.005 en adelante- y principalmente impulsada por el Foro de Vida Independiente, aunque no solamente por tal Foro, se utiliza por algunos la expresión “personas con diversidad funcional”, utilizando el acrónimo PDF para referirse a nuestro colectivo.

Esta vanguardia de la lucha contra la discriminación, que es lo que es este Foro, parte de la idea de que hay una sociedad compuesta por personas diversas, pero se considera que la sociedad “natural” en sí misma es unitaria y omnicomprensiva de todos, siendo lo “artificial” precisamente el que se creen unas regulaciones sólo para lo que se considera la persona perfectas o idealmente prototípicas de capacidad o más llanamente “standart”. Para tal Foro, en realidad tal persona “standart” sería un arquetipo supuesto en la mente legislativa con olvido de aquella condición aunadora de la sociedad.

Consideran también que la expresión estudiada de “personas con discapacidad” todavía contiene un matiz negativo por discriminatorio y por eso proponen esta nueva acepción.

La denominación parte de la idea base de que en realidad todos hacemos similares funciones, pero de forma diversa. Por poner un ejemplo muy gráfico: unos consiguen el desplazamiento andando y otros con sillas de ruedas.

Pues bien: se propugna el acrónimo PDF con la finalidad de evitar la discriminación dentro la sociedad, que es una y la componemos todos.

Algunos critican el carácter excesivamente recargado y artificial de la expresión, otros señalan que no todos podemos hacer las mismas funciones realmente -no es igual andar que no andar, aunque se use silla de ruedas para el desplazamiento, siguiendo el ejemplo- y que, por tanto, la idea que inspira la expresión no responde a la realidad o que mas que personas con diversidad funcional, estamos en presencia de personas con funcionalidad diversa, etc.

De momento, tiene escaso eco en la sociedad y nulo en la normativa examinada.

2.-4.- Conclusiones.

En todo caso, lo que interesa resaltar es que, se esté de acuerdo o no con esta última denominación, se ha de repudiar otro tipo de expresiones que encierran una filosofía que entiendo que no ha de ser asumida, por mucho que se usen por otros.

Insisto en que lo razonable es identificar el elemento común de persona e identificar la razón diferenciadora, como lo hace la legislación internacional, la europea, la de promoción de la autonomía personal, etc.

He pretendido explicar que el lenguaje no es neutral en esta materia, como en ninguna otra. Hay, pues, una primera razón puramente lexicológica. Pero hay también razón jurídica.

No es nuevo el término. En las directivas CEE desde la década de los noventa se usa el mismo.

De otro lado, no podemos olvidar que la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad también utiliza también la denominación “personas con discapacidad”. Dicha Convención fue aprobada por la Organización de Naciones Unidas el día 13 de diciembre de 2.006 y fue ratificada por España el día 30 de marzo de 2.007.

Desde luego, algunas expresiones de las criticadas perviven en la legislación interna, como las de disminuido o incapaz, pero no otras, como la de inválido, que ya fue desterrada del ámbito legislativo con la reforma de la Ley General de la Seguridad Social del año 1.997 o la minusválido, sacada de las normas por la Ley de Autonomía Personal de 2.006.

En razón de lo expuesto les animo a asumir una iniciativa tan básica como ésta: que nos refiramos siempre a personas cuando tratemos del colectivo. Esa palabra encierra un contenido no sólo moral, ético o religioso, sino jurídico muy concreto y actualmente vigente en derecho español, que he pretendido explicar.

Por otra parte, pensar que en una futura reforma constitucional se pudiera incluir este concepto no es utópico, sino bien realista, dado que la nueva denominación propugnada fue asumida en la citada Ley de Dependencia y ésta fue votada a favor por los dos grupos parlamentarios mayoritarios en ambas Cámaras Parlamentarias, siendo que la oposición de algunas minorías no vino determinada por la acepción precisamente, sino por la forma en que se plantea la temática competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Recordar que al final sólo se presentó un recurso de constitucionalidad contra tal Ley, por la Comunidad Foral Navarra, la cual posteriormente desistió del mismo.

Por tanto, el hecho de que se haya impuesto ese lenguaje en la comunidad internacional, que se haya asumido en la legislación ordinaria de forma pacífica dentro de todo el espectro político, la propia racionalidad de la medida y la fuerza que el movimiento asociativo de las personas con discapacidad va adquiriendo, hace que considere razonable vaticinar que se superará en el futuro la denominación que se utiliza en el citado artículo 49 de la Carta Magna.

Al margen de lo anterior: ¿no cabría también sustituir el vigente “incapaz” del artículo 199 del Código Civil por el concepto de persona con discapacidad jurídica o por el de persona con capacidad jurídica restringida?. Creo que las mismas razones que fundamentan las anteriores ideas imponen que en esta materia se vuelva al denominador común de persona y se especifique la razón de diversidad sin expresiones discriminatorias y excesivamente generalistas y contrarias a la realidad que ya se han explicado.

Por último, añadir que la polémica nominativa no termina aquí. Pasamos al concepto “dependencia”.

2.- 5.- ¿Ley de Dependencia o de Autonomía Personal?.

Fue muy recurrente en los prolegómenos de la Ley 39/2.006 (LPAPA) tal denominación y hoy tal Ley se denominada en la calle de Dependencia.

Pues bien, en el ámbito internacional y nacional (Pérez Bueno) se recomienda que en vez de utilizar tal acepción, de signo negativo -depender de algo o de alguien- se haga uso del término positivo en esta materia, -“autonomía personal” -.

En la actual sociedad es requisito ineludible que todos tengamos esa autonomía personal y el Estado ha de poner los medios para que se haga efectivo el pleno goce de los derechos civiles de todos sus ciudadanos, incluidas las personas con discapacidad-.

Se trataría de denominar las Leyes por su objetivo, no por el problema.

De hecho, la nueva Ley de 2.006 responde a tal terminología en su titulación y también a la hora de denominar el sistema ya tiene en cuenta el lado positivo en materia de lenguaje pues pomposamente le denomina como Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, aunque en algún pasaje de la Exposición de Motivos se olvida de la faceta positiva y denomina directamente al sistema como Sistema de Atención a la Dependencia, que tiene un sentido algo menos positivo y mas cercano a posturas paternalistas ya superadas. Sinceramente creo que es un simple “lapsus calami”, pues el resto de la norma correctamente identifica la denominación e incluso el acrónimo (SAAD) y el legislador se cuida muy mucho de acusar la vertiente positiva de la Ley y no su aspecto negativo.

Con ello, enlace con el siguiente capítulo de este trabajo.

3.- Los principios generales.

3.-1.- Principio general básico o fundamental: la persona con discapacidad es un ciudadano.

Volvemos a recordar la idea básica: las personas con discapacidad son ciudadanos. Por tanto, son titulares de una serie de derechos y obligaciones que el Estado reconoce a todos. En algunos casos, su condición discapaz hace que jurídicamente no puedan actuar por sí tales derechos y para esos se prevén los institutos tutelares. Ya hemos tratado de ello.

López Peláez alude a que la condición de ciudadano de derecho supone tres dimensiones básicas: *“la dimensión civil (derechos unidos a la libertad individual: libertad de credo, de pensamiento, derecho a la propiedad, libertad de movimiento); la dimensión política (derecho a participar en el ejercicio del poder político); y la dimensión social (que abarca todo aquello que hace posible la vida como tal en una sociedad democrática de mercado: derecho a la seguridad, a un mínimo de bienestar económico, y derecho a disfrutar de un acceso libre a lo que consideramos dimensiones básicas de la vida social: educación, sanidad, servicios sociales)”*.

El lector perspicaz ya habrá adivinado que estamos en este último ámbito cuando tratamos del trabajo. Esos derechos sociales señala tal autor citando a Marshall, incluyen *“todo el espectro desde el derecho a la seguridad y a un mínimo de bienestar al de compartir plenamente la herencia social y vivir la vida de un ser civilizado conforme a los estándares predominantes en la sociedad”*.

Pues bien, la idea pilar sobre la que descansan las políticas en esta materia es la siguiente: pese a tal igualdad en la titularidad, evidente la real existencia de una efectiva discriminación en el goce de tales derechos en relación con el resto de la población por exclusiva razón de discapacidad, el Estado no puede asumir que se mantenga tal situación de forma indefinida en el tiempo.

No lo puede asumir y por ello, adopta políticas activas para evitar que se perpetúe ese estado de cosas, cambiando la legislación, imponiendo obligaciones a algunos o adoptando medidas de discriminación activa o favoreciendo a quien las adopte (técnicas de discriminación positiva).

Es, pues, pretensión de los Estados civilizados lograr la plenitud en el goce de los derechos que como ciudadanos corresponden a las personas con discapacidad.

Suele ser lugar común en esta materia, no solo citar el artículo 49 de la Constitución, sino también sus artículos 1 punto 1, 9 punto 2, 10 y 14. De hecho, sobre el derecho de la persona con discapacidad a no ser discriminada está asumido en nuestro derecho. Hernández Vitoria resalta su condición de derecho fundamental, integrante del llamado grupo nuclear de derechos de la Carta Magna.

Sin embargo, no cabe considerar derecho fundamental -de los denominados de protección reforzada- el derecho subjetivo a los servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia que regula el artículo 1 de aquella Ley 39/2.006, de 14 de diciembre, sino que es un derecho ordinario.

En el ámbito de la Unión Europea, ya en el Consejo de Laeken, en diciembre de 2.001, se aprobó la decisión por la que se fijó el año 2.003 como el Año Europeo de las Personas con Discapacidad y precisamente el primero de los objetivos que, en relación con tal celebración se fijaron fue *“la sensibilización sobre el derecho de las personas con discapacidad a verse protegidas frente a la discriminación y a disfrutar plena y equitativamente de sus derechos”*.

Por eso no es de extrañar que en tal año se dictase la Ley 51/2.003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de personas con discapacidad (LIONDAU de aquí en adelante).

Ya se ha dicho que, más recientemente, la Organización de Naciones Unidas aprobó en fecha 13 de diciembre de 2.006 la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el que se fija, entre otros muchos preceptos, en su artículo 10: **“Los países deben garantizar que las personas con discapacidad disfruten del derecho inherente a la vida en un pie de igualdad con otras personas”**.

Además, contiene una serie de principios que conviene resaltar. Su artículo 27 señala que las personas con discapacidad tienen igualdad de derechos a trabajar y a ganarse la vida, que los países deben prohibir la discriminación en cuestiones relacionadas con el empleo, deben promover el empleo por cuenta propia, la capacidad empresarial y el inicio del negocio propio, emplear a personas con discapacidad en el sector público, promover su empleo en el sector privado y asegurar que se proporcione una comodidad razonable en el lugar de trabajo.

Esta Convención es una novedad legislativa en el ámbito internacional y esperemos que despliegue la enorme virtualidad teórica que representa su articulado en los próximos años.

En España, ya se ha dicho que se ratificó por Instrumento el 30 de marzo de 2.007, por lo que debiera considerarse la aplicabilidad de tal tratado, recibida como norma de derecho interno, en base al artículo 10 apartado 2 y el artículo 96 apartado 1 de la Constitución.

Tampoco podemos olvidar que el año 2.007 fue el Año Europeo de Igualdad de Oportunidades para todos, según se aprobó en Decisión 771/2.006, del Parlamento y del Consejo de Unión Europea de 17 de mayo de 2.006 y a ello no es ajeno el hecho de que en el curso de este mismo año se haya dictado la conocida Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esta igualdad de oportunidades también incide en esta materia que se trata.

Por otra parte, el colectivo lo forman un número importante de personas. La Organización de Naciones Unidas calcula que se trata del diez por ciento de la población mundial, unos seiscientos cincuenta millones de individuos. No nos olvidemos que desde la Organización Internacional del Trabajo se informa que en el mundo se calcula que hay unos 386 millones de personas con discapacidad en edad de trabajar. En España, Cabra de Luna situaba su número en tres millones y medio, más o menos el nueve por ciento de la población, considerando la Encuesta sobre discapacidades, deficiencias y estado de Salud que en 1.999 se hizo conjuntamente por el Instituto Nacional de Estadística, IMSERSO y la Fundación ONCE. Por cierto que, desde fuentes gubernamentales a finales de septiembre del año 2.007 se calculó en dos millones los sujetos a los que va a afectar la nueva Ley 39/2.006 y es que, pese a que la Ley tiene dos sectores básicos, las personas de la llamada tercera edad y las que tienen discapacidad, hemos de recordar que vejez no es sinónimo de dependencia ni lo son, tampoco, discapacidad y dependencia.

En concreto, en la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud (EDDS) del año 1.999 se fijaba un porcentaje del nueve para señalar los ciudadanos que señaló algún tipo de discapacidad. En concreto, 3.528.222 ciudadanos. De ellos 1.096.839 tenían el certificado administrativo de persona con discapacidad.

En la publicada el pasado día 4 de noviembre pasado Encuesta de Discapacidad EDAD 2.008, la ministra de Sanidad expuso una cifra cercana a los 3.850.000 miembros del colectivo, lo que supone un 8.5 por ciento de toda la población española. Por tanto, se ha reducido en medio punto el porcentual de personas con discapacidad en nueve años.

En otro orden de cosas, los autores resaltan (entre otros, De Lorenzo García o Rentero Jover) que el trabajo efectivamente es un elemento de la máxima importancia como medio para obtener la citada integración social de la persona con discapacidad, para obtener la llamada inclusión social de quienes la praxis demuestra están excluidos. Por mi parte, aunque se me pueda tildar de rígido o poco flexible, considero que es elemento capital para la integración social de la persona con discapacidad que pueda trabajar, que lo haga y así poder asumir las relaciones sociales en condiciones de paridad con los demás miembros de la sociedad.

Empero, la realidad nos demuestra que, hoy por hoy, el colectivo de las personas con discapacidad es uno de los grupos más importantes dentro del género de las personas excluidas del mercado laboral. Se acaba de señalar que la tasa de desempleo de este sector altísima. Tal vez sería mejor hablar de inactividad, como indica el doctor Casado Pérez, que señala los diversos inconvenientes de las estadísticas realizadas al efecto y los problemas que se plantean para fijar adecuadamente la imagen real del problema, pues hay personas con discapacidad que no están en condición de trabajar de forma alguna (ni de autónomo, ni por cuenta ajena, de forma ordinaria o en un centro

especial de empleo). Pero, se cojan unos u otros estudios, el porcentaje cuando menos llega a setenta.

Las tasas de inactividad laboral dentro del colectivo rondan el setenta o el ochenta por ciento en España, según a qué autor consultemos.

Pues bien la encuesta del I.N.E. de 1.999 reflejaba una realidad aún más grave: aludía a un 12,9 por ciento del colectivo dentro del personal activo (trabajando o en paro temporal o buscando primer empleo), mientras que el otro 87,1 por ciento se calificaba de inactivo.

En la nueva Encuesta de Discapacidad EDAD 2.008, la cifra de activos se fija en el 28,3 por ciento y la de desempleados en edad activa en 7.2 por ciento.

Por otra parte, como señala De Lorenzo García, aparte del problema de la enorme número de inactivos en el sector, entre los activos se añade el problema de pago de un salario inferior a otros trabajadores y el de las escasas posibilidades de promoción profesional. Cita a Sid Wolinsky (Disability Rights Advocates. California, Estados Unidos de América): *“ Como grupo, las personas con discapacidad son ciudadanos de segunda clase en el lugar de trabajo prácticamente en todos los países de la Tierra. Debido a una combinación de factores, entre los que se incluyen unos niveles formativos inferiores, así como una serie de prejuicios, en general las personas con discapacidad no trabajan y las que lo hacen ocupan puestos de poca especialización y perciben retribuciones inferiores ”*.

3.- 2.- Principio de fomento de empleo de las personas con discapacidad.

Entrando a examinar la legislación ordinaria vigente, vemos que es voluntad del Estado que la persona con discapacidad trabaje: el Estado quiere que la persona con discapacidad trabaje. Con esa finalidad la Ley impone a los poderes públicos una obligación: la de fomento del empleo de estas personas.

Ya el poder constituyente había fijado en el artículo 49 que había una obligación de los poderes públicos de realizar políticas de integración de los “disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”.

La hermenéutica más elemental da por supuesto que tal integración (género) incluye la laboral (especie dentro del género).

Pero la Norma de finales del año 1.978 añade “y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

Siguiendo con la misma técnica exegética, por tanto, también el Estado le ha de amparar en el ejercicio del derecho al trabajo, con las diversas facultades anejas señaladas en el artículo 35 punto 1 de la propia Constitución.

Recordar que allí se contiene uno de los llamados principios rectores y por tanto, si bien el artículo 49 de la Constitución no goza de la protección privilegiada prevista en el artículo 53 punto 2 de la Constitución para las libertades básicas y derechos fundamentales, si que su contenido debe informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, si bien, tales principios sólo pueden ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (artículo 53 punto 3 de la misma Norma).

En el ámbito de la legislación ordinaria, la LISMI de 1.982 , fija de forma concreta aquella obligación de fomento del empleo de las personas con discapacidad (artículo 1).

De forma más extensa, en el mismo sentido, su artículo 38 punto 4 dice: *“Se fomentará el empleo de los trabajadores minusválidos mediante el establecimiento de ayudas que faciliten su integración laboral. Estas ayudas podrán consistir en subvenciones o préstamos para la adaptación de los puestos de trabajo, la eliminación de barreras arquitectónicas que dificulten su acceso y movilidad en los Centros de producción, la posibilidad de establecerse como trabajadores autónomos, el pago de las cuotas de la Seguridad Social y cuantas otras se consideran adecuadas para promover la colocación de los minusválidos, especialmente la promoción de Cooperativas”*.

De lo anterior deducimos que las políticas de fomento de empleo de las personas con discapacidad –utilizando las técnicas de acción positiva que fija tal norma- no son simple muestra de una mayor o menor empatía del gobernante de turno, dependientes por tanto de su posibilidad, sensibilidad o albedrío.

Por el contrario, tales políticas constituyen una obligación legal que ha de asumir el Estado como parte de sus obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico, pues constituyen una efectiva obligación constitucional y legal, que además viene impuesta también por la normativa comunitaria: Directiva 2000/78/CEE, de 27 de noviembre de 2.000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (artículo 7 punto 2)

En cuanto a cuales sean esas técnicas de fomento, me parece adecuado seguir al siempre apreciado catedrático Molina Navarrete que clasifica las acciones positivas del Estado de la siguiente forma:

1.- Empleo fomentado (empleo incentivado o “subsidiado”).

Regulado en el artículo 38.4 LISMI y en el Real Decreto 1451/1.983, de 11 de mayo, 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.

Este último ha sido objeto de varias revisiones en la línea de ampliar los recursos. Las principales reformas se derivan del Real Decreto 27/2.000, de 14 de enero y del Real Decreto 170/2.004, de 30 de enero. En concreto, el sistema de bonificaciones de aquel Decreto fue derogado y sustituido por el Real Decreto Ley 5/2.006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo.

Estas medidas de fomento del empleo consisten en incentivos económicos a los empresarios para la contratación de personas con discapacidad, así como para la creación de autoempleo mediante la promoción de proyectos como trabajador autónomo o empresario de personas con discapacidad.

Con ello se propicia el empleo normalizado, al que se refiere el artículo 6 de la LISMI.

Estas políticas tienen sus limitaciones reales, puesto que no es la total solución para resolver un gran problema, como es la baja tasa de actividad en el sector. De hecho, la realidad demuestra que estas medidas sólo han producido reducidas las cifras de contratación laboral, aunque han ido en aumento en los últimos años, conforme se aumentaban los recursos y las cuantías.

2.- Empleo selectivo.

Regulado en el artículo 40 punto 1 LISMI y el citado Real Decreto 1451/1.983.

Supone que hay procesos de recuperación funcional de personas afectadas por discapacidad, de modo que, una vez finalizado el proceso recuperatorio, el trabajador se incorpora al mercado de trabajo y en particular a la empresa en la que antes de pasar al estado de discapaz, había trabajado.

Estas medidas fueron postergadas en la realidad práctica, hasta el punto de que los fundamentos legales de las mismas en el marco de la Ley General de la Seguridad Social han sido eliminados. Por tanto, aunque su previsión legal existe hoy está casi vaciada por completo de efectividad. Queda aquel Real Decreto del año 1.983 ya citado, que ha sido objeto en otros trabajos personales más especializados en lo laboral..

Tampoco el movimiento asociativo de la personas con discapacidad ha reivindicado esta medida, quizás porque considera poco viable esta medida, quizás porque la representación de las personas con discapacidad sobrevenida y con susceptibilidad de recuperar la capacidad anterior -que es a las que afecta esta modalidad - es muy baja en estos ámbitos.

No obstante, su sentido permanece –recuperar a personas que han sido afectadas por procesos de incapacidad-, y algunas reformas apuntan en esa dirección, si bien en un ámbito marginal. Por ejemplo: la compatibilidad relativa de algunas pensiones no contributivas y el trabajo.

También las medidas orientadas a la adecuación de puestos de trabajo de modo razonable a la discapacidad podrían entrar en esta idea, si bien está claro que tal obligación tiene una dimensión más general que aquel Real Decreto e incluso en tal

sentido, la obligación de ajuste razonable que se fija en el artículo 5 de la Directiva CEE 2.000/78 ya citada, traspuesta por la LMFAOS 2.004.

3.- Empleo reservado.

Al mismo se refiere el artículo 38.1 LISMI y el Real Decreto 364/2.005, de 8 de abril, que regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad, así como Ley 53/2.003, sobre empleo público de discapacitados

Es la que cuenta con una mayor tradición. También la más polémica.

Dice la actual redacción del artículo 38 de la LISMI en sus primer párrafo: “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 minusválidos. El cómputo mencionado anteriormente 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. Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores minusválidos 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.*

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 números 2 y 3, del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (RCL 1995, 997), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, 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.”

Por su parte, la Ley 53/2.003, de 10 de diciembre, de empleo público de las personas con discapacidad, fija en un cinco por ciento tal reserva en el sector público.

En ambos casos se fija un mínimo a respetar. Ello significa que se puede fijar una cuota mayor, según las propias circunstancias del caso vía convenio colectivo. Así se hace, por ejemplo, en el XII convenio colectivo de Centros y Servicios de Atención a las Personas con Discapacidad (Boletín Oficial del Estado de 27 de junio de 2.006) donde se incrementa a un tres por ciento tal porcentaje o de forma mas reciente y con una regulación específica para el empleo reservado para personas con discapacidad, el convenio colectivo del Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallés (Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña de 17 de mayo de 2.007).

Pese a algunas críticas, considero que no tenemos porqué escandalizarnos de tales porcentajes, pues son mayores en otros países como Francia, Italia o Alemania y se aplica la reserva, además, en relación con empresas de menor entidad por número de

trabajadores , como apunta Barceló Galdakano, que ha hecho un estudio comparado en esta materia.

Se trata claramente de una medida de discriminación positiva de las que ya hemos hablado y a la que se refieren tanto el 35 de la citada Ley 62/2.003, como los artículos 8 y 9 de la Ley 51/2.003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y 37 bis de la LISMI.

Está amparada también tal reserva en la excepción prevista en el artículo 17 punto 2 del Estatuto de los Trabajadores que establece *“podrán establecerse por ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente”*.

La regla general de la obligatoriedad de tal reserva rige en todas las empresas que tengan cincuenta o mas trabajadores, computándose toda la plantilla.

Sin embargo, el Real Decreto 364/2.005, de 8 de abril, regula diversas formas de cumplimiento alternativo de tal obligación y es que, como señala el profesor Esteban Legarreta, al permitir estas excepciones *“la gran apuesta del legislador va en línea de lograr una mayor efectividad de la norma, aunque sea a costa de perder un cierto grado de autenticidad en su estricto cumplimiento”*.

Hay dos vías para eludir la obligación: la negociación colectiva con determinados requisitos o la decisión individual empresarial basada en la concurrencia de una serie de causas que la propia reglamentación fija. Así obtendrán la llamada *“declaración de excepcionalidad”* de los Servicios de Empleo Públicos competentes, que tiene una validez de tres años.

Ahora bien, si se pretende tal excepción, se han de asumir forzosamente concretas medidas alternativas que se fijan reglamentariamente y que son las siguientes:

- 1.- Celebrar 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 cualquier otro tipo de bienes necesarios para el desarrollo de la actividad normal de esa empresa.
- 2.- Celebrar 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.
- 3.- Realizar donaciones y acciones de patrimonio, siempre de carácter monetario, para el desarrollo de actividad de inserción laboral y creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas acciones de colaboración sea una fundación o asociación de utilidad pública cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la creación de puestos de trabajo para aquéllas y finalmente, su integración en el mercado de trabajo.
- 4.- La constitución de un enclave laboral, previa suscripción de un contrato con un centro especial de empleo, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 290/2.004,

de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento de empleo de las personas con discapacidad.

4.- Empleo protegido.

Al mismo se refieren los artículos 37 y 41 LISMI y el Real Decreto 1.368/1.985, de 17 de julio, sobre relación laboral especial de los minusválidos en Centros Especiales de Empleo (modificado por el Real Decreto 427/1.999, de 27 de marzo).

DE conformidad con la disposición final sexta de la Ley 13/1.982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (la llamada LISMI), el Gobierno dictó el Real Decreto 1.368/1.985, 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 y el Real Decreto 2.273/1.985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de tales Centros Especiales de Empleo. Esta es la normativa que los sigue regulando, modificada en parte en el año 1.999, como ya se ha dicho.

Presupone la existencia de una relación laboral de las denominadas especiales que contiene un peculiar régimen jurídico laboral (periodos de prueba específicos, adaptación de puestos, ayudas de otros en el trabajo, adiestramientos especiales, etc.) y siempre ha de darse en el ámbito de un Centro Especial de Empleo, autorizado debidamente por la Administración.

Es buena la coyuntura futura de estos centros especiales de empleo. De un lado, se están viendo beneficiados por el impulso dinamizador de la economía que la nueva Ley de Autonomía Personal ya está produciendo (Peláez López), principalmente en los sectores privados relacionados con los servicios sociales. De otro, se abre un importante portillo al negocio de estos Centros con las formas alternativas al cumplimiento de la obligación de empleo reservado regulado por el Real Decreto 364/2.005, de 8 de abril, hace que, efectivamente,

3.-3.- Principio de igualdad entre las personas. El objetivo es la integración laboral de las personas con discapacidad en condición de igualdad real con el resto de los ciudadanos.

La mayoría normativa relativa a la actividad laboral por cuenta ajena de las personas con discapacidad en los últimos veinticinco años se ha referido, no a la relación laboral ordinaria, que es el objetivo legal, sino a la relación laboral de carácter especial, que es la que se regula en el artículo 2 punto 1 letra g del Estatuto de los

Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1.995 de 24 de marzo) y a la que hemos aludido antes al tratar del llamado empleo protegido.

Pero antes hagamos algo de historia. Ya de la integración laboral del colectivo ya habló un texto constitucional francés del siglo XIX, pero obviamente la actual filosofía legal no es la misma que la de hace años. Si es manido el reproche de paternalismo o proteccionismo para hablar de la legislación laboral en materia de personas con discapacidad, se ha de decir de forma prístina que hoy en día no es ésta la idea que preside la regulación de la materia.

Y es que, en efecto, la “mens legislatoris” es que la persona con discapacidad si puede, trabaje y que lo haga, además, en el marco de una relación laboral ordinaria, lógicamente si puede también. Lo vemos seguidamente.

El actual artículo 37 punto 1 de la aludida LISMI es muy claro: “*Será finalidad primordial de la política de empleo de trabajadores con discapacidad su integración, en condiciones que garanticen la aplicación del principio de igualdad de trato, en el sistema ordinario de trabajo o, en su defecto, su incorporación al sistema productivo mediante la fórmula especial de trabajo protegido que se menciona en el artículo 41.*”

Este precepto es aplicación de aquella Directiva CEE 2000/78, traspuesta por la LMFAOS 2.004 ya citada.

La idea central en la que nos movemos al estudiar este principio la expresa muy bien, Lorenzo García cuando dice: **el empleo ordinario ha de ser el paradigma y el empleo protegido la alternativa.**

Interesa destacar, pues, una primera idea: el legislador ordinario no propugna la correspondencia persona con discapacidad y protección, sino la integración laboral ordinaria de la persona con discapacidad en condiciones de igualdad. Es un matiz filosófico de primera magnitud y que frecuentemente se olvida.

Y esta idea considero que es correcta, pues supone huir del proteccionismo o mas genéricamente del paternalismo, para centrarnos en el mundo de los derechos, pues la integración laboral de la persona con discapacidad se ha de producir en pie de igualdad –derecho de igualdad-.

Ello no supone menoscabar en modo alguno la función que cumplen los centros especiales de empleo, ni mucho menos. La realidad nos demuestra que hay miles de ciudadanos que han accedido al trabajo a través de este instrumento y se ha de considerar que el trabajo así realizado es y será elemento de máxima importancia como medio para obtener la inclusión social de estas personas (De Lorenzo).

El principio del que tratamos es fundamental en la materia y ha de ser tenido en cuenta también en el futuro, pues buena parte de la acción legislativa y reglamentaria de futuro debiera ser medio para tal fin, pues a la postre –como ya hemos indicado- debe ser “*finalidad primordial de la política de empleo de trabajadores con discapacidad*” la integración laboral a través de contrato ordinario y solo en su defecto, a través de relación laboral especial (citado artículo 37 punto 1 de la LISMI).

Y es que corremos el riesgo de posibilitar que quien puede acceder al mercado laboral ordinario se quede en un centro especial de empleo. Ello entiendo que supondría divergir un tanto del objetivo legal, sobre todo por vía reglamentaria. En este punto, no está de más recordar que la potestad reglamentaria está sometida a la Ley (artículo 97 de la Constitución).

Por otra parte, los incentivos en bonificaciones de Seguridad Social e incluso subvenciones directas considero que han de adecuarse a lo que es el paradigma para el Estado, lo que no pasa por suprimir éstas a los centros especiales de empleo, pero si por privilegiar el empleo ordinario y estable de las personas con discapacidad.

Existen diversas especialidades en materia de empleo ordinario de personas con discapacidad en materia de contratación temporal y similares, si bien me interesa destacar más, a los efectos de este curso, que hay un obligación de ajuste razonable del puesto de trabajo.

Su origen está en el artículo 5 de la Directiva CEE 2000/78. Dice al efecto: *“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.”*

Existe diversa normativa dispersa que establece tal obligación de ajuste razonable, al igual que hay obligación de que el empresario considere la capacidad real de la persona con discapacidad al encomendarle el trabajo (artículo 20 punto 3 del Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1.995, de 24 de marzo), debiendo recordarse, por otra parte, que el artículo 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1.995, de 8 de noviembre) impone al empresario la obligación de garantizar de manera específica la protección de los trabajadores con discapacidad, sin que puedan ser destinados a puestos de trabajo en el que ellos, otros trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa puedan quedar expuestos a peligro.

Por último, en este ámbito y a caballo entre la relación laboral ordinaria y la especial protegida, también se ha de mencionar la nueva figura de los enclaves laborales, regulada por el Real Decreto 290/2.004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento de empleo de las personas con discapacidad.

Ésta es una figura transicional entre el empleo protegido y el ordinario, en cuanto que con ella se pretende favorecer, dentro del grupo de que tratamos, el paso de la relación laboral especial a la relación laboral ordinaria. La idea fundamental es que el trabajador con discapacidad sigue manteniendo relación laboral especial, pero ya acude a trabajar a una empresa colaboradora o principal con otros trabajadores con vínculo laboral ordinario y ello como paso previo a la integración ordinaria en el mundo del

trabajo, objetivo final de tal paso intermedio. Existen bonificaciones fijadas para esta figura en el artículo 2 punto 2 del Real Decreto Ley 5/2.006, de 9 de junio, para la mejora del empleo y del crecimiento.

También allí se regulan las bonificaciones en la cuota empresarial de Seguridad Social por contratación ordinaria de personas con discapacidad y por contratación en virtud de relación laboral especial de tales individuos).

3.-4.- Principio de no discriminación por razón de discapacidad en el mundo laboral.

La Convención ya citada, la Directiva 2.000/78/CEE y el ordenamiento interno **prohíben la discriminación por esta circunstancia.**

Como ya se ha anticipado, en la materia es de la máxima trascendencia la Directiva 2000/78/CEE, de 27 de noviembre de 2.000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Según la Exposición de Motivos de la Ley 62/2.003 que la traspone parcialmente a España, se dictó pretendiendo luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad y la orientación sexual.

Se fijan así en la Ley española un conjunto de medidas normativas que se incluyen en el título II capítulo III de la Ley 62/2.003 que ya hemos citado, que contiene una definición de lo que es la discriminación directa e indirecta (indicado artículo 37 de la LISMI en sus siguientes puntos) y luego dedica una serie de preceptos a modificar, entre otros, el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Procedimiento Laboral o la propia LISMI . Por cierto, tal definición de discriminación directa e indirecta tiene su correspondiente en el artículo 2 de la Directiva indicada.

En materia de discriminación, no sólo conviene citar el artículo 14 de la Constitución de 27 de diciembre de 1.978 (la discapacidad es una circunstancia personal, a los efectos del citado precepto), sino también el artículo 4 punto 2 letra c último inciso del Estatuto de los Trabajadores (*“tampoco podrán ser discriminados por razón de disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate*), o el largo artículo 17 punto 1 párrafo de tal Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1.995, de 24 de marzo (*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 contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión*

o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español”).

Ambos preceptos estatutarios, derivan de la indicada Ley 62/2.003, MFAOS 2.004, en su redacción actualmente vigente y mas modernamente, han sido modificados en la letra e del punto 2 del artículo 4 y añadiendo un segundo párrafo al artículo 17 punto 1 por la disposición adicional décimo primera de la Ley Orgánica 3/2.007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Este párrafo segundo actualmente dice: *“Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.”*

Lo anterior, sin duda, evoca a la llamada garantía de indemnidad, garantía que se integra en el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 punto 1 de la Constitución.

Interesa destacar que se sanciona con la nulidad cualquier decisión empresarial que suponga trato desfavorable del trabajador consistente en ser una reacción a aquella reclamación, que no tiene porqué ser una reclamación judicial, sino que incluso basta con una reclamación interna dentro de la empresa según la literalidad de la norma, siempre y cuando viniese motivada en la exigencia del respeto del principio de igualdad de trato y no discriminación.

Llamar la atención sobre el hecho de que el ámbito de la moderna norma no restringe su aplicación a las represalias por reclamación judicial del trabajador. Recordar que el clásico respeto del principio de garantía de indemnidad ha sido ampliado también por nuestro Tribunal Constitucional ha ampliado cuando menos a reclamaciones extrajudiciales y preparatorias del proceso (entre otras mas antiguas, cabe citar las del Tribunal Constitucional 138/06, de 8 de mayo y 55/2.004, de 19 de abril).

Y sobre todo en esta materia, volvemos a la LISMI. Su artículo 38 punto 2 dice: *“Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales de las Empresas que supongan en contra de los minusválidos discriminaciones en el empleo, en materia de retribuciones, jornadas y demás condiciones de trabajo”.*

De forma colateral, interesa destacar aquí también, que en orden a la cuestión que se planteó al Tribunal CEE por el Juzgado de lo Social número 33 de Madrid (el compañero Aramendi Sánchez) sobre nulidad del despido por enfermedad, entendiéndolo discriminatorio, fue denegada por la sentencia de 11 de julio de 2.006 (asunto Chacón Navas, C- 13/15), pero resaltando que si que se produciría discriminación si se tratase de la discapacidad el elemento motivador de la decisión empresarial, conducta cuyo efecto jurídico debiera ser anulado.

En el mismo sentido, la sentencia del asunto Coleman, 17 de julio de 2.008, en el asunto C- 303/06, don de la Gran Sala del Tribunal de Justicia Europeo extiende la

prohibición de discriminación a los allegados de la persona con discapacidad (en aquel caso, la madre) cuando la razón discriminante es la discapacidad del hijo.

Por último, no podemos olvidar que la famosa trasposición de la Directiva incide también en la Ley de Procedimiento Laboral, modificando el Real Decreto Legislativo 2/1.995, de 7 de abril en sus artículos 96 y 181.

El primero regula la inversión de la carga de la prueba en los procesos en que se alegue la discriminación por discapacidad, señalando su actual redacción: *“En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.”*

El segundo se incardina dentro de los preceptos que regulan la llamada modalidad especial de tutela de los derechos de libertad sindical y señala que se tramitan también por tal vía *“Las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo. En dichas demandas se expresarán el derecho o derechos fundamentales que se estimen infringidos.”*

Interesa destacar que, frente a la exigencia del Tribunal Constitucional de prueba de indicios para alterar la carga de la prueba (entre las últimas sentencia 41/06, de 13 de febrero) la literalidad del nuevo texto se refiere que es de las alegaciones de dónde han de surgir los indicios. En este mismo sentido, Eguaras Mendiri asevera que esa Ley Orgánica 3/2.007 supone una rectificación legislativa de tal doctrina de tal Órgano Constitucional con respecto a la nueva dicción derivada de la Ley Orgánica 3/2.007 y del artículo 217 de la Ley 1/ 2.000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, poniéndose el acento en las alegaciones, no en los indicios.

Pero no sólo es este conjunto de textos, sustantivos y procesales, con los que pretende vetar la discriminación por razón de discapacidad, también hay otras normas de fomento de medidas que se adopten para evitarla.

De nuevo, la Directiva comunitaria surte sus efectos en la legislación ordinaria y nos encontramos con los artículos 42 y 43 de la Ley 62/2.003, que pretender fomentar medidas de igualdad tanto en la negociación colectiva -aunque luego el contenido concreto del precepto sólo se refiere a los convenios colectivos- y los planes de igualdad en general.

Dice el artículo 42: *“Los convenios colectivos podrán incluir medidas dirigidas a combatir todo tipo de discriminación en el trabajo, a favorecer la igualdad de oportunidades y a prevenir el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.”*

Por su parte, el artículo siguiente dice: *“Los poderes públicos fomentarán la adopción por las empresas y por las organizaciones sindicales y empresariales de*

planes de igualdad a favor de las personas con discapacidad, mediante los incentivos y medidas de apoyo establecidos para ello.”

Este es el conjunto de textos legales principales sobre discapacidad en el trabajo. En principio, entiendo que la actual batería normativa es suficiente y que se mantendrá en el futuro.

3.-5.- Principio de igualdad en el trato con la Administración Pública.

Interesa resaltar esta materia, dada la importancia que adquiere la Administración Pública como empleadora laboral en las sociedades actuales de nuestro ámbito más próximo.

No sólo es que se de esta vertiente negativa ya estudiada, de no discriminación, sino que, **en materia de Administración Pública se fija en positivo el principio de igualdad**, al señalar el artículo 38 punto 3 de la LISMI: *“En las pruebas selectivas para el ingreso en los Cuerpos de la Administración del Estado, Comunidades Autónomas, Administración Local, Institucional y de la Seguridad Social, serán admitidos los minusválidos en igualdad de condiciones con los demás aspirantes. Las condiciones personales de aptitud para el ejercicio de las funciones correspondientes se acreditarán en su caso mediante dictamen vinculante expedido por el equipo multiprofesional competente, que deberá ser emitido con anterioridad a la iniciación de las pruebas selectivas.”*

Evoca tal precepto a la doctrina del Tribunal Constitucional sentada, entre otras, en las sentencias 34/2.004, de 8 de marzo, la 2/98, de 12 de enero y la importante 161/91, de 18 de junio, según la cual, cuando empleadora es la Administración pública, ésta no se rige en sus relaciones jurídicas por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (artículo 103 punto 1 de la Constitución), con interdicción expresa de la arbitrariedad (artículo 9 punto 3 de la misma). Tal precepto LISMI es una aplicación al concreto sector del que tratamos de aquellos mandatos constitucionales.

3-6. Principio de colaboración en el fomento del empleo de las personas con discapacidad.

Por otra parte, como técnica que permita cumplir con la voluntad legal de que la persona con discapacidad trabaje, **el Estado se impone a sí mismo una obligación: la de integración laboral de las personas con discapacidad, pero además impone a todos el deber de colaborar en el cumplimiento de tal obligación.**

En efecto, dentro de sus principios generales, el artículo 3 de la LISMI fija como una obligación del Estado la integración laboral de los antiguos “minusválidos”. O sea, que hay una obligación legalmente impuesta. Pero no sólo hay una obligación del Estado en tal precepto.

Su párrafo segundo dispone: *“A estos efectos estarán obligados a participar, para su efectiva realización, en su ámbito de competencias correspondientes, la Administración Central, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, los Sindicatos, las entidades y organismos públicos y las asociaciones y personas privadas.”*

Por tanto, hay una obligación del Estado que incluye, entre otras, la de integración laboral y se impone que, para su realización, deben “colaborar” no sólo los órganos de la Administración Pública, sino también las entidades, asociaciones y personas privadas.

Sin duda, sería más agradable la suasión, pero visto que no era técnica útil para conseguir el objetivo, se fijó por el legislador ordinario esta obligación general del Estado, con el anejo deber colaborador de todos.

No obstante ello, transcurridos años desde la LISMI, la experiencia demuestra que se desconoce precepto tan importante por el común tanto del colectivo afectado como por el resto de ciudadanos, resultado al que tampoco ha contribuido una actuación divulgadora de los poderes públicos.

La ley 56/2.003, de 16 de diciembre, de empleo, fija una serie de colectivos prioritarios, entre los que incluye las personas con discapacidad, para que tanto el Gobierno del Estado como el de las Comunidades Autónomas han de fijar programas específicos de empleo, dada su especial dificultad en la obtención de empleo, previéndose en el artículo 39 de la LISMI un sistema de registro especial de personas con discapacidad demandantes de empleo que afecta al Servicio Público de Empleo Estatal como a los Servicios Públicos de Empleo de las diversas Comunidades Autónomas.

Por último, tal obligación de colaboración debiera considerarse también como elemento interpretativo del resto de normas del ordenamiento jurídico. .

