

ALGUNAS REFERENCIAS BÁSICAS A LA EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL DE LA LEGISLACIÓN GENERAL EN MATERIA DE NO DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. Normas internacionales.

Las primeras versiones de las Declaraciones internacionales de derechos, no contenían ninguna especificación concerniente a los derechos de las personas con discapacidad. Su protección se anclaba entonces en los principios generales de no discriminación, igualdad, dignidad de las personas, etc. que se incluyeron en todos los textos internacionales a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Sin embargo, esta situación empezó a cambiar, especialmente a partir de los años setenta. En este sentido, resultaron significativamente importantes la Declaración de los Derechos del Retrasado mental, aprobada mediante Resolución número 2856, de 20 de diciembre de 1971, y la Declaración de los derechos de los Impedidos, aprobada por la Asamblea General de la ONU mediante Resolución de 9 de diciembre de 1975. Se reconoce a partir de estos textos que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos,

correspondiendo a las organizaciones y organismos internacionales velar por los derechos de los discapacitados. Pero prescindiendo de otros antecedentes, puede tomarse como punto de arranque de la legislación internacional en la materia, el año 1982, cuando se proclamó el período 1983-1992 Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos. La Asamblea General aprobó en 1982 una histórica resolución titulada "*Programa de Acción Mundial para los Impedidos*". Los objetivos globales del Programa son tres: i) prevención, ii) rehabilitación y iii) equiparación de oportunidades. En el párrafo 12, se define la "equiparación de oportunidades":

“Equiparación de oportunidades significa el proceso mediante el cual el sistema general de la sociedad, tal como el medio físico y cultural, la vivienda y el transporte, los servicios sociales y sanitarios, las oportunidades de educación y trabajo, la vida cultural y social, incluidas las instalaciones deportivas y de recreación, se hacen accesibles para todos”.

En el párrafo 21, se afirma que el logro de la "igualdad de oportunidades" exige medidas que van más allá de las medidas tradicionales de rehabilitación: El Programa de Acción Mundial insiste en la igualdad tanto de obligaciones como de derechos (párrafo 26). El Programa recomienda a los Estados Miembros sobre la elaboración de las leyes a fin de proteger a las personas con discapacidad, lo siguiente (párrafo 33):

*"Los Estados Miembros deben prestar atención a determinados derechos, tales como los derechos a la educación, **al trabajo**, a la seguridad social y a la protección contra tratos inhumanos o degradantes, y examinar esos derechos desde la perspectiva de los impedidos".*

Posteriormente, en la *Declaración y Programa de Acción de Viena*, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, se recogen referencias a las personas con discapacidad en los párrafos 63 y 64 de la sección de II.B ("Igualdad, dignidad y tolerancia"). En la *Declaración de Copenhague* sobre Desarrollo Social y el Programa de Acción de la Cumbre Mundial de Desarrollo Social, celebrada en Copenhague del 6 al 12 de marzo de 1995, se menciona específicamente la **necesidad de ampliar la gama de oportunidades de empleo para las personas con discapacidad**. Esta última Declaración resalta, en fin, la necesidad de poner fin a la discriminación existente, adoptar **medidas proactivas**, y hacer los ajustes apropiados en el lugar de trabajo para adaptarlos a las personas con discapacidad, incluida la promoción de tecnologías innovadoras.

Ya en el año 1993 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una histórica resolución: *"Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad"*. Estas Normas orientan la

acción internacional en el ámbito de las personas discapacitadas, y marcan claramente el cambio de perspectiva, pasando de las preocupaciones tradicionales de la prevención y la rehabilitación a la perspectiva de los derechos.

La Parte Segunda de las Normas define las áreas prioritarias que necesitan abordarse para lograr la igualdad de participación; incluyendo el “**empleo**” (artículo 7); afirmando en su Parte Tercera que *“podría examinarse la posibilidad de incluir disposiciones sobre **acción afirmativa respecto de esos grupos**”*.

En diciembre de 2001, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una Resolución sobre una “**Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad**”. Si bien la Asamblea observaba con satisfacción que “las normas uniformes ejercen una importante influencia” en la evolución positiva en los niveles nacional e internacional, vino a reconocer que:

“a pesar de los esfuerzos emprendidos [...] para aumentar la cooperación y la integración, además de la concienciación y sensibilización acerca de las cuestiones relativas a la discapacidad, ellos no han sido suficientes para promover una participación y oportunidades plenas y efectivas de las personas con discapacidad en la vida económica, social, cultural y política”.

La **Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad** y su Protocolo Facultativo fueron aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

En su Preámbulo, se observa con preocupación cómo las personas con discapacidad siguen encontrando obstáculos en su vida diaria para poder participar en pie de igualdad en la vida social. Se reconoce, asimismo que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

En la Convención se definen conceptos como discriminación por motivos de discapacidad, ajustes razonables, o diseño universal (artículo 2); se recogen principios generales como la dignidad, la no discriminación, la participación, la igualdad de oportunidades, o la accesibilidad (artículo 3); se recoge el compromiso de los Estados a adoptar las medidas legislativas, administrativas “y de otra índole” necesarias para garantizar los derechos a la igualdad y a la no discriminación de las personas discapacitadas (artículo 4). En el artículo 5º se concretan los principios de igualdad y no discriminación

incorporando su apartado 4 una declaración de suma importancia a los efectos que nos ocupan:

Artículo 5. 4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.

Reconociendo, entre otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad; el derecho a vivir independientemente (art.19); educación (art.24); salud (art.25); **trabajo y empleo** (art.27); protección social (art. 28); participación en la vida política y pública (art.29); o en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte (art.30).

Esta Convención supone importantes consecuencias para las personas con discapacidad, al contar con una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de estas personas, **reconociendo la necesidad de las medidas positivas, y su carácter no discriminatorio, para “acelerar o lograr la igualdad de hecho”**. Lo que supone un cambio paradigmático de las actitudes y enfoques hasta entonces existentes respecto de las personas con discapacidad.

2. Derecho comunitario europeo.

Podemos prescindir igualmente en este caso de otros antecedentes, para referirnos a los avances de la legislación en materia de discapacidad, a partir de las últimas reformas del Derecho comunitario originario contenido en los Tratados, y orientando especialmente la exposición a destacar cómo la legislación comunitaria ha defendido sin ambages el principio de discriminación positiva como un remedio indispensable para conseguir la integración plena de discapacitados y otros colectivos que corren el riesgo de discriminación social o laboral.

En el caso concreto de las personas discapacitadas, las acciones positivas tienen una larga tradición en la mayoría de los Estados miembros. El modelo de acción positiva más empleado es el **sistema de cuotas**, consistente en reservar un determinado porcentaje de puestos de trabajo a los discapacitados con el objetivo de reequilibrar su representación. Las medidas positivas especiales que adopten los Estados miembros, destinadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato, no deberían considerarse discriminatorias, siendo, en todo caso, imprescindibles para eliminar la desigualdad de hecho que sufren estos colectivos.

En efecto, con la inclusión del **artículo 13 en el Tratado de Ámsterdam**, los Jefes de Estado y de Gobierno expresaron su voluntad de hacer algo importante a nivel comunitario para combatir la discriminación. Esta postura quedó refrendada en el Consejo Europeo Extraordinario sobre el Empleo (Luxemburgo 20 y 21 de noviembre de 1997), estableciendo en el documento final que *“los Estados miembros prestarán especial atención a las dificultades que puedan experimentar las personas minusválidas para incorporarse a la vida activa”*.

Esta disposición resulta clave para **modernizar un mercado laboral europeo en el que debe desaparecer todo tipo de discriminación**. El nuevo artículo 13 permite a la Comunidad adoptar medidas para luchar contra la discriminación por razón de discapacidad, estableciendo que:

“Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o creencias, discapacidad, edad o tendencias sexuales”

El cuarto párrafo del preámbulo del Tratado de la Unión Europea, reformado en Ámsterdam, confirma la adhesión de los Estados:

“...a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y en la carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989”.

El Tratado de Ámsterdam incluye asimismo la lucha contra la exclusión social entre los objetivos clave de la acción comunitaria en materia de política social. Así, el **artículo 137** (antiguo artículo 118) prevé una serie de medidas que apoyen la acción de los Estados miembros en la lucha contra la exclusión. Esta disposición menciona asimismo la integración de las personas excluidas del mercado de trabajo como uno de los ámbitos en que las *“disposiciones mínimas”* pueden ser establecidas a escala comunitaria.

La potestad que se otorga al Consejo para adoptar medidas con el fin de *“luchar contra la exclusión social”* incluyendo medidas de integración laboral de colectivos excluidos, debe incluir en lógica consecuencia a las personas discapacitadas. Así, y a raíz del apdo. 1 (integración de las personas excluidas del mercado laboral), podemos interpretar que el Consejo también puede adoptar disposiciones mínimas cuyo objetivo sea la integración de los discapacitados en el mercado laboral, que a su vez incluiría medidas para establecer la igualdad de oportunidades. Por lo que el desarrollo de

instrumentos jurídicos comunitarios basados en este artículo deben servir sin lugar a dudas para combatir la discriminación por motivos de una discapacidad.

La Declaración del Acta final del Tratado de Ámsterdam relativa a las personas discapacitadas estableció:

“La Conferencia conviene en que las instituciones comunitarias, al elaborar medidas con arreglo al artículo 95 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, deberán tener en cuenta las necesidades de las personas discapacitadas”.

Con posterioridad, el Consejo en una *Resolución de 17 de junio de 1999 relativa a la igualdad de oportunidades laborales de las personas con minusvalías*. Y sobre la base del artículo 13 del Tratado CE, el Consejo adoptó en el año 2000 un paquete integrado de medidas de lucha contra la discriminación, del que formaron parte las Directivas 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de personas independientemente de su origen racial o étnico, la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; y el Programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006).

Las normas, planes y comunicaciones comunitarias han continuado desde entonces, como revelan la Comunicación de la Comisión de 28 de noviembre de 2005 sobre la situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea ampliada: el Plan de Acción 2006-2007, seguido luego por renovaciones acordadas mediante normas o comunicaciones que han ido ampliando los plazos del plan de acción. Así hasta llegar a la propuesta de Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de 2 de julio de 2008.

Después del Tratado de Lisboa, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, con las adaptaciones introducidas el 12 de diciembre de 2007, tiene valor vinculante y el rango normativo propio de los tratados. En su artículo 26 se alude a la integración de las personas discapacitadas en los siguientes términos: “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”.

3. La legislación española.

La política dirigida a facilitar el acceso al empleo de las personas con discapacidad deriva de valores, principios y reglas de naturaleza constitucional. Así, ya desde el artículo 1.1 CE en que se proclama que España se constituye como un Estado social y democrático de Derecho se consigna la igualdad entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico. En el art. 9.2 CE se establece que *"corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social"*. A su vez, el artículo 14 CE establece el principio de igualdad ante la Ley, prohibiendo toda discriminación por razón de cualquier condición o circunstancia personal o social.

El artículo 35 CE configura el trabajo como un deber y un derecho de todos los españoles, derecho que incluye la libre elección de profesión y oficio y la promoción profesional, estableciendo el artículo 49 CE la obligación de los poderes públicos de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, así como a amparar especialmente a las personas con discapacidad para que disfruten de los derechos reconocidos en el Título Primero de la propia Constitución, entre los que se encuentra el derecho al trabajo.

Dichos preceptos legitiman la adopción de medidas proporcionales y favorecedoras de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, procurando la igualdad sustancial de un colectivo que se encuentra, de partida, en situaciones desfavorables.

Así lo recoge **la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad**, en su Preámbulo, señalando los mandatos constitucionales dirigidos a los poderes públicos que, de una u otra forma, establecen como objetivo prioritario el mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, y, en particular de las personas con algún tipo de discapacidad, de manera que participen en condiciones de igualdad en la vida económica, social y cultural:

“La Constitución Española, en su artículo 14, reconoce la igualdad ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna. A su vez, el artículo 9.2 de la Ley Fundamental establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitando su participación en la vida política, cultural y social, así como, el artículo 10 de la Constitución, de los derechos y deberes fundamentales, que establece la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social. En congruencia con estos preceptos la Carta Magna, en su artículo 49, refiriéndose a las personas

con discapacidad, ordena a los poderes públicos que presten la atención especializada que requieran y el amparo especial para el disfrute de sus derechos”.

Por tanto, los artículos 9.2 CE (promoción de las condiciones para la plenitud de la libertad y la igualdad, así como para la remoción de “los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”), 10 CE (el valor dignidad de la persona), 14 CE (igualdad, sin discriminación por razones de orden personal u otras), 49 CE (políticas de integración social de los ciudadanos con discapacidad”), son los preceptos fundamentales sobre los que se tienen que apoyar las políticas legislativas en materia de discapacidad.

Por lo que concierne, en concreto, a las medidas de discriminación positiva, el Tribunal Constitucional ha interpretado éstas como una consecuencia más del principio de igualdad. Se traduce éste no sólo en la igualdad de *“carácter formal contemplada en el artículo 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo, en la de índole sustancial recogida en el artículo 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva”*. [STC 216/1991].

El reconocimiento de la igualdad de oportunidades y no discriminación de un determinado colectivo, según el Tribunal Constitucional, no ha de detenerse en ese reconocimiento, sino que además, pasa por el **establecimiento de medidas, incluidas la discriminación positiva** [STC 3/1993, de 14 de enero] que faciliten la plena integración de las personas que se han encontrado en una situación jurídica de inferioridad histórica.

En estos términos establece el párrafo segundo del artículo 1.1 de la Ley 51/2003 que *“...se entiende por igualdad de oportunidades la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como **la adopción de medidas de acción positiva** orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social”*.

Deben recordarse ahora, por la trascendencia que tiene esta regulación a los efectos de lo que se estudia en el presente Dictamen, el contenido de alguna de estas medidas positivas, según las concreta el artículo 9 y concordantes de la Ley 51/2003.

El artículo 9 se refiere al “contenido de las medidas de acción positiva”, en los siguientes términos:

*1. Las **medidas de acción positiva** podrán consistir en **apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables**. Los apoyos complementarios podrán ser ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios auxiliares para la comunicación.*

Dichas medidas tendrán naturaleza de mínimos, sin perjuicio de las medidas que puedan establecer las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias.

2. En particular, las Administraciones públicas garantizarán que las ayudas y subvenciones públicas promuevan la efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad así como las personas con discapacidad que viven habitualmente en el ámbito rural.

En particular, nos interesa resaltar, a los efectos del presente Dictamen, los desarrollos de la normativa **en materia de empleo, tanto en el sector público como en el sector privado.**

Respecto del primer ámbito, la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública –modificada por la Ley 23/1988– estableció (DA 19ª) un cupo de reserva del 3% de las vacantes contempladas en la oferta de empleo público siempre que superen las pruebas selectivas,

acrediten el grado de discapacidad (igual o superior al 33%) y la compatibilidad con el puesto de trabajo. Dicha Ley fue desarrollada por el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo. Ante la escasa incidencia de esta norma a lo largo de veinte años como reconoce la Exposición de Motivos de la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre Empleo Público de Discapacitados, se aumenta el cupo de reserva al 5% de forma que se alcance progresivamente el 2% de los efectivos totales de la Administración. A esta normativa le siguió la aprobación de Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público de las personas con discapacidad. Real Decreto que se fija como objetivo *“fomentar la práctica de acciones positivas que favorezcan la igualdad de oportunidades”*.

En el ámbito del empleo privado, sin duda, la medida más importante fue la adaptada por la **Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos**, en cuyo art. 38.1 prescribe:

“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 % 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, 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”.

Las medidas alternativas de carácter excepcional a dicha cuota de reserva, fueron reguladas por **los Decretos 27/2000, de 14 de enero y 364/2005, de 8 de abril**, actualmente en vigor, cuyo art. 2 determina dichas medidas:

1. Las medidas alternativas que las empresas podrán aplicar para cumplir la obligación de reserva de empleo en favor de las personas con discapacidad son las siguientes:
 - a. La celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo o cualquier otro tipo de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa que opta por esta medida.
 - b. La celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con

discapacidad, para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa.

- c. Realización de donaciones y de acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas acciones de colaboración sea una fundación o una asociación de utilidad pública cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo en favor de las personas con discapacidad que permita la creación de puestos de trabajo para aquéllas y, finalmente, su integración en el mercado de trabajo.
- d. La constitución de un enclave laboral, previa suscripción del correspondiente contrato con un centro especial de empleo, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.

2. El importe anual de los contratos mercantiles o civiles con centros especiales de empleo o con trabajadores autónomos con discapacidad y de los contratos entre los centros especiales de empleo y las empresas colaboradoras para la constitución de enclaves laborales de las medidas previstas en los párrafos a, b y d del apartado anterior habrá de ser, al menos, tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del dos por ciento.

El importe anual de la medida alternativa prevista en el párrafo c del apartado anterior habrá de ser, al menos, de un importe de 1,5 veces el IPREM anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del dos por ciento”.