

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Michele Tiraboschi (*Italia*)

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), José Luis Gil y Gil (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), María Luz Rodríguez Fernández (*España*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (*España*), Fernando Ballester Laguna (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Miguel Basterra Hernández (*España*), Carolina Blasco Jover (*España*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), María Belén Fernández Collados (*España*), Alicia Fernández-Peinado Martínez (*España*), Rodrigo Garcia Schwarz (*Brasil*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Miguel Ángel Gómez Salado (*España*), Estefanía González Cobaleda (*España*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), David Montoya Medina (*España*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), José Luis Ruiz Santamaría (*España*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Viqueira Pérez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

Discapacidad y empleo en España: una perspectiva histórica sobre su evolución normativa a la luz del modelo social

David GUTIÉRREZ COLOMINAS*

RESUMEN: La implementación del paradigma social de tratamiento de la discapacidad ha constituido un desafío internacional que ha exigido distintos cambios normativos. La exigencia de entornos adaptados a las necesidades de las personas con discapacidad se ha consolidado como una premisa del citado modelo, como consecuencia de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad y de la Directiva 2000/78/CE. Y ante este escenario, este artículo aborda cómo se ha afrontado normativamente la implementación del modelo social, examinando a tal efecto el marco jurídico español. Así, partiendo del art. 49 de la Constitución Española, esta contribución examina las distintas normas que han abordado la integración de las personas con discapacidad en el empleo (Ley 13/1982, Ley 51/2003, Ley 26/2011 y RDL 1/2013), a fin y efecto de concretar si la implementación jurídica del modelo social de tratamiento de la discapacidad, reivindicada especialmente por el TJUE a través de sus pronunciamientos judiciales, ha sido asumida en el ordenamiento jurídico español.

Palabras clave: Personas con discapacidad, Convención Internacional de las Personas con Discapacidad, modelo social de tratamiento de la discapacidad, igualdad de oportunidades, no discriminación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El art. 49 CE como punto de partida. 3. La configuración del empleo de las personas con discapacidad en la etapa postconstitucional: la LISMI. 4. La creciente importancia de la igualdad de oportunidades y no discriminación como primera manifestación del modelo social de tratamiento de la discapacidad: la LIONDAU. 5. El impacto de la CIDPD en el ordenamiento jurídico español: la Ley 26/2011. 6. El RDL 1/2013 como manifestación jurídica más reciente del modelo social de discapacidad. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

* Profesor Lector (Acreditado Contratado Doctor), Universidad Autónoma de Barcelona (España).

Disability and Employment in Spain: a Historical Perspective on Its Regulatory Evolution in the Light of the Social Model

ABSTRACT: The implementation of the social paradigm for the treatment of disability has been an international challenge that has required various regulatory changes. Adapted environments to the needs of people with disabilities has been consolidated as a premise of the aforementioned model, as a result of the Convention of Rights of Persons with Disabilities and Directive 2000/78/EC. In this scenario, this article discusses, from a regulatory approach, the implementation of the social model in Spain. Specifically, the aim of this contribution is to determine whether the legal implementation of the social model of treatment of disability, especially claimed by the CJEU through its judicial pronouncements, has been assumed in the Spanish legal system. Thus, art. 49 of the Spanish Constitution, Act No. 13/1982, Act No. 51/2003, Act No. 26/2011 and Royal Legislative Decree No. 1/2013 will be examined.

Key Words: People with disabilities, Convention of Rights of Persons with Disabilities, social model of treatment of disability, equal opportunities, non-discrimination.

1. Introducción

La regulación del empleo de las personas con discapacidad ha experimentado un crecimiento exponencial a lo largo de las últimas décadas. Ya sea desde una óptica internacional o europea, las instituciones han procurado integrar de manera progresiva a este colectivo, a fin y efecto de lograr una igualdad real de oportunidades. Claros ejemplos de manifestaciones normativas en este sentido han sido la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación o la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD), que se han encargado de implementar el denominado modelo social de la discapacidad. Este paradigma parte del reconocimiento de la existencia y ejercicio de los derechos básicos universales a las personas con discapacidad, y concibe la discapacidad como un fenómeno social¹, creado y modelado por la sociedad², rechazando así la existencia de limitaciones individuales³. De esta manera, los distintos fenómenos normativos que se han producido en los últimos años, y que han afectado directamente al ordenamiento jurídico español, persiguen la valoración de las circunstancias personales y de los entornos de participación social a fin de detectar y suprimir barreras que dificultan la integración de las personas con discapacidad.

Desde una perspectiva judicial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se ha hecho eco de la vocación integradora que proclama la Directiva 2000/78/CE y la CIDPD. Si bien es cierto que en un momento inicial la atención prestada por el TJUE a este colectivo fue prácticamente inexistente, la ratificación de la CIDPD por parte de la Unión Europea significó un cambio de enfoque significativo en la defensa y garantía de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito del Derecho de la Unión Europea. El exponente más claro lo hallamos en el asunto *HK Danmark*⁴. Este pronunciamiento, que fue pionero al asimilar la enfermedad

¹ Vid. F. VALDÉS DAL-RÉ, *El tratamiento por Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad: la Convención de Derechos*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2018, n. 1, p. 1.

² Vid. M.A. STEIN, *Disability Human Rights*, en *California Law Review*, 2007, vol. 95, n. 1, p. 86, que sostiene que el entorno social desempeña un papel crucial en la creación del concepto de discapacidad.

³ Tal y como señala F. VALDÉS DAL-RÉ, *Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos*, en F. VALDÉS DAL-RÉ (dir.), *Las relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, 2005, p. 372, «el problema principal [...] no reside en la persona del discapacitado, sino fuera de ella, en la sociedad, derivando de las estructuras, prácticas y comportamientos que impiden a determinadas personas hacer uso de sus capacidades».

⁴ STJUE 11 abril 2013, *HK Danmark*, en representación de *Jette Ring c. Dansk almennyttigt*

a la discapacidad a efectos de la aplicación de la Directiva 2000/78/CE, simbolizó un cambio de tendencia respecto a la interpretación del concepto de persona con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para las personas con discapacidad.

Desde ese momento, el TJUE ha abogado por expandir el concepto de persona con discapacidad, al amparo del art. 1 CIDPD, incluyendo por ejemplo la obesidad⁵, si bien también ha excluido otras situaciones más discutibles, como, por ejemplo, la de una trabajadora que no puede gestar hijos⁶. De forma más actual, también se han abordado temáticas estrechamente vinculadas al concepto de persona con discapacidad, tales como el requisito de larga duración exigido para la existencia de una discapacidad⁷, la delimitación de conceptos nacionales cercanos a la discapacidad⁸ o la aplicación de la protección por discapacidad a grupos homogéneos que comparten la existencia de una o varias circunstancias protegidas por la Directiva 2000/78/CE⁹, siendo España uno de los países más activos¹⁰.

Esta expansión simboliza el tránsito del modelo médico al paradigma social de tratamiento de la discapacidad en el plano jurídico, y tiene implicaciones en la configuración nacional de los distintos países que componen la Unión Europea. Y es en este punto en el que surge la hipótesis de este estudio, que se concreta en determinar si la implementación jurídica del modelo social de tratamiento de la discapacidad, reivindicada especialmente por el TJUE a través de sus pronunciamientos judiciales, ha sido asumida en el ordenamiento jurídico español.

Para ello, esta contribución efectuará una aproximación de carácter histórico, partiendo como punto de inicio de la constitución española

Boligselskab (C-335/11) y HK Danmark, en representación de Lone Skouboe Werge c. Dansk Arbejdsgiverforening, en representación de Pro Display A/S (C-337/11), asunto acumulados C-335/11 y C-337/11.

⁵ Cfr. STJUE 18 diciembre 2014, *Fag og Arbejde (FOA) c. Kommunernes Landsforening (KL)*, asunto C-354/13, y STJUE 18 enero 2018, *Carlos Enrique Ruiz Conejero c. Ferroservicios Auxiliares, S.A., y Ministerio Fiscal*, asunto C-270/16.

⁶ Vid. STJUE 18 marzo 2014, *Z c. A Government department y The Board of management of a community school*, asunto C-363/12.

⁷ Vid. STJUE 1º diciembre 2016, *Mohamed Daouidi c. Bootes Plus, S.L., y otros*, asunto C-395/15.

⁸ Vid. STJUE 11 septiembre 2019, *DW c. Nobel Plastiques Ibérica, S.A.*, asunto C-397/18.

⁹ Vid. STJUE 26 enero 2021, *VL c. Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie*, asunto C-16/19.

¹⁰ Los órganos judiciales españoles han planteado un total de 4 cuestiones prejudiciales, que derivaron en las siguientes sentencias: STJUE 11 julio 2006, *Sonia Chacón Navas c. Eures Colectividades SA*, asunto C-13/05; asunto *Daouidi*, cit.; asunto *Ruiz Conejero*, cit.; asunto *DW*, cit.

(1978). Y en este sentido, será examinada la evolución de dos instituciones que han sido especialmente significativas en la materialización del modelo social: el concepto de persona con discapacidad y la regulación de la obligación de realizar ajustes razonables, omitiendo a tal efecto el marco regulador de la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad¹¹. En consecuencia, la estructura de este estudio parte del examen del art. 49 de la Constitución Española (CE), y continúa analizando cronológicamente las normas más relevantes que han configurado el tratamiento de la discapacidad en el ámbito del empleo, que son la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI), la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU), la Ley 26/2011, de 1º de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el RDL 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPCD).

2. El art. 49 CE como punto de partida

La regulación constitucional del empleo de las personas con discapacidad fue un hito histórico, no sólo en el ordenamiento jurídico español, sino incluso a nivel europeo¹². Ciertamente, existieron normas preconstitucionales que procuraron una protección hacia este colectivo¹³,

¹¹ Un estudio en profundidad sobre esta cuestión puede hallarse en D. GUTIÉRREZ COLOMINAS, *La regulación española de la cuota de empleo de personas con discapacidad y medidas alternativas: reflexiones y propuestas de mejora a propósito de su compatibilidad con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, en *Documentación Laboral*, 2020, n. 120, pp. 41-58.

¹² España, junto a Portugal, fueron los dos países europeos pioneros en la inclusión de un precepto constitucional sobre esta materia, tal y como han señalado R. DE LORENZO GARCÍA, *Las personas con discapacidad en la Constitución Española y el constitucionalismo comparado*, en R. DE LORENZO GARCÍA, L.C. PÉREZ BUENO (dirs.), *Tratado sobre discapacidad*, Aranzadi, 2007, pp. 512 y 536-550, y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, *Un nuevo paso en la protección jurídica de las personas con discapacidad*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2008, n. 2, p. 1 (versión electrónica).

¹³ Véase, por ejemplo, la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, la Orden de 24 de junio de 1946 sobre despido de Caballeros mutilados o mutilados accidentales, la Orden de 31 de mayo de 1950 por la que se impone a las Empresas la obligación de reintegrar sus puestos de trabajo a los declarado de nuevo aptos para el mismo o el Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores minusválidos, por citar algunas de las más relevantes.

pero lo hicieron desde una óptica médica, que situaba a las personas con discapacidad no como sujetos de derechos o en aras de fomentar su inclusión, sino como receptores pasivos de ayuda médica.

En este contexto, las personas con discapacidad reivindicaban un mayor protagonismo social, y el texto constitucional recogió esta circunstancia en el art. 49 CE¹⁴. De esta manera, el citado precepto constituye el fundamento jurídico constitucional, inexistente hasta la fecha en nuestro país, de la política española de integración laboral de las personas con discapacidad.

El texto constitucional abrió así una nueva etapa histórica, en la que expandió la igualdad sustancial, predicada en el art. 9.2 CE, al empleo de las personas con discapacidad, a fin de garantizar el derecho al trabajo del art. 35.1 CE a este colectivo. Concretamente, el art. 49 CE constituyó un mandato integral de adopción de medidas específicas dirigidas «a superar la desventaja fáctica en la que se encuentran las personas con discapacidad en sociedad, compensando la desigualdad de oportunidades y posibilidades»¹⁵, entre otros¹⁶. A través de un precepto que concentra sus esfuerzos en favor de este colectivo, se obligó a los poderes públicos a «realizar una política de [...] integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos». De esta manera, se convirtió en «una imposición específica del principio constitucional de igualdad que se ha venido articulando a través de un catálogo muy amplio y variado de medidas de fomento y estímulo»¹⁷, aunque debe destacarse el marcado carácter asistencial de su configuración¹⁸.

¹⁴ Sobre esta cuestión, R. DE LORENZO GARCÍA, *Los contornos del Derecho de la Discapacidad*, en L.C. PÉREZ BUENO (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 94, señala que el texto constitucional deseó que determinados sectores de la sociedad española se vieran protagonistas directos de la Constitución, y a la vez, se pretendió expresar el modelo de sociedad democráticamente avanzada y de Estado de Derecho que garantizara un orden económico y social justo del que habla el preámbulo constitucional.

¹⁵ Vid. C. NUÑEZ GONZÁLEZ, *La integración laboral de las personas con discapacidad: régimen jurídico*, Escuela Libre, 2000, p. 40. En este mismo sentido, véase también M. AZNAR LÓPEZ, E. NIÑO RÁEZ, F.C. SAINZ DE ROBLES, P. AZÚA BERRA, *Integración social de los minusválidos: comentarios a la ley 13/1982, de 7 de abril*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1982, p. 24.

¹⁶ En efecto, el alcance del art. 49 CE incluye una visión integral que alcanza a la previsión, el tratamiento, la rehabilitación y la integración de las personas con discapacidad, tal y como ha señalado R. DE LORENZO GARCÍA, *Las personas con discapacidad en la Constitución Española y el constitucionalismo comparado*, cit., p. 515.

¹⁷ Véase M.M. RUIZ CASTILLO, *Igualdad y no discriminación: la proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Bomarzo, 2010, p. 85.

¹⁸ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El empleo de las personas con minusvalía*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1999, n. 1, p. 5 (versión electrónica), que critica

Sin embargo, el art. 49 CE planteó un problema clave de eficacia, ya no sólo por su alineación con el paradigma médico de tratamiento¹⁹, sino debido a su ubicación en el texto constitucional. En efecto, su exclusión del Capítulo II, caracterizada como voluntarista por la doctrina²⁰, convirtió a este mandato constitucional en una mera guía interpretativa *ex* art. 53.3 CE, que «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». Es cierto que la protección constitucional de los derechos de las personas con discapacidad no se limita única y exclusivamente al contenido del art. 49 CE, lo que ha llevado a algún autor a sostener su voluntad reforzadora en el marco de la actuación de los poderes públicos²¹, pero la colocación de un mandato clave para la inserción laboral de este colectivo como es el art. 49 CE, separado del Capítulo II CE, simbolizó una apuesta poco inclusiva o limitada desde un punto de vista práctico²². Así pues, nos encontramos ante un principio rector de eficacia limitada, aunque con aspiraciones normalizadoras.

En conclusión, el legislador constitucional mostró una inclinación por establecer un fundamento constitucional que significase un cambio radical respecto al planteamiento adoptado hasta la fecha en materia de inclusión laboral de las personas con discapacidad. Situó a los poderes públicos como garantes de los derechos de este colectivo y les obliga a adoptar políticas integradoras, hecho este que ha sido interpretado por algunos sectores de la doctrina científica como una declaración de intenciones a propósito de la implementación de medidas de acción positiva²³, e incluso como manifestación embrionaria del modelo social²⁴.

la apuesta por un modelo paternalista y la lejanía respecto a tendencias antidiscriminatorias incipientes, en aquel momento, a nivel europeo.

¹⁹ Vid. A.L. MARTÍNEZ-PUJALTE, *Derechos fundamentales y discapacidad*, Cinca, 2015, p. 17.

²⁰ Vid. R. DE LORENZO GARCÍA, *Los contornos del Derecho de la Discapacidad*, cit., p. 94.

²¹ Así lo señala J. PÉREZ PÉREZ, *Contratación laboral de personas con discapacidad: incentivos y cuotas de reserva*, Lex Nova, 2015, p. 150.

²² Vid. E. DE LA VILLA, J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, *Derecho al trabajo de las personas con minusvalía*, Ministerio de Asuntos Sociales, 1991, p. 11 *in fine*.

²³ Vid. R. DE ASIS ROIG, I. CAMPOY CERVERA, M.A. BENGOCHEA GIL, *Derecho a la igualdad y a la diferencia: análisis de los principios de no discriminación, diversidad y acción positiva*, en R. DE LORENZO GARCÍA, L.C. PÉREZ BUENO (dirs.), *op. cit.*, pp. 119-132.

²⁴ Véase B. QUINTANILLA NAVARRO, *Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad*, en F. VALDÉS DAL-RÉ (dir.), *op. cit.*, p. 222, que señala que en el art. 49 CE se pueden entrever los dos modelos de tratamiento de la discapacidad, «por un lado aquella concepción individualista que se apoyaba en una calificación médico-sanitaria, y por otro, la concepción social que pone el énfasis en la responsabilidad social sobre los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad y la libertad reales».

3. La configuración del empleo de las personas con discapacidad en la etapa postconstitucional: la LISMI

Tras la aprobación de la CE, el legislador instrumentó distintas normas reguladoras del empleo de las personas con discapacidad. La más significativa fue la LISMI, si bien no fue la única²⁵.

La LISMI nació con la pretensión de desarrollar normativamente el art. 49 CE, y se convirtió en la norma de referencia en materia de integración de las personas con discapacidad, «agrupando las distintas medidas en razón de una circunstancia subjetiva del beneficiario y no por su naturaleza»²⁶. Si bien ha sido calificada como una norma excesivamente paternalista²⁷, la voluntad de integrar la regulación de distintos aspectos perseguía la creación de un marco jurídico sólido y unitario que garantizase la integración social, y no sólo la inserción laboral, de las personas con discapacidad.

En líneas generales, la LISMI pareció asumir un enfoque muy próximo al modelo social de tratamiento de la discapacidad, especialmente por la multitud de aspectos abordados, pero la definición de discapacidad que ofreció y su contenido, como veremos a continuación, alejan al texto de este modelo de tratamiento, pudiendo afirmarse, pues, una mayor proximidad al modelo rehabilitador²⁸. Sin embargo, se ha de destacar la clara

²⁵ Entre las más destacadas encontramos el RD 1451/1983, que contempla el desarrollo reglamentario de la LISMI en materia de incentivos y empleo selectivo; el RD 383/1984, de 1º de febrero, por el que se establece y regula el sistema especial de prestaciones sociales y económicas previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos; el Orden de 8 de marzo de 1984 por la que se establece el baremo para la determinación del grado de minusvalía y la valoración de diferentes situaciones exigidas para tener derecho a las prestaciones y subsidios previstos en el RD 383/1984, de 1º de febrero, que se encuadran específicamente en el ámbito prestacional de la Seguridad Social; y el RD 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo, que se encarga de regular aspectos sobre el empleo protegido de este colectivo.

²⁶ Así lo constata S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Las medidas de protección de los minusválidos: caracteres generales y calificación*, en *Temas Laborales*, 1986, n. 7, p. 52, que señala, a su vez, que la pretensión globalizadora de la LISMI es la manifestación del compromiso asumido por los poderes públicos ex art. 49 CE. En este mismo sentido, véase también V. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, *Las políticas de empleo orientadas a personas con discapacidad: ¿Evolución o retroceso?*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2012, n. 101, p. 78.

²⁷ Vid. R. DE LORENZO GARCÍA, A. PALACIOS, *Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional*, en J. LAORDEN (dir.), *Los Derechos de las personas con discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial, 2007, vol. 1, p. 76, que constatan el marcado carácter prestacional de la LISMI, que persigue «la facilitación de medios e instrumentos a personas con discapacidad para hacer frente a las dificultades derivadas de la discapacidad».

²⁸ Vid. A. PALACIOS RIZZO, L. PÉREZ BUENO, *La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española*, en L.C. PÉREZ BUENO (dir.), *op. cit.*, p. 149, que señala

voluntad de aproximarse al paradigma social, especialmente si tenemos en cuenta el escenario normativo internacional vigente en aquel momento²⁹, toda vez que instrumentó, además de la cuota de reserva de empleo, distintas ayudas destinadas a la adaptación del puesto de trabajo.

El contenido de la LISMI optó por una regulación parcelada, a fin de lograr una integración plena y efectiva de las personas con discapacidad en la sociedad³⁰. Así pues, el diagnóstico y valoración de la discapacidad, el sistema de prestaciones sociales y económicas o la educación son algunos de los ámbitos en los que el legislador quiso prestar especial atención. Sin embargo, la integración laboral se basó en la recuperación profesional de este colectivo³¹, y este aspecto originó ciertas contradicciones con la plena inclusión en la sociedad, ya que mantuvo el paradigma médico de tratamiento de la discapacidad.

Una novedad que merece especial atención fue la regulación legal del concepto de persona con discapacidad. El art. 7.1 LISMI lo definió como aquella persona «cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales». Como puede observarse, esta caracterización se aproximaba tímidamente al modelo social de tratamiento de la discapacidad, ya que introdujo la afectación a las posibilidades de integración educativa, laboral o social como elemento central, evitando así referencias excesivamente restrictivas³², o a deficiencias congénitas o sobrevenidas³³.

A propósito de la integración laboral, el enfoque legal asumido fue especialmente integrador ya que el art. 37 LISMI distinguió por primera vez

que esta circunstancia se halla vinculada al momento en el que nació la norma.

²⁹ En el año 1982, el estándar normativo sobre el tratamiento de la discapacidad a nivel internacional era la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías, cuya característica principal fue su aproximación a la discapacidad desde la perspectiva médica, bajo el pretexto de curar a las personas con discapacidad, y con un enfoque claramente negativo de las capacidades de este colectivo, tal y como se detalló en profundidad en el § 2.2.1 de este estudio. Así, queda patente el carácter vanguardista de la LISMI, manifestado en la introducción de medidas inclusivas de tratamiento de la discapacidad, que hizo un esfuerzo por acercarse al modelo social cuando la tendencia que imperaba era la del modelo médico y de rehabilitación. En este sentido, véase *idem*.

³⁰ Tal y como apunta R. ESTEBAN LEGARRETA, *Una perspectiva histórica de la intervención de los poderes públicos en favor del empleo de las personas con discapacidad*, en *Documentación Laboral*, 2001, n. 64, pp. 127-128, el legislador introduce una intervención en distintos ámbitos en aras de apostar por la normalización de este colectivo.

³¹ Véase arts. 32-36 LISMI.

³² Véase S. GONZÁLEZ ORTEGA, *op. cit.*, p. 53 *in fine*.

³³ *Vid.* R. ESTEBAN LEGARRETA, *Contrato de trabajo y discapacidad*, *Ibidem*, 1999, p. 47.

entre empleo ordinario y protegido³⁴, y priorizó la integración laboral de las personas con discapacidad en el medio ordinario. La prestación de servicios en centros especiales de empleo se reservó a aquellas personas que «por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías no puedan, provisional o definitivamente, ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales»³⁵. Este planteamiento fue claramente tributario del paradigma social de tratamiento de la discapacidad, y supuso una gran aportación para el empleo de este colectivo, que ha perdurado a lo largo de los años hasta la aprobación del RDL 1/2013.

De forma más concreta, el legislador recuperó la cuota de reserva de empleo para personas con discapacidad³⁶ (art. 38.1 LISMI), e incluyó la concesión de distintas ayudas dirigidas a la adaptación del puesto de trabajo (art. 38.4 LISMI). Sin embargo, la eficacia de ambas medidas fue especialmente discutida, pese a que, sobre el papel, eran especialmente vanguardistas en el escenario europeo³⁷. En efecto, el cumplimiento de la reserva de cuota fue muy reducido, debido principalmente a la escasa acción administrativa para aplicar las sanciones por su incumplimiento³⁸, y a la ausencia de un desarrollo reglamentario³⁹. A esta circunstancia debe sumarse un primer acto de presencia de la adaptación del puesto de trabajo, a través del art. 38.4 LISMI, cuya importancia pasó prácticamente desapercibida como consecuencia de su falta de caracterización. Así, la inserción laboral de las personas con discapacidad pivotó exclusivamente sobre la cuota de reserva de empleo y la previsión de incentivos, sin prestar especial importancia a otras medidas como la adaptación del puesto de trabajo.

³⁴ Vid. P. TUSET DEL PINO, *La contratación de trabajadores minusválidos*, Aranzadi, 2000, p. 96.

³⁵ Véase art. 41 LISMI.

³⁶ Esta medida de acción positiva directa se introdujo por primera vez en el ordenamiento jurídico español mediante el art. 11 del Decreto 2531/1970, pero la aprobación del RD 1327/1981 de 19 de junio, sobre programa de empleo para trabajadores *minusválidos*, derogó *de facto* el Decreto 2531/1970. Ello supuso que durante el periodo que transcurrió entre la entrada en vigor del RD 1327/1981 de 19 de junio, sobre programa de empleo para trabajadores *minusválidos* y de la LISMI, la reserva de cuota no era exigible en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, su configuración fue poco precisa y afectó a su exigencia. En este sentido, J. PÉREZ PÉREZ, *op. cit.*, pp. 155-156, señaló que la falta de claridad impedía determinar con seguridad qué personas podían incluirse a efectos de dar por cumplida la reserva de cuota.

³⁷ Así lo indica J. PÉREZ PÉREZ, *op. cit.*, pp. 370-371.

³⁸ *Ibidem*, pp. 371-372.

³⁹ Vid. R. ESTEBAN LEGARRETA, *La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad (1997-2000)*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2001, n. 1.

4. La creciente importancia de la igualdad de oportunidades y no discriminación como primera manifestación del modelo social de tratamiento de la discapacidad: la LIONDAU

Tras el fracaso de la LISMI en su puesta en práctica, la regulación del empleo de las personas con discapacidad asumió un nuevo enfoque basado en la igualdad de oportunidades y no discriminación, que era coincidente con la visión propugnada por la Directiva 2000/78/CE⁴⁰. La normalización se instituyó como la apuesta generalizada del legislador, evitando en la medida de lo posible intervenciones segregadoras de los poderes públicos, y otorgando una mayor importancia a la adaptación del entorno como medida para favorecer el ejercicio de los derechos de este colectivo. Claros exponentes normativos de esta tendencia los hallamos en la LIONDAU y la posterior transposición de la Directiva 2000/78/CE, efectuada mediante la Ley 62/2003. Estas dos normas actuaron a modo de antesala a la CIDPD que simbolizó la irrupción del modelo social, cuya implementación a nivel español se llevó a cabo formalmente mediante la Ley 26/2011.

Entrando a examinar la LIONDAU, esta se gestó como una norma que pretendía complementar la LISMI⁴¹. La finalidad de la norma era actualizar el marco jurídico de tratamiento de este colectivo, y para ello, plasmó una visión fundamentada en el modelo social de tratamiento de la discapacidad⁴², en la que asumieron una gran importancia la valoración de los obstáculos sociales y condiciones limitativas inherentes en la propia sociedad bajo el patrón de la persona media o ciudadano normal. De esta manera, el legislador introdujo nuevas estrategias de intervención que

⁴⁰ Para un estudio en profundidad sobre las implicaciones de la Directiva 2000/78/CE, véase el § 2.1 de D. GUTIÉRREZ COLOMINAS, *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el Derecho comparado y el Derecho español*, Bomarzo, 2019, pp. 55-79.

⁴¹ La exposición de motivos de la LIONDAU lo señala expresamente, al indicar que: «Transcurridos más de veinte años desde la promulgación de la Ley de Integración Social de los Minusválidos, sin poner en cuestión su vigencia, se considera necesario promulgar otra norma legal, que la complemente y que sirva de renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad». En este mismo sentido, R. DE LORENZO GARCÍA, *Los contornos del Derecho de la Discapacidad*, cit., p. 107 señala que esta ley no deja de ser una nueva formulación de diversos aspectos regulados ya en la LISMI.

⁴² Según A. PALACIOS RIZZO, L. PÉREZ BUENO, *op. cit.*, pp. 148 y 156, se trata de la norma paradigmática del modelo social de tratamiento de la discapacidad. En esta misma línea, véase también V. CORDERO GORDILLO, *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, 2011, p. 58; A.L. MARTÍNEZ-PUJALTE, *Los principios básicos del nuevo Derecho español de la discapacidad a la luz de la LIONDAU*, en L.C. PÉREZ BUENO (dir.), *op. cit.*, pp. 246-249, que añade que la LIONDAU fue la norma de cabecera de todo el Derecho español de la discapacidad.

enfaticaban la importancia de las condiciones personales y los elementos contextuales o ambientales⁴³, que significaron una clara manifestación de la implementación del modelo social en el ordenamiento jurídico español⁴⁴. Y este hecho tuvo una indudable trascendencia constitucional, ya que amplió la cobertura ofrecida por el art. 49 CE y otorgó un cierto protagonismo a los arts. 9.2, 10 y 14 CE en la discriminación por razón de discapacidad. La estructura de la LIONDAU reflejó una evolución destacada en el tratamiento normativo de la integración de las personas con discapacidad, que puede resumirse mediante dos rasgos claves. En primer lugar, se observa una vocación de implementación efectiva de la normalización social de este colectivo, y se recurre para ello a la plasmación de medidas tanto sustantivas (capítulo II), como procesales (capítulo III). Este enfoque evidencia la pretensión del Gobierno de intentar evitar los defectos que presentó la LISMI en su ejecución, superando así la ausencia de mecanismos de exigencia de dicha norma⁴⁵. En segundo lugar, debe destacarse de la LIONDAU su aproximación transversal desde el punto de

⁴³ En este sentido, véase R. DE LORENZO GARCÍA, *Las personas con discapacidad en la Constitución Española y el constitucionalismo comparado*, cit., p. 533, que señala cómo «En claro contraste con la LISMI, de marcado carácter prestacional, la LIONDAU va mucho más lejos y ya no persigue la solución de los problemas personales de la persona con discapacidad (siguiendo el modelo médico/rehabilitador histórico) sino que actúa directamente sobre los obstáculos y dificultades, es decir, contra el entorno (modelo social) por considerar que es la sociedad la que tiene que generar las condiciones generales para todos».

⁴⁴ Vid. B. QUINTANILLA NAVARRO, *Discapacidad y discriminación: de la igualdad de trato a la accesibilidad universal*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2006, n. 1, p. 12 (versión electrónica), que sostiene la pretensión normativa de introducir un planteamiento renovado respecto de la LISMI, «dando cabida a una concepción social de la discapacidad que supera el enfoque meramente médico-sanitario». En sentido contrario, véase M.M. RUIZ CASTILLO, *op. cit.*, p. 95, que sostiene que el modelo social se sustituye por un modelo focalizado en la discriminación en sí. Concretamente señala que «La relegación de ese modelo social de la discapacidad, por otro que pone el acento en la discriminación en sí y no en las limitaciones individuales del discapacitado, tendrá unas consecuencias verdaderamente importantes en los que se refiere al derecho a la igualdad».

⁴⁵ Vid. M.M. RUIZ CASTILLO, *op. cit.*, p. 84, que constata aquellos aspectos que solventó la LIONDAU, señalando, a título de ejemplo, el establecimiento de una definición de discapacidad y su acreditación válida para todo el territorio nacional. No obstante, esta misma autora constata la eficacia diferida de la LIONDAU, ex Disposición Final 3ª LIONDAU, que dificultó la eficacia de esta norma. En esta misma dirección, véase también R. DE LORENZO GARCÍA, M.A. CABRA DE LUNA, *Análisis de la nueva legislación sobre no discriminación, acción positiva y accesibilidad universal*, en R. DE LORENZO GARCÍA, L.C. PÉREZ BUENO (dirs.), *op. cit.*, pp. 674-678, y R. ESTEBAN LEGARRETA, *El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad*, en *Trabajo y Derecho*, 2017, n. extra. 6, pp. 16-18 (versión electrónica).

vista de su ámbito de aplicación. Esta norma pretendió establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los arts. 9.2, 10, 14 y 49 CE. De manera coherente con la generalidad de esta pretensión, el legislador optó por la transversalidad, regulando así distintos ámbitos al amparo del art. 3 LIONDAU. A título de ejemplo, se incluyeron ámbitos tan diversos como las telecomunicaciones, los transportes, la administración de justicia o el patrimonio cultural, entre otros. Esta circunstancia nos lleva a afirmar que no estamos ante una norma de naturaleza estrictamente laboral⁴⁶, dada la supletoriedad establecida en el art. 3 LIONDAU, sino un texto normativo que pretendió regular el ejercicio del derecho a la no discriminación e igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad esencialmente en el ámbito del acceso a los bienes y servicios públicos, circunstancia especialmente novedosa en el ordenamiento jurídico español⁴⁷. Así, nos encontramos ante otra evidencia más de la influencia del modelo social en esta norma, que pretendió erradicar la discriminación hacia este colectivo, reforzando su participación en ámbitos claves de la vida.

Respecto a su contenido, la LIONDAU destacó por introducir distintas innovaciones normativas de interés que han marcado el enfoque del tratamiento de la integración de las personas con discapacidad hasta la actualidad. En primer lugar, diferenció entre medidas contra la discriminación (art. 6.1 LIONDAU) y mecanismos de acción positiva (art. 8 LIONDAU). Cada una de ellas simbolizó una apuesta muy distinta en la integración de este colectivo. En efecto, el legislador plasmó una política de actuación a dos velocidades: una más urgente, inmediata, definida y de contenido obligatorio, categorizada bajo la denominación “medidas contra la discriminación”, y otra más abstracta, de marcado carácter social, que pretende eliminar los obstáculos para lograr una implementación plena y efectiva a largo plazo del modelo social de tratamiento de la discapacidad, indicada bajo la expresión “medidas de acción positiva”. A esta distinción

⁴⁶ Las medidas o mecanismos de igualdad de oportunidades y no discriminación por razón de discapacidad en el ámbito laboral serán introducidas posteriormente en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, aunque debe señalarse que el art. 3 LIONDAU establece su aplicación supletoria, mención que debe relacionarse en un momento inicial a la LISMI, hasta la entrada en vigor de la Ley 62/2003.

⁴⁷ Así lo constata M.J. HERNÁNDEZ VITORIA, *Una lectura de la Ley 51/03 desde las aportaciones del ordenamiento comunitario en materia de derechos fundamentales y del principio de discriminación*, en J.C. ITURRI GARATE (dir.), *La protección jurídica civil, penal, administrativa y social de la persona con discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 30, que destaca la superioridad de la proyección de esta norma respecto de otros textos normativos que se han ocupado de la accesibilidad de las personas con discapacidad.

se suma la incorporación por primera vez de la obligación de realizar ajustes razonables en distintos ámbitos, que van más allá del empleo (art. 3 en relación con el art. 7 LIONDAU), y preparó así el escenario normativo para implementar esta obligación extramuros del ámbito objetivo de la Directiva 2000/78/CE. Tal obligación exige la adecuación de los entornos, salvo supuestos que constituyan carga desproporcionada, a fin de garantizar la participación en igualdad de condiciones, y su incumplimiento fue caracterizado como una conducta discriminatoria *ex* arts. 4 y 7 LIONDAU. Sin embargo, la falta de claridad normativa en sus elementos, como por ejemplo el significado de adaptación social o actitudinal o de razonabilidad, la no previsión de sanciones en el marco de la LIONDAU que se suman al carácter novedoso de esta institución y la ausencia de precedentes, empañaron la eficacia de este deber empresarial, que resultó ser una mera declaración de intenciones sin eficacia real.

5. El impacto de la CIDPD en el ordenamiento jurídico español: la Ley 26/2011

Tras la transposición de la Directiva 2000/78/CE, el siguiente hito normativo en la evolución española del tratamiento normativo de la discapacidad fue la incorporación de la CIDPD al ordenamiento jurídico español. España fue de los primeros países que la ratificó, iniciando su vigencia el 3 de mayo de 2008. A partir de tal fecha, la CIDPD se integró en el ordenamiento jurídico español, de conformidad con el art. 96.1 CE, y se requirió la adaptación de diversas normas para hacer efectivos los derechos que recoge la CIDPD.

Para ello, se dictó la Ley 26/2011, que viene a continuar la implementación del modelo social en el ordenamiento jurídico español⁴⁸, ya iniciada mediante la LIONDAU. De forma particular, esta norma introduce una especial sensibilidad en la salvaguarda de los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, no se materializaron grandes cambios, así como tampoco modificó el paradigma imperante en el ordenamiento jurídico español, sino que se limitó únicamente a actualizar distintas disposiciones en aras de dar cumplimiento al art. 4 CIDPD. En este sentido, se

⁴⁸ En esta misma línea, véase L.C. PÉREZ BUENO, *La Recepción de la Convención de la ONU en el Ordenamiento Jurídico Español: Ajustes necesarios*, en L.C. PÉREZ BUENO (dir.), *op. cit.*, p. 322, que señala que «de algún modo, los valores, principios, conceptos y obligaciones que lleva consigo la Convención, ya forman parte, a grandes rasgos, de nuestro ordenamiento jurídico, son Derecho Positivo».

modificaron un total de diecinueve normas de ámbitos muy diversos⁴⁹. De todas ellas, los cambios que merecen una especial atención a los efectos del presente estudio son los que afectaron a la LIONDAU, que fueron, con diferencia, los que asumieron una mayor extensión en el marco de la Ley 26/2011.

En líneas generales, las modificaciones más importantes que afectaron a la LIONDAU se hallan concretadas en el art. 1 de la Ley 26/2011 e implicaron la ampliación del significado del principio de igualdad de oportunidades (art. 1.1, Ley 26/2011), del concepto de persona con discapacidad (art. 1.2, Ley 26/2011), y la inversión de la carga de la prueba en aquellos supuestos en los que existan indicios fundados de discriminación por razón de discapacidad (art. 1.9, Ley 26/2011). El primero de ellos se centra en el concepto de discriminación por razón de discapacidad, y concreta la dimensión relativa a la ausencia de discriminación, de tal manera que la ausencia de discriminación incluye ineludiblemente la distinción, exclusión o restricción en el disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad. A esta expansión del concepto de discriminación por razón de discapacidad se suma la ampliación del concepto de persona con discapacidad y la aplicación de las medidas de defensa, arbitraje y judiciales de forma independiente al reconocimiento oficial de la condición de persona con discapacidad y/o su transitoriedad (art. 1.2 LIONDAU). Sobre esta cuestión, destaca especialmente la incorporación de la afectación de elementos contextuales a la conceptualización de este colectivo, que se añadió a la caracterización médica clásica basada en el reconocimiento de un grado igual o superior al 33% de discapacidad. Por último, el art. 1.9 de la Ley 26/2011 modificó la redacción del art. 20.1 LIONDAU, incrementando la protección procesal

⁴⁹ Como muestra del amplio alcance, se introducen cambios en la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas; la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida o la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil, entre otras. De hecho, la tarea de adaptación normativa la CIDPD ha sido especialmente intensa, incluso tras la aprobación de la Ley 26/2011, ya que, como señala R. DE LORENZO GARCÍA, *Panorámica del impacto de la Convención en los derechos de las personas con discapacidad en España*, en *Anales de Derecho y Discapacidad*, 2016, n. 1, p. 146, el número de normas adoptadas desde la ratificación de la CIDPD hasta 2016 asciende a un total de 42 leyes, 75 reales decretos y 14 órdenes ministeriales, sin perjuicio de las adaptaciones normativas efectuadas a nivel autonómico. La modificación de un número elevado de normas como exigencia para adaptar el ordenamiento jurídico español a la CIDPD pone de relieve la inexistencia de un sistema jurídico de la discapacidad y el contraste frente a una Convención que es un tratado amplio e integral, tal y como indicó L.C. PÉREZ BUENO, *op. cit.*, p. 322.

en supuestos de discriminación por razón de discapacidad. Entre los distintos cambios que se implementaron destaca la sustitución de la expresión «graves indicios de discriminación directa e indirecta por razón de discapacidad» por «indicios fundados de discriminación por razón de discapacidad». La eliminación de la exigencia del carácter grave fue una clara muestra del compromiso del legislador con la voluntad de la CIDPD, permitiendo así que cualquier comportamiento discriminatorio por razón de discapacidad invierta la carga de la prueba. Otro aspecto que no puede pasar inadvertido es el cambio hacia una expresión genérica de discriminación por razón de discapacidad, eliminando así su aplicación únicamente a discriminaciones directas e indirectas. Esta cuestión ha sido sumamente importante respecto a la inversión de la carga de la prueba en supuestos de denegación de ajustes razonables en el empleo. Hasta la fecha, la plasmación de la inversión de la carga de la prueba únicamente en supuestos de discriminación directa e indirecta planteaba dudas sobre si operaba este mecanismo en supuestos de denegación de ajustes razonables en el empleo, más aún si tenemos en cuenta el silencio normativo respecto a su calificación como discriminación indirecta o indirecta. De esta manera, el legislador ha ofrecido una solución que casa perfectamente con el planteamiento integrador de la CIDPD, ampliando el ámbito de aplicación de la inversión de la carga de la prueba a este tipo de situaciones.

6. El RDL 1/2013 como manifestación jurídica más reciente del modelo social de discapacidad

Tras un largo periodo de dispersión normativa en materia de integración de personas con discapacidad, el legislador optó por refundir en 2013 las principales normas en materia de discapacidad en un solo texto⁵⁰. El resultado fue la LGDPCD, un texto de naturaleza armonizadora, pero influido notablemente por la CIDPD⁵¹. Así, la vocación transversal y el esquema normativo basado en derechos son dos características propias de

⁵⁰ Concretamente, refundió la LISMI, la LIONDAU y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

⁵¹ Vid. R. DE LORENZO GARCÍA, *Panorámica del impacto de la Convención en los derechos de las personas con discapacidad en España*, cit., p. 146; M. ROMEO DELGADO ET AL., *De la Ley de Integración Social de Minusválidos a la Ley General de Discapacidad: retos y oportunidades*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2016, n. 397, p. 95; R. ESTEBAN LEGARRETA, *El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad*, cit., p. 17.

la LGDPCD, que persigue incrementar la efectividad de los derechos del citado instrumento internacional, aunque también introduce algunos matices que la apartan de sus principios⁵².

A propósito de su contenido, mención especial merece la configuración del concepto de persona con discapacidad plasmada en la LGDPCD. Las definiciones incluidas sobre esta materia en las leyes refundidas (LISMI y LIONDAU) plantearon una situación de difícil solución, pues las definiciones eran, como ya hemos visto, muy distintas. El art. 4 LGDPCD conceptualiza a las personas con discapacidad desde una doble perspectiva: a) una más próxima al modelo social⁵³, caracterizada como «aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás», y b) otra que es más cercana al modelo médico, pues otorga la consideración de personas con discapacidad a aquellas personas «a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento», incluyendo expresamente dentro de esta categoría a «los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

Como puede observarse, el legislador opta por incorporar ambas definiciones en la LGDPCD, introduciendo algunos matices no menores⁵⁴, aproximándose más al concepto social de la LIONDAU que al médico de la LISMI. Su prevalencia se deduce de la distinción que realiza el legislador en el marco del art. 4 LGDPCD, dado que se opta por separar ambas definiciones en dos apartados distintos, situándose en primer lugar el concepto de persona con discapacidad más cercano al modelo social. Así,

⁵² El ejemplo más claro lo hallamos en el principio de preferencia del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario, que fue apuntado por R. ESTEBAN LEGARRETA, *Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de ley de derechos de las personas con discapacidad*, en *Temas Laborales*, 2014, n. 127, pp. 70-75.

⁵³ Así lo señalan J.L. GONI SEÍN, B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Aranzadi, 2015, p. 49; R. ESTEBAN LEGARRETA, *Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de ley de derechos de las personas con discapacidad*, cit., p. 69; R. DE ASIS ROIG, *Unas primeras reflexiones sobre la Ley general de derechos de las personas con discapacidad*, *Papeles el tiempo de los derechos*, 2013, n. 12, p. 4.

⁵⁴ Tal y como señala J. PÉREZ PÉREZ, *op. cit.*, pp. 168-169, la LGDPCD elimina la precisión del origen médico de las deficiencias que aparecía en la LIONDAU y modifica la expresión «puedan impedir» por «limiten o impidan» en relación con las barreras y la participación de las personas con discapacidad, entre otros cambios.

la referencia al paradigma médico aparece como accesorio, a efectos de mantener incluidas explícitamente la definición que históricamente ha caracterizado a las personas con discapacidad, e iniciar la transición hacia un concepto de discapacidad plenamente social.

Llegados a este punto, conviene detenerse en una modificación que introduce la LGDPCD a propósito de la necesaria nota temporal que deben presentar las deficiencias para ser consideradas una discapacidad. El art. 4.1 LGDPCD sustituye la expresión “a largo plazo”, que es originaria de la CIDPD, por otra de carácter más limitativo, a saber «previsiblemente permanentes». Este cambio, no justificado ni referido en el preámbulo, modifica sensiblemente el concepto de persona con discapacidad. En efecto, nos encontramos ante un cambio normativo que exige una mayor carga probatoria para su existencia, ya que el significado de “larga duración” no implica un carácter permanente, connotación inherente *prima facie* en “previsiblemente permanentes”. La introducción de una expresión distinta, como es “previsiblemente permanentes”, suscita la necesidad de demostrar el carácter permanente de la deficiencia, cuestión esta sobre la que la CIDPD no se pronunciaba, dejando así un margen considerable a los tribunales de los Estados Parte y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para su interpretación.

Tal circunstancia evidencia, en mi opinión, que el legislador modificó, con carácter limitador y *ultra vires*, el concepto de discapacidad, dado que precisa la expresión “larga duración” y plasma un obstáculo que puede dificultar su aplicación como expresión del paradigma social de tratamiento de la discapacidad. En términos de aplicación práctica, este cambio normativo restringe el reconocimiento de ciertas patologías como discapacidad, especialmente de aquellas que se manifiestan de forma episódica y cuya determinación como permanentes es incierta⁵⁵. En este sentido, la expresión “larga duración” ofrece la posibilidad de considerarlas como discapacidad si los efectos se manifiestan durante un largo tiempo, circunstancia esta vedada en el caso de la expresión “previsiblemente permanentes”, que exigiría un carácter definitivo o una cierta constancia en la manifestación de la patología que en ocasiones no se produce periódicamente.

Paralelamente, la expresión “previsiblemente permanentes” plantea serias dudas de compatibilidad con el Derecho de la UE, a la luz de la

⁵⁵ Algunos ejemplos de estas situaciones se pueden hallar en pacientes con enfermedades raras, como por ejemplo el trastorno de asperger, el síndrome de Dravet, síndrome de Sjögren, entre muchas otras. Para un examen más en profundidad sobre la protección laboral de este tipo de enfermedades, véase S. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *La regulación jurídica de las enfermedades crónicas en el ámbito laboral*, La Ley, 2020.

interpretación del concepto “larga duración” efectuada en el citado asunto *Daouidi*. Los problemas surgen, esencialmente, del examen del punto 56 de ese mismo asunto y del punto 47 de las conclusiones de 26 de mayo de 2016. Una lectura integradora de ambos apartados exige tomar en consideración que «la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo, [...] que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona»⁵⁶ o «persistir más allá del tiempo medio necesario para curar una herida como la que sufre»⁵⁷. Como puede observarse, la expresión “previsiblemente permanentes”, y especialmente la inclusión de la palabra “permanentes”, dificulta una aplicación acorde con el Derecho de la UE, básicamente porque no abarca la prolongación significativa de la incapacidad antes del restablecimiento dentro del concepto de persona con discapacidad. En otras palabras, el legislador español exige, a la luz de la nueva definición de persona con discapacidad, un plus añadido que limita la amplitud y flexibilidad propia de la expresión “larga duración”, reduciendo así el número de situaciones que podría beneficiarse de las medidas de protección contra la discriminación destinadas a este colectivo.

En otro orden de cosas, la LGDPCD mantiene la estructura de los ajustes razonables como medida de lucha contra la discriminación por razón de discapacidad. Su definición, en el ámbito del art. 2.^m LGDPCD se complementa con el mantenimiento de la estructura dual de la aplicación en distintos ámbitos de la mencionada obligación. En particular, el art. 40 LGDPCD instrumenta dicha obligación en el ámbito laboral, que anteriormente se hallaba regulada en la LISMI, y el art. 66.1 LGDPCD prevé la obligación con carácter general, incorporada en la LIONDAU. Destaca positivamente la clara voluntad de penalizar el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en todos sus ámbitos, ya que el art. 63 LGDPCD contempla explícitamente su infracción como vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades y se prevé, en los arts. 80-88 LGDPCD, un régimen de infracciones, a tipificar por el legislador autonómico, cuyas sanciones pueden oscilar entre 301 y 1.000.000 euros.

⁵⁶ Véase el punto 56 del asunto *Daouidi*, cit.

⁵⁷ Véase el punto 47 de las conclusiones de la Abogado General SR. Yves Bot presentadas el 26 de mayo de 2016, en el asunto *Daouidi*, cit.

7. Conclusiones

El binomio empleo y discapacidad ha experimentado distintas etapas, en las que se aprecia una evolución normativa que pivota sobre la inclusión de las personas con discapacidad. Tal evolución se ha producido de forma paralela al cambio de modelos de tratamiento, desplazando el paradigma médico y cobrando cada vez mayor importancia el modelo social de tratamiento de la discapacidad, cuya manifestación más actual es el denominado modelo de derechos humanos.

Desde un punto de vista jurídico, el impulso normativo provocado por la Directiva 2000/78/CE y la CIDPD han sido elementos claves para la materialización del modelo social a nivel nacional. Sin embargo, a nivel español se aprecia una tendencia de paulatina incorporación. La constitucionalización del empleo de las personas con discapacidad *ex art. 49 CE* trajo consigo un impulso de los poderes públicos por lograr la integración de este colectivo, que desembocó en la aprobación de la LISMI. Esta norma nació con la pretensión de desarrollar normativamente el art. 49 CE, y pretendió ser un texto legal que facilitase una integración plena y efectiva de este colectivo. Bajo este planteamiento, la LISMI parece asumir un enfoque muy próximo al modelo social de tratamiento de la discapacidad, ya que introduce la afectación a las posibilidades de integración educativa, laboral o social como elemento central, evitando así referencias excesivamente restrictivas, o a deficiencias congénitas o sobrevenidas. No obstante, la definición de discapacidad que ofrece es excesivamente paternalista ya que pecó de ser extremadamente amplia, y dificultó la identificación de las personas con discapacidad.

Tras la LISMI, de innegable vocación general sobre los aspectos sociales del tratamiento de la discapacidad, la normativa española se ha caracterizado por una regulación transversal. En este sentido, la LIONDAU, junto a la transposición de la Directiva 2000/78/CE efectuada mediante la Ley 62/2003, actuaron a modo de antesala a la CIDPD, e iniciaron el tránsito hacia la implementación normativa del paradigma social de tratamiento de la discapacidad. Este cambio en la perspectiva del tratamiento de la discapacidad ha sido reconocido jurídicamente como la transición del principio de igualdad por razón de discapacidad a un derecho a la no discriminación por razón de discapacidad, mediante la instrumentación de dos líneas de actuación que marcaron las pautas de tratamiento legal de la discapacidad en el futuro: la lucha contra la discriminación en aras de lograr la igualdad de trato y de oportunidades; y la accesibilidad universal. Sin embargo, el concepto de persona con discapacidad de esta norma no fue ciertamente innovador, ya que la

definición no era especialmente inclusiva al no reconocer el impacto que las barreras sociales podían tener en la construcción legal del concepto de discapacidad. Esta circunstancia supuso una incoherencia jurídica interna en la LIONDAU ya que, a diferencia de otras partes del texto normativo, en este punto no se aprecia ninguna influencia del modelo social de tratamiento de la discapacidad.

El siguiente hito normativo importante fue la Ley 26/2011, que se encargó de adaptar el ordenamiento jurídico español a la CIDPD. No obstante, la prematura tendencia que mostró el legislador a lo largo de los años previos en la regulación del marco jurídico del tratamiento de las personas con discapacidad se tradujo en un impacto muy reducido de la CIDPD, fundamentalmente debido al carácter vanguardista de la LIONDAU. Ahora bien, la Ley 26/2011 amplió el concepto de persona con discapacidad, plasmado en el art. 1.2 LIONDAU, incorporando la afectación de elementos contextuales a la conceptualización de este colectivo, manteniendo paralelamente las situaciones clásicas de discapacidad del modelo médico.

De esta manera, la Ley 26/2011 materializó la transición hacia un modelo mixto de persona con discapacidad, que sigue prácticamente intacto en la LGDPCD, que ha sido la última norma de referencia en materia de tratamiento de personas con discapacidad. Esta forma de definir el concepto de persona con discapacidad encaja la caracterización histórica de este concepto dentro del ámbito de la nueva definición de persona con discapacidad, sin que se produzca, desafortunadamente, una ruptura más contundente con el modelo médico, que era perfectamente posible, pero de ejecución sumamente compleja, pues exigía replantear el sistema de reconocimiento de la discapacidad. Ahora bien, se detecta una mayor aproximación al concepto social de la LIONDAU. Su prevalencia respecto al modelo médico se deduce de la distinción que realiza el legislador en el marco del art. 4 LGDPCD, que sitúa en primer lugar el concepto de persona con discapacidad más cercano al modelo social, y desplaza a un segundo lugar la definición basada en el paradigma médico.

8. Bibliografía

AZNAR LÓPEZ M., NIÑO RÁEZ E., SAINZ DE ROBLES F.C., AZÚA BERRA P., *Integración social de los minusválidos: comentarios a la ley 13/1982, de 7 de abril*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1982

CORDERO GORDILLO V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, 2011

DE ASIS ROIG R., [Unas primeras reflexiones sobre la Ley general de derechos de las personas con discapacidad](#), Papeles el tiempo de los derechos, 2013, n. 12

DE ASIS ROIG R., CAMPOY CERVERA I., BENGOCHEA GIL M.A., *Derecho a la igualdad y a la diferencia: análisis de los principios de no discriminación, diversidad y acción positiva*, en R. DE LORENZO GARCÍA, L.C. PÉREZ BUENO (dirs.), *Tratado sobre discapacidad*, Aranzadi, 2007

DE LA VILLA E., SAGARDOY BENGOCHEA J.A., *Derecho al trabajo de las personas con minusvalía*, Ministerio de Asuntos Sociales, 1991

DE LORENZO GARCÍA R., *Panorámica del impacto de la Convención en los derechos de las personas con discapacidad en España*, en *Anales de Derecho y Discapacidad*, 2016, n. 1, pp. 143-167

DE LORENZO GARCÍA R., *Los contornos del Derecho de la Discapacidad*, en L.C. PÉREZ BUENO (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Pamplona, 2009

DE LORENZO GARCÍA R., *Las personas con discapacidad en la Constitución Española y el constitucionalismo comparado*, en R. DE LORENZO GARCÍA, L. CAYO PÉREZ BUENO (dirs.), *Tratado sobre discapacidad*, 2007, Aranzadi, 2007

DE LORENZO GARCÍA R., CABRA DE LUNA M.A., *Análisis de la nueva legislación sobre no discriminación, acción positiva y accesibilidad universal*, en R. DE LORENZO GARCÍA, L.C. PÉREZ BUENO (dirs.), *Tratado sobre discapacidad*, Aranzadi, 2007

DE LORENZO GARCÍA R., PALACIOS A., *Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional*, en J. LAORDEN (dir.), *Los Derechos de las personas con discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial, 2007, vol. 1

ESTEBAN LEGARRETA R., *El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad*, en *Trabajo y Derecho*, 2017, n. extra. 6 (versión electrónica)

ESTEBAN LEGARRETA R., [Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de ley de derechos de las personas con discapacidad](#), en *Temas Laborales*, 2014, n. 127, pp. 47-84

ESTEBAN LEGARRETA R., *La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad (1997-2000)*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2001, n. 1, pp. 197-226

ESTEBAN LEGARRETA R., *Una perspectiva histórica de la intervención de los poderes públicos en favor del empleo de las personas con discapacidad*, en *Documentación Laboral*, 2001, n. 64, pp. 117-140

ESTEBAN LEGARRETA R., *Contrato de trabajo y discapacidad*, Ibidem, 1999

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ S., *La regulación jurídica de las enfermedades crónicas en el ámbito laboral*, La Ley, 2020

GONZÁLEZ ORTEGA S., *Las medidas de protección de los minusválidos: caracteres generales y calificación*, en *Temas Laborales*, 1986, n. 7, pp. 52-63

GOÑI SEÍN J.L., RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Aranzadi, 2015

GUTIÉRREZ COLOMINAS D., *La regulación española de la cuota de empleo de personas con discapacidad y medidas alternativas: reflexiones y propuestas de mejora a propósito de su compatibilidad con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, en *Documentación Laboral*, 2020, n. 120, pp. 41-58

GUTIÉRREZ COLOMINAS D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el Derecho comparado y el Derecho español*, Bomarzo, 2019

HERNÁNDEZ VITORIA M.J., *Una lectura de la Ley 51/03 desde las aportaciones del ordenamiento comunitario en materia de derechos fundamentales y del principio de discriminación*, en J.C. ITURRI GARATE (dir.), *La protección jurídica civil, penal, administrativa y social de la persona con discapacidad*, Consejo General del Poder Judicial, 2007

MARTÍNEZ-PUJALTE A.L., *Derechos fundamentales y discapacidad*, Cinca, 2015

MARTÍNEZ-PUJALTE A.L., *Los principios básicos del nuevo Derecho español de la discapacidad a la luz de la LIIONDAU*, en L.C. PÉREZ BUENO (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Pamplona, 2009

NUÑEZ GONZÁLEZ C., *La integración laboral de las personas con discapacidad: régimen jurídico*, Escuela Libre, 2000

PALACIOS RIZZO A., PÉREZ BUENO L., *La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española*, en L.C. PÉREZ BUENO (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Pamplona, 2009

PÉREZ BUENO L.C., *La Recepción de la Convención de la ONU en el Ordenamiento Jurídico Español: Ajustes necesarios*, en L.C. PÉREZ BUENO (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Pamplona, 2009

PÉREZ PÉREZ J., *Contratación laboral de personas con discapacidad: incentivos y cuotas de reserva*, Lex Nova, 2015

QUINTANILLA NAVARRO B., *Discapacidad y discriminación: de la igualdad de trato a la accesibilidad universal*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2006, n. 1 (versión electrónica)

QUINTANILLA NAVARRO B., *Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad*, en F. VALDÉS DAL-RÉ (dir.), *Las relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, 2005

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ V., *Las políticas de empleo orientadas a personas con discapacidad: ¿Evolución o retroceso?*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2012, n. 101, pp. 77-96

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M., *El empleo de las personas con minusvalía*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1999, n. 1 (versión electrónica)

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER M., *Un nuevo paso en la protección jurídica de las personas con discapacidad*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2008, n. 2 (versión electrónica)

ROMEO DELGADO M., YEPES I BALDÓ M., BARBANCHO TOVILLAS F., PASCUAL HABA C., PÉREZ CONESA J., *De la Ley de Integración Social de Minusválidos a la Ley General de Discapacidad: retos y oportunidades*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2016, n. 397, pp. 89-106

RUIZ CASTILLO M.M., *Igualdad y no discriminación: la proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Bomarzo, 2010

STEIN M.A., *Disability Human Rights*, en *California Law Review*, 2007, vol. 95, n. 1, pp. 75-121

TUSET DEL PINO P., *La contratación de trabajadores minusválidos*, Aranzadi, 2000

VALDÉS DAL-RÉ F., *El tratamiento por Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad: la Convención de Derechos*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2018, n. 1, pp. 1-10

VALDÉS DAL-RÉ F., *Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos*, en F. VALDÉS DAL-RÉ (dir.), *Las relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, 2005

ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo