

**PROYECCIÓN DE LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE
LA DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO
LABORAL ESPAÑOL**

**Núm.
9/2005**

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

Profesor Titular (EU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura

Extracto:

El año europeo de la discapacidad ha supuesto una convulsión en el fomento del empleo de los discapacitados. Por dos razones: en primer lugar, por la caterva de legislación europea que se ha promulgado, reordenando parte de la existente, y legislando *ex novo* sobre aspectos muy concretos; y, en segundo lugar, porque la adaptación de dicha normativa a nuestro ordenamiento interno se ha producido de forma rápida y eficaz, aunque en muchas de las ocasiones las modificaciones incorporadas no se consideraban totalmente necesarias. El trabajo pretende analizar ambas perspectivas, exponiendo, en una primera fase, la normativa comunitaria sobre la materia, y narrando con un cierto sentido crítico el proceso legislativo interno de adaptación de aquélla.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. La internacionalización del derecho al empleo de los trabajadores discapacitados.
 - 1. En Naciones Unidas.
 - 2. En el ámbito normativo de la Organización Internacional del Trabajo.
 - 3. En la política legislativa de la Unión Europea.
 - A) En los textos institucionales de la Unión.
 - B) Ámbitos concretos de actuación.
 - a) El principio general de igualdad de trato en el empleo y la ocupación y sus manifestaciones concretas.
 - b) El acoso por motivos de discapacidad.
 - c) En lo que respecta a las capacitaciones profesionales de los trabajadores discapacitados.
 - d) En el fomento del empleo de los trabajadores discapacitados.
 - d') El régimen de las ayudas directas para la creación de empleo.
 - d'') Las medidas de acción positiva.
- III. La proyección de la normativa de la Unión en el Derecho social español.
 - A) La proscripción de la discriminación en el empleo por la discapacidad que sufra el sujeto.
 - B) La protección del acoso laboral por motivos de discapacidad.
 - C) El régimen de las medidas de acción positiva.
 - D) La inversión de la carga de la prueba en los despidos discriminatorios.
 - E) La legitimación grupal de las asociaciones representativas de los trabajadores discapacitados.
- IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La declaración del año 2003 como el Europeo de la Discapacidad ¹ ha supuesto un notable impulso a la actividad institucional de la Unión Europea con respecto a esta condición social en su relación con el empleo, proyectándose también a la vivencia de los países miembros, entre ellos el nuestro ². En la Europa de los ciudadanos también se incluye decididamente a los discapacitados, y no ya como un mero apéndice estadístico o documental con respecto a los no discapacitados (¿cabe mayor eufemismo?), como se criticaba en las épocas de expansión de la «Europa de los Mercaderes», sino como la plasmación, práctica y legal, del compromiso asumido de considerarles únicamente en su aspecto de ciudadanos. Ciudadanos, eso sí, que necesitan, como forma de proyectar el aspecto social del Estado, atenciones especiales en algunos ámbitos de su vida, también en su relación con el empleo, como sucede por otra parte, legislativa y prácticamente, con otros muchos grupos de compatriotas (pues eso son los congéneres que gozan de la misma consideración jurídica en un idéntico ámbito geográfico-político determinado) que pudieran incluirse en algunas de las categorías de minorías dignas de protección: mujeres, menores, inmigrantes, mayores, etc.

En esta permanente revolución en el empleo en la que hemos vivido en el último cuarto del siglo pasado, que augura movimientos telúricos de incontenible vigencia para el presente ³, se está produciendo, en relación con el empleo de los trabajadores con deficiencias físicas, psíquicas y sensoriales, un paralelismo significativo con respecto al advenimiento del Derecho del Trabajo mismo en los albores de la Revolución Industrial. En efecto, el nacimiento de un sector específico dentro

¹ Artículo 1, de la Decisión (2001/903/CE) del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, sobre el Año Europeo de las personas con discapacidad (DOUE de 19 de febrero de 2001). La página web oficial dedicada al evento puede consultarse en: http://www.eypd2003.org/eypd/index.jsp?country=&lang=es&submit_preferences=Go

² Así, el Consejo de la Unión Europea, en el artículo 5.1.2 de la Decisión por la que se declaraba al año 2003 como el Europeo de la Discapacidad, dispuso que, para la consecución de los objetivos pretendidos por dicha declaración (expresados en su art. 3 y en el anexo que se adjunta a la Decisión), cada Estado miembro crease un organismo nacional que, aglutinando las diversas organizaciones que trabajan en favor de las personas con discapacidad, organizase la participación del Estado en el evento y se encargase de la ejecución de las Acciones que el anexo encomienda al «Ámbito Nacional» de los países pertenecientes a la Unión.

El desarrollo de este mandato se produjo para nuestro ordenamiento por el Real Decreto 775/2002, de 26 de julio, por el que se crea el Comité Español de Coordinación para el Año Europeo de las personas con discapacidad (BOE de 28 de agosto), adscrito formalmente al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. El desarrollo de las actividades llevadas a cabo puede consultarse en la página web: http://www.seg-social.es/imserso/europa/docs/i0_anoeuropoepcd2003.html

³ Véase, en este sentido, el ensayo de RIFKIN, J.: *El fin del trabajo. Nuevas Tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*. Ed. Paidós, 7.ª ed., Barcelona, 1996.

del campo jurídico que se dedicaba a atender los problemas sociales que generaba la expansión del trabajo asalariado por cuenta ajena encontraba su fuente primaria (y primigenia) de justificación en la protección del antagonista laboral situado en la posición jurídica y social más débil. El Derecho del Trabajo se construye por y para el trabajador, por y para el asalariado, por y para el obrero.

Ahora, en nuestra actual realidad social que asume, hasta sus últimas consecuencias, la sociedad del trabajo como fórmula de crecimiento económico y social del conjunto de los ciudadanos ⁴, y ausente la crítica –racional, se entiende– al fenómeno mismo del trabajo y las instituciones que lo configuran jurídicamente (el contrato de trabajo, el convenio colectivo, la representación institucional de los sindicatos, principalmente) se ha generado una diferente axiología del empleo, que entiende necesario adecuar el dogma liberal en el que hasta ahora se ha desarrollado la juridificación del trabajo y la producción a los postulados que se infieren de estos nuevos valores, potenciando, específicamente, los aspectos no estrictamente productivos del mismo, en particular aquellos que se relacionan con la integración social de todos los ciudadanos-trabajadores, también, por tanto, de los incapacitados, buscando, en fin, un paradigma igualitario en el ejercicio del trabajo.

Así, el debate no gira ya –en la sociedad europea, al menos– sobre la construcción jurídica de un modelo de empleo que se ha mostrado evolucionado y tuitivo del trabajador, sino sobre las bondades del sistema normado y, en lo que a nosotros importa, sobre las posibilidades que ofrece el presente para integrar en su seno a sectores muy amplios de la sociedad que tradicionalmente han estado ausentes (sino excluidos) del mercado laboral, por diversas razones, aunque todas ellas relacionadas con la especulación que se vincula a la optimización de la mano de obra, en el mal entendido sentido de considerarla, únicamente, como un coste más en la producción.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) calcula, en este sentido, que en el mundo la tasa de desempleo de los trabajadores que sufren algún tipo de discapacidad se sitúa alrededor del ochenta por ciento, alcanzando prácticamente el cien por cien en algunos países del planeta, alertando sobre el aumento desmedido de desempleo que sufren los trabajadores discapacitados ubicados en el ámbito geográfico europeo desde comienzos de la década de los noventa, debido, sobre todo, a la recesión económica que se ha experimentado en dicho ámbito y al desenfreno en la utilización de la políticas de corte neoliberal ⁵. Por su parte, la Unión Europea reconoce que tan sólo el cuarenta y dos por ciento de las personas con discapacidad ocupan un puesto de trabajo, frente al sesenta y cinco por ciento de las personas no incapacitadas. Desde otro punto de vista también se afirma que el porcentaje de la población económicamente inactiva en las personas no incapacitadas se eleva al veintiocho por ciento, frente al cincuenta y dos por ciento en las personas discapacitadas ⁶. En

⁴ En perspectiva histórica puede consultarse el estudio de ARENAS POSADAS, C.: *Historia económica del trabajo (siglos XIX y XX)*. Ed. Tecnos, Madrid, 2003.

⁵ Véase, en este sentido, Director General de la OIT: *La hora de la igualdad*. Informe global con arreglo al seguimiento de la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Confederación Internacional del Trabajo, 91.ª reunión 2003. Ed. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003, pág. 38.

⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo. (COM /2003) 0650 final, de 30 de octubre de 2003.

el mercado de trabajo español, la tasa de inactividad de los trabajadores discapacitados se eleva al 90 por 100⁷, circunstancia que convierte a este colectivo en uno de los más propensos a sufrir exclusión social.

Por ello, el «nuevo» derecho del trabajo no va a girar (*rectius*: no debe girar) sobre el obrero, como acaecía en el «clásico» modelo que sirvió de base para la argumentación jurídica de sus instituciones en el siglo XIX, sino sobre el ciudadano, sobre la persona física integrada en un contexto político y titular de derechos públicos subjetivos oponibles frente al Estado, en su sentido de derechos de configuración legal. Al igual que la batalla fundamental del Derecho del Trabajo de las últimas décadas del siglo XX fue la integración laboral de las mujeres en el trabajo, la del siglo XXI será la integración socio-laboral de otro de los grupos tradicionalmente ausentes del mercado laboral: los discapacitados. Y es aquí donde la producción jurídica de la Unión ha experimentado en estos últimos años una inflación excesiva, explicable, sólo en parte, por el peculiar sistema normativo de la misma, que augura, años antes incluso de su formulación práctica, propuestas teóricas de escaso valor vinculante para sus miembros. Con todo, ha de reconocerse el esfuerzo de sistematización que se ha experimentado en el Año Europeo de la Discapacidad, del que no ha sido ajeno el sistema jurídico-laboral español que, como corolario del trabajo que aquí se expone, ha adecuado su normativa, al menos en una concepción formalista de la misma, a las exigencias que derivan de la pertenencia a la Unión, aun a pesar, como se razonará, de producir una caterva de reglamentación un tanto inconexa que propicia, las más de veces, una interpretación del sistema jurídico un tanto inconexa y, desde luego, falta de la deseable armonía.

II. LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO AL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES DISCAPACITADOS

El desarrollo normativo-laboral interno integrador de los trabajadores discapacitados es tributario de la regulación internacional en la materia que han reglamentado los tres ámbitos que nos circundan: Naciones Unidas, la OIT, y la Unión Europea. Cabe significar, no obstante, la relativa autonomía de las dos primeras organizaciones internacionales con respecto a la última, que el desarrollo normativo de la Unión se ha visto, además frecuentemente, influido por la regulación propiciada desde Naciones Unidas y desde la OIT como Organismo especializado de aquélla en materia laboral, por lo que un estudio singular de toda ella, especialmente desde la fundamentación conceptual de lo que se conoce como Derechos Humanos del Trabajo, trasciende el mero dato histórico. Así, numerosos textos normativos de la Unión reconocen, expresamente, la eficacia jurídica de las normas que ahora van a analizarse, mencionándolas como antecedentes necesarios de esta labor normativa regional.

⁷ Según el estudio de SHUM, G.; CONDE, A, e IGLESIAS, M.: *La mujer con discapacidad física y su situación sociolaboral*. Ed. Paideia, A Coruña, 1998, pág. 28.

1. En Naciones Unidas.

En el ámbito de las Naciones Unidas, la protección del discapacitado es relativamente reciente, y ha pasado por varias fases, que bien pudieran agruparse cronológicamente en las siguientes ⁸. La primera abarcaría toda la década de los años setenta y comienzo de los años ochenta del siglo pasado. La segunda comprendería el decenio que va desde mil novecientos ochenta y dos hasta mil novecientos noventa y dos. La tercera finalizaría en mil novecientos noventa y tres, con la adopción de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad ⁹.

Entre ellas, y con respecto a la integración laboral de los discapacitados, debe significarse *La Declaración de los Derechos de los Impedidos* de 1975 ¹⁰, que contiene dos virtudes innegables. En primer lugar, aportar por primera vez al panorama internacional una tipificación jurídica universal de persona impedida como toda aquella «incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales». Y en segundo lugar, reconocer como derecho del impedido el «obtener y conservar un empleo», así como «el ejercer una ocupación útil, productiva y remunerada», definiendo los tres contornos lógicos en los que se desarrollan los comportamientos discriminatorios contra los discapacitados: el acceso, la permanencia y la salida del empleo.

Otros hitos importantes en de la actuación de Naciones Unidas en la protección social de los discapacitados lo constituye la adopción, en 1982, del *Programa de Acción mundial para las Personas con Discapacidad* ¹¹, y su decidida recomendación (párrafo 21) con respecto al establecimiento de una real equiparación de oportunidades en el ámbito del empleo con el objetivo de lograr la «participación e igualdad plenas» de los impedidos, así como la *Declaración del Decenio Mundial de las Personas con Discapacidad (1982-1992)*, que comenzó con la calificación del año 1981 como el Año Internacional de los Impedidos, antecedente del actual año 2003 como el Europeo de la Discapacidad.

Cabe significar, en este ámbito internacional, la preocupación que experimente la Unión Europea con respecto al tratamiento integral de la discapacidad que, a su juicio, debería abordarse en el ámbito de Naciones Unidas. Por ello propone, mediante la Comunicación titulada «Hacia un instrumento jurídicamente vinculantes de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad» ¹², que sea en el ámbito de las Naciones Unidas

⁸ Se sigue aquí a TRINIDAD NÚÑEZ, P.: «La protección de los discapacitados en el seno de las Naciones Unidas», en VV.AA. *I Curso de Intervención global con discapacitados*. Ed. Diputación Provincial de Cáceres, Cáceres, 2001, págs. 155-9.

⁹ Sobre el particular véase VV. AA.: *Programa de acción mundial para las personas con discapacidad y normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad*. Ed. Naciones Unidas, y Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía, 2.ª ed., Madrid, 1996. Y también VV.AA. *Propuestas de acción para las personas con discapacidad*. Ed. Naciones Unidas y Lumen, Buenos Aires, 1995.

¹⁰ Resolución de la Asamblea General, número 3447, de 9 de diciembre de 1975.

¹¹ Resolución de la Asamblea General, número 3752, de 3 de diciembre de 1982.

¹² COM (2003)16 final, de 24 de enero de 2003.

donde se elabore un Convenio «temático» sobre los derechos de las personas con discapacidad que sirva de base para la ulterior adopción de las políticas antidiscriminatorias ya actuadas en el ámbito europeo para otros colectivos.

2. En el ámbito normativo de la Organización Internacional del Trabajo.

La OIT como organismo especializado de Naciones Unidas en la problemática del trabajo, del empleo y de su protección social, ha adoptado diversos instrumentos jurídicos sobre la discriminación en el acceso, permanencia y salida del mercado laboral, entre los que se incluye la discapacidad como factor determinante.

Así, aunque no únicamente dirigido a preservar de la discriminación en el empleo por el padecimiento de alguna minusvalía o deficiencia, ha de citarse el Convenio Fundamental de la Organización número 111, sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, adoptado por la Conferencia Internacional en su 42.ª reunión en Ginebra, el 25 de junio de 1958 ¹³.

En él se define la discriminación [art. 1.1 a)] «como cualquier distinción, exclusión o preferencia (fundada sobre los criterios que ahora se enunciarán), que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o la ocupación». Con esta amplia definición se pretende proscribir cualquier tipo de discriminación que afecte a la igualdad de oportunidades de la que gozan todos los trabajadores, y, de forma más específica, se mencionan expresamente en el precepto los siete criterios que usualmente están en el origen de la discriminación laboral: raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional y origen social, entre los que, en principio, no se menciona (desde luego no expresamente) la discapacidad del trabajador como circunstancia excluyente de su acceso y permanencia en el empleo.

Aun a pesar de esta no mención expresa de la referida circunstancia en el ámbito de aplicación del Convenio, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (organismo de la propia OIT compuesto por prestigiosos juristas que, reunidos una vez al año, elaboran un informe, que sirve de base para las discusiones en la Conferencia Internacional, sobre la conformidad de las legislaciones y prácticas de los Estados miembros con respecto a la aplicación de los Convenios de la Organización) consideró (tempranamente) en 1966, tras el análisis de lo dispuesto en el artículo 1.1 b) del Convenio que dispone que también se considerará discriminación «cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación...», que, en el ámbito de aplicación del Convenio número 111, debía incluirse también la circunstancia de discriminación por razón de invalidez o estado de salud del sujeto, en clara referencia a las deficiencias psicofísicas generalmente origen de las minusvalías ¹⁴.

¹³ Dicho Convenio fue ratificado por España el 26 de octubre de 1967, y su publicación en el BOE se produjo el 4 de diciembre de 1968.

¹⁴ En este sentido véase VÁLTICOS, N.: *Derecho Internacional del Trabajo*. Ed.: Tecnos, Madrid (trad. M.ª José TRIVIÑO), 1977, pág. 273. Igualmente AA.VV. *Derechos Fundamentales en el trabajo y normas internacionales del trabajo*. Ed. OIT y MTAS, Madrid, 2003, pág. 102.

La trascendencia de la inclusión de la discriminación por razón de discapacidad, al menos desde la interpretación que se hace de la misma en el ámbito del Convenio número 111, tiene una gran trascendencia en el desarrollo posterior de la legislación de este organismo internacional. Al menos por dos razones.

En primer lugar, porque la Comisión de Expertos otorga lo que podríamos considerar la interpretación auténtica de los Convenios Fundamentales del Trabajo, y aunque es descabellado otorgarle a dicha interpretación valor normativo, por otra parte no previsto en el sistema jurídico de la OIT, sí es cierto que sus decisiones gozan de un gran valor moral como referente interpretativo, y son usualmente seguidas por los países firmantes de los Convenios que se interpretan, constituyendo, en fin, un conjunto documental de gran validez en la hermenéutica de las normas de la Organización.

En segundo lugar, porque el referido Convenio número 111 de 1958 goza de la cualidad de Fundamental, tras la Declaración que la Organización hizo en 1998 en este sentido. Ello supone, en esencia, que la problemática de la no discriminación, junto con otras tres materias que se relacionan con los Derechos Humanos del Trabajo (la abolición de la esclavitud y del trabajo forzoso, la proscripción del trabajo infantil, y el reconocimiento de la libertad sindical y la eficacia de los convenios colectivos), así como los Convenios dictados sobre las mismas (entre los que se incluye el núm. 111 que estamos comentando), tienen eficacia jurídica vinculante para todos los países miembros de la organización, con independencia de que efectivamente hayan suscrito los convenios que se han dictado sobre las materias consideradas fundamentales ¹⁵.

Es decir, se entiende que la sola participación de un Estado en la Organización le obliga a respetar el contenido normativo de dichos Convenios, aun en el supuesto de que formalmente no los hubiesen incorporado a su ordenamiento interno por los cauces que en cada caso sean de aplicación. La ausencia formal de ratificación de dichos Convenios en los ordenamientos internos no puede argüirse como causa de la excluyente aplicación de su contenido en dicho territorio, constituyendo esta particularidad la base sobre la que se sustenta la eficacia general de los Convenios que determinó la declaración de 1998.

Desde el punto de vista de la aplicación objetiva del Convenio parece claro que la protección de la discapacidad en el empleo queda circunscrita, únicamente, a la proscripción de la discriminación por esta causa. No obstante la eficacia limitada de su ámbito de aplicación, ha de afirmarse que el reconocimiento de la no discriminación como Derecho Humano Fundamental del Trabajo sirve de basamento para una ulterior actuación de la OIT en el tratamiento de la discriminación en el empleo por razones de discapacidad, en la medida en que las materias consideradas fundamentales engarzan con los fines programáticos de la Organización, expresados en su Constitución de 1919 y refundidos en la Declaración de Filadelfia de 1944, legitimando, por esta sola causa, una ulterior acción normativa de la Organización en la materia.

¹⁵ Sobre la trascendencia de esta consecuencia, especialmente para el ámbito de las legislaciones internas de los países miembros, véase BONET PÉREZ, J.: *Principios y derechos fundamentales en el trabajo. La declaración de la OIT de 1998*. Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, págs. 23-8.

Por ello, precisamente, se aborda de manera específica esta problemática en el Convenio número 159, sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, adoptado por la Conferencia Internacional en su 69.ª reunión celebrada en Ginebra, el 20 de junio de 1983, y ratificado por España tiempo después ¹⁶.

Es decir, es la insuficiencia del Convenio Fundamental número 111 en su limitada previsión de todas las posibles formas de discriminación que pueden deducirse de sus principios, la circunstancia determinante de la adopción del Convenio número 159 ¹⁷, que se completa con la Recomendación número 168 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, de 22 de junio de 1983, es decir, del mismo día en que se adoptó el Convenio número 159 ¹⁸.

El ámbito aplicativo del Convenio número 159 no se circunscribe (sólo) a proscribir cualquier forma de discriminación por razón de la minusvalía o discapacidad que padezca el sujeto en la línea de lo afirmado en el Convenio número 111 –que también–, sino que el cúmulo de medidas que prevé son de mucho más calado, como se verá a continuación, y los compromisos a los que se obligan los Estados firmantes de los mismos mucho más profundos en lo que importa a su legislación interna.

El Convenio aporta una definición precisa de persona inválida a efectos laborales. Así se considera como tal (art. 1) a «toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida». Como bien puede colegirse, la expresión «obtener y conservar un empleo» es idéntica a la que previó con anterioridad la Declaración de Naciones Unidas de 1975 relativa a los Derechos de los Impedidos. La interconexión conceptual, como no podía ser de otra forma en organismos muy relacionados entre sí, es, más que evidente, palmaria, y tiene el mérito de aportar una definición homogénea de discapacitado a efectos laborales en ambos ámbitos internacionales.

A tenor de lo dispuesto en sus artículos 3 y 4 del referido Convenio número 159 los Estados miembros se comprometen a adoptar, dentro de sus respectivos ámbitos competenciales, una política de readaptación profesional, así como a promover oportunidades en el empleo para las personas inválidas en el mercado regular de trabajo, basándose esta política en la igualdad de oportunidades entre los trabajadores inválidos y los trabajadores no impedidos.

¹⁶ Concretamente el 17 de julio de 1990. Su publicación en el BOE se produjo el 23 de noviembre de 1990.

¹⁷ En este sentido VON POTOBSKY, G.W., y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, H.G.: *La Organización Internacional del Trabajo*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990, pág. 458, nota pie de página, número 73.

¹⁸ Como se sabe, las Recomendaciones de la OIT no se destinan a crear obligaciones jurídicas directas en el plano internacional como los Convenios, por ello no están abiertas a la ratificación por parte de los Estados miembros de la organización, sino que se adoptan, también en el seno de Conferencia Internacional del Trabajo, con el objetivo de dirigir y orientar la acción política, legislativa y práctica de los gobiernos, o bien para aclarar la interpretación de un Convenio con el que se relaciona. Véase, en este sentido, lo afirmado, en la STC 184/1990, de 15 de noviembre, cuando declara que las recomendaciones son «... "textos orientativos.../...sin eficacia vinculante", que sólo operan, en su caso, como criterios interpretativos y aclaratorios de los criterios que la propia OIT no ha terminado por recoger en sus Convenios, conscientemente de que los mismos conforman mínimos normativos, cuya mejora en el sentido de lo recomendado es deseable y en cuanto tal se impulsa por la Organización Internacional, pero sin imponerlo a las legislaciones nacionales». En idéntico sentido véase la STC 38/1981, de 23 de noviembre.

Lo que se pretende, en fin, es la potenciación de la integración «normalizada» de los discapacitados, es decir, su participación en el sistema productivo ordinario dentro del «mercado regular de empleo» (art. 3 *in fine* Convenio núm. 159). Fuera de este sistema específico de promoción del empleo de los trabajadores discapacitados, figura lo que en terminología de la OIT se conoce como el sistema de trabajo «protegido», que es el que agrupa a discapacitados con el objeto de proporcionarles un empleo con fines terapéuticos o asistenciales, es decir, sin pretender que el ejercicio de actividad laboral por su parte pueda ejercerse en una concurrencia competitiva con trabajadores no discapacitados¹⁹, que es la característica esencial de lo que la OIT denomina «empleo asistido», que es el que pretende potenciar el Convenio de referencia desde la consideración de que el trabajo ejercitado por el trabajador incapacitado debe poder «ser realizado por cualquier otro trabajador» no incapacitado²⁰.

Como aspecto muy significativo del Convenio número 159 cabe señalar lo dispuesto en su artículo 4, cuando después de afirmar que la política nacional que emprendan los Estados miembros firmantes del acuerdo debe basarse «en el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores inválidos y los trabajadores en general», y que «deberá respetarse la igualdad de oportunidades y de trato para trabajadoras inválidas y trabajadores inválidos», se precisa que «las medidas positivas especiales encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores inválidos y los demás trabajadores no deberán considerarse discriminatorias respecto de estos últimos»²¹.

Repárese en dos matices muy interesantes del precepto transcrito. En primer lugar, que se señala expresamente como sujetos incluidos en el ámbito subjetivo de la norma a las «trabajadoras inválidas», probablemente como fórmula de no dejar sin cobertura, por una insuficiencia lingüística de la dicción del precepto que así se evita, a las mujeres que padecen algún tipo de deficiencia o discapacidad. Se proscribire, en fin, no sólo la discriminación por razón de discapacidad, sino también la que se produciría entre discapacitados de distinto sexo en el acceso, permanencia y salida del mercado regular de trabajo.

Pero el aspecto más trascendente de la regla dispuesta lo constituye, en segundo lugar, la mención que realiza el referido artículo 4 del Convenio número 159 a las medidas de «acción positiva» como fórmula de asegurar, mediante un tratamiento discriminatorio inverso al que acontece en la realidad social, la efectividad de las medidas legislativa que los estados deben adoptar para cumplir los designios igualitarios de la norma, según exige el artículo 5 del Convenio. La misma medida de acción positiva se prevé en el artículo 9 de la Recomendación número 168 de la OIT comentada,

¹⁹ Sobre este sistema véase VISIER, Laurent: «Relaciones laborales en los sistemas de trabajo protegido para personas minusválidas», *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 117 (1998), número 3, págs. 371 y ss.

²⁰ KÖNIC, Andreas, y SCHALOCK, Robert L.: «Empleo asistido: Igualdad de oportunidades para hombres y mujeres gravemente incapacitados», *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 110, 1991, número 1, pág. 110.

²¹ Su funcionamiento práctico puede verse en HODGES-AEBERHARD, J.: «La acción positiva en el empleo, un concepto espinoso para los tribunales», *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 118, (1999), número 3.

Sobre la influencia del precepto en nuestro ordenamiento interno, véase SEMPERE NAVARRO, A. V.: «El trabajo de los minusválidos tras el RD 427/1999, de 12 de marzo», *AS*, Vol. V, 1999.

cuando afirma, en términos prácticamente idénticos a lo dispuesto en el artículo 4 del Convenio número 159, que «Las medidas positivas especiales destinadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores inválidos y los demás trabajadores no deberían considerarse discriminatorias respecto de estos últimos». Es decir, que el tratamiento discriminatorio que este precepto pretende con respecto a determinados trabajadores para favorecer su acceso al empleo no puede interpretarse como un atentado contra el sacrosanto principio de igualdad que, en este caso, cede ante bienes jurídicos dignos de mayor tutela.

En el ámbito de la OIT las medidas de acción positiva se definen, desde este asidero normativo, como «un conjunto coherente de medidas temporales, encaminadas con carácter específico a remediar la situación de los miembros del colectivo a que van destinadas en uno o varios aspectos de su vida social para alcanzar una igualdad efectiva»²². Su utilización como fórmula de crecimiento sostenido del empleo de determinados colectivos desfavorecidos tradicionalmente en el acceso o permanencia regular en un puesto de trabajo ha conseguido los objetivos deseados, elevando incluso las tasas de productividad de los sectores económicos que las han empleado frecuentemente, en contra de los augurios que pronosticaban que su utilización reportaría un atraso para el crecimiento económico, en términos de productividad de la mano de obra empleada²³.

Los programas en los que se concretan las referidas medidas suelen consistir, en términos generales, en alguno de los tres siguientes: establecimiento de un sistema de contratación obligatorio de personas desfavorecidas en el sector público; adopción de un sistema voluntario en el sector privado, alentado desde el poder público mediante el sufragio de determinados costes sociales que se relacionan con la contratación de estos trabajadores, o bien, en tercer lugar, adopción de un sistema mixto que combine ambas medidas²⁴.

Las medidas de acción positiva también han sido muy utilizadas en el ámbito jurídico de la Unión Europea, como se tendrá ocasión de exponer *infra*, especialmente para promover la contratación de mujeres como colectivo tradicionalmente excluido del mercado regular de empleo, como reconoce la STC 17/2003, de 30 de enero, al afirmar que «la prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 CE representa una explícita interdicción frente al mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones no sólo desventajosas sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE».

La utilización de estas medidas para la promoción del empleo de trabajadores discapacitados ha sido mucho más limitada que para la promoción del trabajo femenino, aunque el acervo norma-

²² Director General de la OIT: *La hora de la igualdad*. Informe global... *op. cit.*, pág. 70.

²³ Así, tanto la crítica como los resultados de su empleo, véase: Director General de la OIT: *La hora de la igualdad*. Informe global... *op. cit.*, pág. 73-6, con unos interesantes cuadros prospectivos sobre las acciones positivas empleadas en la lucha contra la discriminación racial, aunque no específicamente estudiados con respecto a la discriminación por razón de discapacidad.

²⁴ VOGEL-POLSKY, E.: «Los programas de acción positiva en provecho de las mujeres», *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 104, número 2, abr.-jun. 1985, págs. 239-41.

tivo y jurisprudencial empleado para la interdicción de la arbitrariedad frente a este colectivo puede ser muy útil para la consecución del paradigma igualitario del que hablábamos *supra* para los discapacitados.

El Convenio número 159 de la OIT se constituye, en fin, hacia el ámbito europeo, como el primer referente en la utilización de las medidas de acción positiva para incentivar la contratación de trabajadores discapacitados y, en el ámbito nacional, para legitimar la aprobación de la Ley 13/1982, de 7 abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI, en adelante)²⁵, que, basándose singularmente en lo dispuesto en el referido artículo 4, estableció un porcentaje de reserva del 2 por 100 para la obligatoria contratación de trabajadores discapacitados en aquellas empresas, tanto públicas como privadas, que cuenten con cincuenta o más trabajadores en su plantilla²⁶.

Repárese en la importancia para nuestro ordenamiento interno de esta disposición que, por excepción, constituye una de las escasas restricciones normativas a la libertad de empresa que juega libremente en el momento inicial de la constitución de la relación laboral²⁷, pues aunque la eficacia de los Derechos Fundamentales (entre ellos la igualdad) suele negarse en las relaciones entre particulares, es igualmente cierto que la autonomía de éstos se encuentra «...limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son entre otras las que se indican en el artículo 14 CE» (STC 108/1999, de 8 de junio), afirmando también que el artículo 14 CE constituye «un límite al ejercicio de la libertad empresarial de contratación, también aplicable a la fase de acceso al empleo» (STC 41/1999, de 22 de marzo). Es decir, que aunque al sector privado no le es aplicable el principio de igualdad en la contratación de los trabajadores, sí lo es la prohibición de discriminación²⁸, de lo que se colige la proscripción de la discriminación en el empleo por motivos de la discapacidad que sufra el trabajador.

Precisamente sobre este Convenio número 159 ha construido el Tribunal Constitucional una de las «ideas fuerza» que sobre el tratamiento discriminatorio se manejan actualmente, al declarar que la lista de motivos de igualdad establecidos en el artículo 14 de la Constitución (entre los que no se menciona la discapacidad de forma expresa) no es cerrada, pues el propio precepto permite la existencia de «otros motivos» discriminatorios cuando refiere que tampoco pueden establecerse discriminaciones por la existencia de «cualquier otra (con exclusión de las expresamente mencionadas) condición o circunstancia personal o social»²⁹, y que, en consonancia con lo establecido en el artícu-

²⁵ Como se reconoce, por ejemplo, en las SSTSJ de Navarra (Social), de 31 de enero de 2003 (JUR 2003\84194), de 30 de abril de 1998 (AS 1998\6165), y de 30 de marzo de 1993 (AS 1993\1279). Igualmente véase la SJS de Girona, de 22 de diciembre de 2000 (AS 2000\1131).

²⁶ Expresamente en este sentido, véase la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 4 febrero 2002 (RJ 2002\10168).

²⁷ Así, SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., y GIL Y GIL, J.L.: «Los derechos constitucionales del empresario», en VV.AA. (Dir.: SEMPERE NAVARRO, A.V.; Coord. MARTÍN JIMÉNEZ, R.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. Ed. MTAS, Madrid, 2003, pág. 361.

²⁸ En palabras de GALIANA MORENO, J.M.ª, y CÁMARA BOTÍA, A.: «Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales», en VV.AA. (Dir.: SEMPERE NAVARRO, A.V.; Coord. MARTÍN JIMÉNEZ, R.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. Ed. MTAS, Madrid, 2003, pág. 349.

²⁹ Sobre la condición de *numerus apertus* del precepto constitucional véase CRUZ VILLALÓN, J.: «Igualdad y no discriminación», VV.AA.: *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional*. Ed. Tecnos, Madrid, 2001, págs. 271-2.

lo 10.2 de la propia Constitución, la lectura de los Derechos Fundamentales de nuestra carta Magna ha de inspirarse en lo dispuesto en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por España, entre los que, por mención directa, ha de incluirse al Convenio número 111 de la OIT.

El Tribunal razonaba de la siguiente forma en su STC 269/1994, de 3 octubre, en el enjuiciamiento de la legitimidad constitucional de una medida de reserva de porcentajes de contratación de empleados minusválidos efectuada por un Gobierno Autónomo: «La discriminación, tal como es prohibida por el artículo 14 de la Constitución, impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedores de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en aquéllos de una serie de factores diferenciadores que expresamente el legislador considera prohibidos, por vulnerar la dignidad humana. No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el artículo 14 CE es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación. Precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 de la OIT) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas.../...Lógicamente, la legitimidad constitucional de medidas de esta naturaleza equiparadora de situaciones sociales de desventaja sólo puede ser valorada en el mismo sentido global, acorde con las dimensiones del fenómeno que trata de paliarse, en que se han adoptado, adecuándose a su sentido y finalidad. Por ello no resulta admisible un argumento que tiende a ignorar la dimensión social del problema y de sus remedios, tachando a éstos de ilegítimos por su impacto desfavorable, sobre sujetos individualizados en los que no concurren los factores de discriminación cuyas consecuencias se ha tratado de evitar».

Sobre esta resolución del Alto Tribunal se han argumentado un cúmulo de posteriores decisiones judiciales favorables a la legitimidad constitucional de medidas similares, efectuadas por diversas Comunidades Autónomas y Administraciones Locales, en lo referido a la reserva de puestos de trabajo para minusválidos en las ofertas de empleo público que ellas pueden proponer dentro de su respectivo ámbito competencial ³⁰.

3. En la política legislativa de la Unión Europea.

Para apreciar correctamente cuál ha sido la evolución de la política de la Unión en el tratamiento legislativo del fomento del empleo de los trabajadores discapacitados es necesario analizar cómo el desarrollo normativo ha seguido las líneas de tendencia expresadas en los textos fundacio-

³⁰ En este sentido véanse, entre otras, las SSTSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 18 de diciembre de 2002 (JUR 2003\16248); STSJ de Andalucía (Sevilla) (Social), de 12 de julio de 2002 (AS 2002\3899); STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 14 noviembre de 2002 (JUR 2002\41797); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 13 diciembre 1995 (RJ 1995\9794).

nales de la Unión, por lo que se aconseja un tratamiento diferenciado de la cuestión, reparando también en cómo se aborda esta problemática en el Proyecto de Constitución Europea, ahora en conflictiva tramitación aunque por otras cuestiones que no se relacionan con esta problemática.

A) En los textos institucionales de la Unión.

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en su versión consolidada tras el Tratado de Niza ³¹, prevé la discapacidad del ciudadano europeo desde diversos puntos de vista. Así, en el nuevo artículo 13.1 encomienda al Consejo, como objetivo programático de la política de la Unión, la posibilidad de «adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». Se asegura con ello, en el pórtico del texto base del funcionamiento orgánico de la Unión y como principio que ha de presidir su acción normativa, la proscripción de toda forma de discriminación basada en la discapacidad de sus ciudadanos. En el mismo Tratado, ya en su Título XI, dedicado a la Política Social, de Educación, de Formación Profesional y de Juventud, en su artículo 136 se reconoce –evocando los objetivos programáticos establecidos en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989–, como objetivo de la política social de la Unión, la lucha contra cualquier clase de discriminación, entre las que cabe incluir la referida a motivos personales como lo es la discapacidad.

La Carta Social a la que se hace referencia fue aprobada el 9 de diciembre de 1989, en forma de Declaración, por parte de todos los Jefes de Estado o de gobierno de los Estados miembros con excepción del Reino Unido, y aunque carece de una eficacia jurídica vinculante plena, se considera un instrumento político que refiere «obligaciones morales» destinadas a garantizar el respeto de determinados derechos sociales en los Estados miembros, y se pretende que los órganos institucionales de la Unión en su proceder legislativo reconozcan estos principios como rectores de su actuación normativa. Entre ellos figura el principio (art. 26.1) de que «Todo minusválido, cualesquiera que sean el origen y la naturaleza de su minusvalía, debe poder beneficiarse de medidas adicionales concretas encaminadas a favorecer su integración profesional y social». La mención que emplea el inciso a las «medidas adicionales concretas» ha servido de base para que la política de la Unión articule las conocidas como «medidas de acción positiva», como se verá más adelante.

El antecedente más inmediato de esta Carta lo constituye la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y ratificada por España el 29 de abril de 1980 ³². Dicha Carta fue revisada el 3 de mayo de 1996, pero no ha sido ratificada aún por España, no formando parte, por ello, de nuestro ordenamiento jurídico interno ³³.

³¹ DOUE de 24 de diciembre de 2002.

³² BOE de 26 de junio.

³³ Un análisis de la original carta, con especial referencia a los «grupos vulnerables», en DÍAZ BARRADO, C.: «La Carta Social Europea: un instrumento válido para el desarrollo de los derechos sociales en Europa», en VV.AA.: *Política Social Internacional y Europea*. Ed. MTAS y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1996, págs. 231 y ss.

En el artículo 15 de la Carta revisada las partes firmantes se comprometen: «1. A tomar las medidas adecuadas para procurar a las personas minusválidas orientación, educación y formación profesional.../... (y) 2. A promover su acceso al empleo mediante todas las medidas encaminadas a estimular a los empleadores para que contraten y mantengan empleadas a las personas minusválidas en el entorno habitual de trabajo y a adaptar las condiciones de trabajo a las necesidades de los minusválidos o, cuando ello no sea posible por razón de la minusvalía, mediante el establecimiento o la creación de empleos protegidos en función del grado de incapacidad...».

Aun cuando la eficacia jurídica de lo dispuesto en esta segunda Carta no es vinculante –como decimos– para los países de la Unión, constituyendo una mera declaración de intenciones políticas con respecto a los Derechos que regula, sí es cierto que instituye el zócalo sobre el que se edifica la protección social de la Unión. Ciertamente, y como afirma DE LA VILLA, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 constituye, a lo sumo, un «adorno en la vitrina comunitaria», aunque tiene el mérito de conformar la etapa preconstitucional de la incorporación de los derechos sociales al TUE³⁴, además de haber guiado los Programas de Acción Social de la Comunidad³⁵ y algunas directivas comunitarias de protección social³⁶, configurándose como el momento clave en el que la Unión (entonces Comunidad) se convence de la necesidad de asegurar que el espacio económico interior debe estar asentado no sólo –ni siquiera prioritariamente– en políticas industriales, económicas y monetarias, sino también en políticas sociales que garanticen los valores comunes de civilización que imperan en la generalidad de los Estados miembros del Espacio Político Europeo³⁷.

La idea que subyace en la Carta de 1989 es crear un espacio social comunitario en parangón con el mercado común único. No obstante, sus altos propósitos, su no oponibilidad frente al no cumplimiento de sus mandatos, su insuficiencia en lo que respecta a la determinación concreta de los derechos que establece, y las dificultades intrínsecas con respecto a su efectividad jurídica en el orden interno de los países miembros, aconsejaron, en fin, la adopción de instrumentos jurídicos más completos que normasen los derechos fundamentales (no sólo los del ámbito laboral) de los ciudadanos europeos.

Las manifestaciones principales de esta tendencia lo constituyen: el «Programa de Acción para la aplicación de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores», aprobada en 15 de diciembre de 1989³⁸, que sirve de base para la adopción de diferentes documen-

³⁴ DE LA VILLA GIL, L. E.: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *RMTAS*, número 32, 2001, pág. 19.

³⁵ En concreto: «El Programa de acción social a medio plazo 1995-1997», y el «Programa de acción social 1998-2000». Sobre esta concreta influencia véase GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores», en VV.AA.: *Política Social Internacional y Europea*. Ed. MTAS y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1996, pág. 324.

³⁶ Así, DE LA VILLA DE LA SERNA, P.: «Las Tres "Cartas" Europeas sobre Derechos Sociales», *RMTAS*, número 32, 2001, pág. 274.

³⁷ En este sentido GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Concepto, contenido y eficacia del derecho social internacional y del derecho social comunitario», *RMTAS*, número 2, 1997, pág. 41.

³⁸ Sobre todo este desarrollo legislativo encadenado véase GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores», en VV.AA.: *Política Social Internacional y Europea*. Ed.: MTAS y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1996, págs. 311 y ss.

tos (Libro Verde sobre la Política Social Europea. Opciones para la Unión ³⁹, y Libro Blanco sobre Política Social Europea, un paso adelante para la Unión ⁴⁰) así como para la adopción del «Programa de Acción a medio Plazo (1995-1997)» antecedente, a lo que a nosotros nos importa, del «Tercer Programa de Acción Comunitaria a favor de los Minusválidos de 1992», adoptado por Decisión del Consejo, de 25 de febrero de 1993 ⁴¹, que se integra en el Programa de Acción Comunitaria para luchar contra la Discriminación (2001-2006) ⁴² del que se desgaja el ahora vigente Plan de Acción Europea en materia de discapacidad 2004-2005, instaurado por la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo ⁴³; instrumentos, todos ellos, que sirven de base para la reciente aprobación de la Resolución del Consejo de 15 de julio de 2003 sobre el fomento del empleo y de la inclusión social de las personas con discapacidad ⁴⁴, que será objeto de atención singularizada *infra*.

Es necesario citar, dentro de la Política legislativa de la Unión en la protección de los discapacitados, las disposiciones que se establecen en la reciente Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Niza el 7 de diciembre de 2000 ⁴⁵ –cuyo antecedente, como decimos, lo constituye la Carta de 1989–, y que reconoce, entre los derechos y libertades que regula, en relación con la discapacidad, dos aspectos muy interesantes. En primer lugar, prohíbe (art. 21.1) cualquier clase de discriminación, y, en particular (entre otras), la ejercida por razón de discapacidad. En segundo lugar, reconoce y respeta (art. 26) el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su integración profesional. Ambos derechos son aplicables tanto en las instituciones de la propia Unión Europea, como en los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión (art. 51.1) y tienen su fundamento en los Tratados institucionales de la misma (art. 52.2), con lo que ello comporta en su ulterior acción normativa en vía interna.

El valor jurídico de esta «tercera Carta», entendido como ejercicio de los derechos concedidos con plenitud de protección por los tribunales comunitarios, es escaso, pues ⁴⁶: enuncia derechos no exigibles frente a las instituciones europeas por parte de sus titulares; los incumplimientos de sus disposiciones no pueden ser amparados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, ni cuando procedan de órganos de la propia Unión, ni cuando procedan de algún Estado miembro; y, por último, no existe propósito alguno –al menos explícito– de incorporar sus previsiones a los Tratados fundamentales de la Unión, siendo este último punto el más criticable por lo que supone de construcción jurídica «en vacío» sin pretensiones de exigibilidad directa e inmediata ⁴⁷.

³⁹ Sus principales objetivos pueden verse en <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/cha/c10111.htm>

⁴⁰ Sus líneas de actuación en: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/cha/c10112.htm>

⁴¹ DOCE de 9 de marzo de 1993.

⁴² Decisión 2000/750/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000. DOUE de 2 de diciembre de 2000.

⁴³ COM (2003) 0650 final, de 30 de octubre de 2003.

⁴⁴ DOUE de 24 de julio de 2003.

⁴⁵ DOUE de 18 de diciembre de 2000.

⁴⁶ Se sigue aquí a DE LA VILLA GIL, L.E.: «La Carta de los Derechos...», *op. cit.*, págs. 21-2.

⁴⁷ Expresamente en este punto DE LA VILLA DE LA SERNA, P.: «Las Tres "Cartas" Europeas...», *op. cit.*, pág. 274.

Con todo, el mérito (concebible, aunque imprevisible en el cuándo) de esta carta lo constituirá su desaparición tras la adopción de una Constitución para Europa, de una Constitución Europea, ahora en fase de promulgación, que reconozca los derechos expresados en la misma (ampliados o no con otros catálogos) con la categoría de Derechos Públicos Subjetivos del ciudadano, oponibles eficazmente *erga omnes* y de efectividad plena, tanto en las relaciones de la Unión con los Estados miembros, como en la vinculación del ciudadano con la propia Unión, y los Estados que la componen.

El Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, adoptado por consenso por la Convención Europea el 13 de junio y el 10 de julio de 2003 (2003/C 169/01)⁴⁸ contiene alguna referencia a los discapacitados con relación al empleo. Así, en su Artículo II-21 se declara el derecho de los discapacitados a no ser discriminados por esta razón, y en su Artículo II-26, titulado: «Integración de las personas discapacitadas», se les reconoce el Derecho «a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional», previéndose en su Artículo III-3 una acción decidida de lucha contra toda discriminación por motivos de discapacidad.

Por su parte, el Artículo III-103 dispone como objetivo de la Unión «el fomento del empleo», teniendo presente a estos efectos lo dispuesto en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, que aunque, como decimos, se adoptó en forma de Declaración, sigue sirviendo de base para la edificación de los derechos sociales de la Unión.

De todo este acervo normativo puede colegirse, claramente, varias líneas de tendencias consolidadas con respecto al empleo de los trabajadores discapacitados. En primer lugar, que no pueden existir en el ámbito de la Unión discriminaciones por razón de discapacidad en el acceso, ejercicio, permanencia, promoción, formación, y salida del mercado laboral, protegiendo todos los ámbitos pensables de la relación laboral en los que pudiera existir un tratamiento discriminatorio por razón de la discapacidad del sujeto; en segundo lugar, que ha de abogarse por una integración plena de los discapacitados en todos los ámbitos de la vida social, también, por tanto, en aquellos referidos al empleo, circunstancia que permite albergar políticas de «acción positiva» en lo que respecta al fomento del empleo de los trabajadores discapacitados, con el objetivo de subvertir la tendencia natural a la exclusión en este ámbito que estos ciudadanos padecen; y, por último, en tercer lugar, que la Unión Europea asume como uno de los objetivos prioritarios de su política legislativa la creación neta de empleo, acorde con los designios expresados en los textos fundacionales de la misma, argumento que permite la concesión de ayudas, en determinadas circunstancias, a grupos específicos de trabajadores, sin que ello suponga una vulneración de las reglas de competencia que se estipulan como uno de los pilares de la Unión en lo que respecta al tráfico de bienes y servicios por el mercado interior.

B) Ámbitos concretos de actuación.

La proyección de las directrices marcadas por los textos fundacionales e institucionales de la Unión se articula y desarrolla en multitud de áreas. En la que ahora nos interesa, en relación con el

⁴⁸ DOUE de 18 de julio de 2003.

empleo de los trabajadores discapacitados, principalmente en una genérica referida al trato no discriminatorio por razón de la discapacidad que padece el sujeto, y en otras dos mucho más específicas, una relativa a la elevación del umbral formativo de los trabajadores discapacitados, y otra referida a las acciones promocionales dirigidas a fomentar el empleo de los trabajadores discapacitados. A su vez, y como fórmula complementaria que asegure la efectividad del principio de igualdad de trato, se ha previsto una regulación específica sobre el acoso en el trabajo por motivos de discapacidad, en la línea de lo previsto anteriormente con respecto al acoso sexual en el trabajo.

a) El principio general de igualdad de trato en el empleo y la ocupación y sus manifestaciones concretas.

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 ⁴⁹, proscribire, con carácter general (art. 1), cualquier tipo de discriminación por motivos de discapacidad en el «ámbito del empleo y la ocupación», dictándose con el propósito de que en los Estados miembros se aplique, hasta sus últimas consecuencias, el principio de igualdad de trato en el desarrollo de la actividad laboral de sus ciudadanos.

Se sigue aquí la línea ya tratada por la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, del Consejo, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales, y las condiciones de trabajo ⁵⁰ (modificada profundamente por la reciente Directiva 2002/73/CE, del Parlamento, de 23 de septiembre ⁵¹), de éxitos indudables en este sectorial ámbito igualitario, y que se completa con lo previsto en la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico ⁵². Todo ello enmarcado en la Decisión del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un Programa de Acción Comunitaria para luchar contra la discriminación (2001-2006) ⁵³, en el que se reconoce (parágrafo 7 de la exposición de motivos) que «aunque los diversos motivos de discriminación pueden tener características similares y se puede luchar contra ellos con medios parecidos .../... se debe dar cabida a las características específicas de las diversas formas de discriminación (debiendo) tenerse en cuenta las necesidades especiales de las personas con discapacidades para facilitar su acceso a actividades y obtener resultados», todo ello como objetivo primario de consecución, o vinculándose con otros programas de la Unión, incluidos los relativos al fomento del empleo (art. 8.1).

⁴⁹ DOUE de 2 de diciembre de 2000.

⁵⁰ DOCE de 14 de febrero de 1976.

⁵¹ DOUE de 5 de octubre de 2002. Sobre la trascendencia de la modificación véase CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Avanzando por la senda de la igualdad entre géneros. (Noticia breve de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 que modifica la directiva 76/207/CEE)», AS, número 12/2002. Igualmente véase DE MIGUEL DE LA CALLE, P.: «Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. La modificación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo», *RMTAS*, número 42, 2003, págs. 140 y ss.

⁵² DOUE de 19 de julio de 2000.

⁵³ DOUE de 2 de diciembre de 2000.

La propia Directiva 2000/78/CE se encarga de definir cuándo existe discriminación, en la línea de lo ya observado por el modificado artículo 2.2 de la Directiva 76/207/CEE por la Directiva 2002/73/CE, y en el mismo sentido en que se expresa la Directiva 2000/43/CE ya mencionada.

Así, existirá ésta, de forma directa, «cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga» por la discapacidad que padece [art. 2.2 a)]. La observación de cuándo se produce una discriminación directa parece abocada a la apreciación de criterios objetivos, determinables por los factores empíricos apreciables neutralmente. Aun siendo necesaria la proscripción de esta discriminación directa en la norma, sobre todo por el efecto *expansivo* (o colateral) que exhibe, no parece que su empleo como mecanismo reactivo se vaya a utilizar en demasía, al menos en un ordenamiento como el nuestro que ya cuenta con proposiciones legales de similar entidad [arts. 4.2 c) 2, y 17.1 ET, en la interpretación que se deduce, del último precepto citado, del criterio mantenido por el Tribunal Constitucional –anteriormente expuesto– en la inteligencia de los números *clausus* de discriminación previstos en el art. 14 CE], y tiene mecanismos de tutela suficientemente evolucionados para proscribir, de hecho, el tipo de injusto (civil) que especifica.

Lo que pretende la norma, sin más, es proscribir un trato diferencial basado únicamente en la condición de discapacitado del sujeto en los ámbitos de aplicación de la directiva, que son aquellos que vienen especificados en su artículo 3, tanto en el empleo público, como en el privado, incluyendo aquí también el ejercicio de una actividad profesional por cuenta propia, como se expondrá *infra*.

En la apreciación de la discriminación indirecta, en cambio, sí pueden existir ricos matices interpretativos. La formulación legal de la discriminación indirecta viene referida en los siguientes términos «existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con.../...discapacidad.../...respecto de otras personas» [art. 2.2 b)]. Cabe significar la oportunidad de haber regulado un concepto preciso de qué ha de entenderse por discriminación indirecta, especificidad que se repite, prácticamente en los mismos términos, en la Directiva 2002/73/CE, en la medida en que, hasta entonces, la integración conceptual de la discriminación indirecta había de hacerse por vía jurisprudencial ⁵⁴.

Los tres ámbitos de proyección de la discriminación indirecta dan cobertura, en principio, a todas las esferas jurídicas de las que emanan las fuentes de la relación laboral en nuestro ordenamiento jurídico (art. 3.1 ET). Así, la apreciación de la *disposición* abarca, claramente, tanto a la norma legal en sentido estricto, como al convenio colectivo como fuente reguladora de las condiciones de trabajo, comprendiendo también, probablemente, a la costumbre local y profesional. El *criterio* o *práctica* singularmente avoca a pensar en el poder directivo del empresario como regulador de las condiciones de empleo en cualquiera de sus manifestaciones: *ius variandi*, movilidad funcional *ex* artículo 39 del ET, etc. Obsérvese, no obstante, que el empleo de la disyuntiva *o*, que emplea el precepto para la definición de las circunstancias generadoras del tratamiento discriminatorio que pros-

⁵⁴ Un elenco de los pronunciamientos en la materia referido a la discriminación indirecta por razón de sexo puede verse en CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Avanzando por la senda de la igualdad...», *op. cit.*

cribe, puede dar lugar, seguramente, a interpretar esta fuente de discriminación en sentido amplio, de tal forma que la cobertura del inciso abarque cualquier tipo de comportamiento empresarial, desde los singularmente reglados normativamente, hasta la mera tolerancia empresarial.

Repárese, por otro lado, en que la proyección objetiva del precepto exige una singularización de las desventajas en el ciudadano-trabajador discapacitado, permitiéndose, en fin, excepciones al principio de igualdad de trato si su establecimiento responde a circunstancias objetivas ciertamente justificables, y siempre que en este proceder no se empleen mecanismos discriminadores.

Es claro, por otro lado, que si la disposición, criterio o práctica no emplea argumentos neutros, la proscripción del tratamiento discriminatorio se aboca a su observación como una circunstancia de discriminación directa.

Con todo, este principio general de igualdad de trato y no discriminación tiene varias excepciones. Una general y otras dos específicas.

La primera excepción a la apreciación absoluta de discriminación indirecta es que dicho trato diferencial proceda de una disposición o de un criterio o práctica, se justifique objetivamente y se emplee con una finalidad legítima, siempre que los medios utilizados para ello sean adecuados y necesarios [art. 2.2 b) i)]. Probablemente, el empleo de esta excepción genérica se relaciona con la capacitación propia del sujeto en el empleo que realiza y la relevancia que se deduce de su discapacidad con respecto al ejercicio profesional, en los términos previstos en el artículo 4.1 cuando entienda que no tendrá carácter discriminatorio la diferencia de trato debida «a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo», o cuando «dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado». En estos casos habrá que reconocer que la lógica de la productividad impera sobre el tratamiento igualitario de las personas con discapacidad en su acceso o mantenimiento en el empleo, en los términos en los que actualmente se pronuncia el artículo 4.2 c) 2 del ET cuando exige que el tratamiento igualitario a los discapacitados (en relación con los trabajadores no discapacitados) tenga como presupuesto «que se hallaren (los discapacitados) en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate»⁵⁵.

La segunda excepción al principio general, primera de las específicamente previstas en la Directiva, se relaciona con la utilización, por parte del empleador o empresario, de las medidas dispuestas en su legislación interna tendentes a eliminar las desventajas que se observan en la disposición, práctica o criterio [art. 2.2 b) ii)], siempre que dichas medidas nacionales cumplan con los principios observados en el artículo 5 de la misma Directiva, cuando obliga a que los empresarios tomen «las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente,

⁵⁵ En este sentido PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos», en VV.AA. (Dir.: SEMPERE NAVARRO, A.V.; Coord. MARTÍN JIMÉNEZ, R.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. Ed. MTAS, Madrid, 2003, pág. 236.

o para que se les ofrezca formación». El propio precepto refiere, no obstante, que ello será así «salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario», entendiéndose que «la carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades». Es decir, que no puede utilizarse como coartada para incumplir el mandato igualitario previsto en este artículo 5 la existencia de legislación específicamente destinada a fomentar la contratación y permanencia en el empleo de los trabajadores discapacitados.

La tercera excepción, segunda específica, se relaciona con el ejercicio de actividades en el ámbito de las Fuerzas Armadas (art. 3.4), en el que se permite discriminaciones basadas en la discapacidad del sujeto, probablemente por asimilar la Directiva discapacidad física o intelectual con discapacidad para el ejercicio de actividad profesional en este ámbito. Por ello, lo más razonable con el espíritu de la Directiva es interpretar la excepción de forma restrictiva, no admitiéndose la aplicación de la premisa en aquellos trabajos en los que, aun formalmente encuadrados en el ámbito de las Fuerzas Armadas, su ejercicio no se relacione con tareas típicas de los sujetos pertenecientes a los referidos cuerpos.

Lo que sugiere, con carácter general, el ámbito de las excepciones de aplicación de la Directiva con respecto a la discriminación indirecta es, en primer lugar, que la apreciación de la misma ha de hacerse individualmente, es decir, que la singularidad de la situación requiere la atención que precise las circunstancias de hecho que rodean el problema, no pudiéndose, en segundo lugar, establecer criterios previos u objetivos de determinación de la excepción de la aplicación del principio de discriminación indirecta.

Muy interesante en la apreciación de la existencia de discriminación indirecta es que los hechos de los que puede deducirse ésta pueden ser apreciados «incluso a partir de pruebas estadísticas», como observa el epígrafe 15 de la exposición de motivos de la Directiva, lo cual constituye la introducción de un parámetro objetivo muy relevante en dicha apreciación, pues no depende de la voluntad individual del empresario o empleador, ni tampoco del (entendimiento del) sujeto presuntamente discriminado de forma indirecta. Este factor de valoración estadístico se verá complementado con el desarrollo de las acciones previstas en este sentido en el artículo 3.1 a)[(y acción III.a) del Anexo que las regula] de la Decisión del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un Programa de Acción Comunitaria para luchar contra la discriminación (2001-2006). Estas previsiones han sido desarrolladas por el Reglamento 1566/2001/CE de la Comisión, de 12 de julio de 2001, por el que se aplica el Reglamento 577/98/CE del Consejo, relativo a la organización de una encuesta muestral sobre la población activa en la Comunidad, en el que se contiene un módulo (en 2002) sobre el empleo de las personas con discapacidad ⁵⁶.

Una vez definida por la Directiva qué ha de entenderse por discriminación –directa o indirecta–, y tras regular la proscripción del acoso como fórmula vejatoria de discriminación del sujeto discapacitado (art. 2.3), que se verá seguidamente, y la de cualquier orden –en el ejercicio regular

⁵⁶ DOUE de 1 de agosto de 2001.

del empleo, se entiende–, de discriminación directa e indirecta de los mismos (art. 2.4) ejercida como proyección del poder empresarial en el desarrollo de la actividad laboral, se ocupa la Directiva de regular el ámbito de aplicación de las disposiciones normativas que contiene, afirmando, en esencia, que éstas se aplicarán «a todas las personas, por lo que respecta al sector público como al privado» (art. 3.1), en relación con: el acceso al empleo, por cuenta propia o ajena, teniendo presente, específicamente, los criterios de selección de los trabajadores [art. 3.1 a)]; en la promoción profesional [art. 3.1 a)]; en el acceso a todos los tipos y niveles de formación o reciclaje profesional [art. 3.1 b)]; en relación, además, con el ejercicio de la propia actividad profesional, en lo que respecta a las condiciones de empleo y trabajo, incluyendo las condiciones de remuneración y despido [art. 3.1 c)]; y, por último, en relación con la afiliación y participación en organizaciones de trabajadores y empresarios [art. 3.1 d)].

También se ocupa la Directiva de establecer medidas muy concretas en lo que respecta al tratamiento discriminatorio de los sujetos discapacitados en el empleo, elevándose a la categoría de instrumento jurídico hábil para la protección integral de la discriminación en el empleo por motivos de discapacidad.

La más importante es la establecida en su artículo 7 cuando permite que los Estados miembros adopten medidas de «acción positiva» para el fomento del empleo de los trabajadores discapacitados, que, por su importancia, requiere un tratamiento singular, que será observado *infra*, dada su especificidad y la conexión que tiene con lo dispuesto en la normativa de la OIT ya observada anteriormente.

Otras manifestaciones singulares destinadas a la protección del principio de igualdad que pretende la Directiva se establecen en otros preceptos de la misma. Así, en su artículo 10 se regula la técnica procesal de la inversión de la carga de la prueba en despidos que tienen visos de discriminatorios, técnica importada de la Directiva que regula la discriminación por razón de sexo y de la Directiva 1997/80/CE, de 15 de diciembre, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo⁵⁷, y que ya ha sido incorporada, legal y jurisprudencialmente, a nuestro ordenamiento por la interpretación que le ha dado –al art. 96 LPL– el Tribunal Constitucional a los despidos (nulos, en su determinación concreta) con violación de derechos fundamentales, entre los que se incluye el realizado por causas o motivos discriminatorios constitucionalmente proscritos, entre los que ha de incluirse los realizados por razón de la discapacidad que sufre el trabajador.

También en el ámbito de lo procesal, se prevé en el artículo 9.2 la institucionalización de una legitimación procesal amplia para las «asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuestos en la presente Directiva», con el objeto de que «puedan iniciar, en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autoridad, cualquier procedimiento judicial o administrativo previsto para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva». Con esta medida se pretende, al estilo de lo que acontece con las organizaciones sindicales (art. 20 LPL), patrocinar la intervención en el proceso –se supone que social, aunque no es

⁵⁷ DOCE de 20 de enero de 1998.

impensable su participación en un proceso civil de incapacitación, por ejemplo– de organizaciones tuteladoras de los derechos de los discapacitados con el objetivo de proteger los intereses de éstos ante la discriminación, directa o indirecta, que se produzca en los ámbitos de aplicación de la Directiva.

Con todo, el amplio espectro objetivo que la Directiva prevé, pues abarca también la intervención en todo tipo de procedimientos administrativos, puede dar mucho juego en el levantamiento de actas de infracción por la Inspección de Trabajo, y las ulteriores vicisitudes que ello conlleva, por infracciones graves en materia de empleo. Especialmente cuando se trata de la infracción muy grave en materia de empleo prevista en el artículo 8.12 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, en la nueva redacción que le ha dado al precepto el artículo 41.uno de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social ⁵⁸, como se verá más adelante.

El artículo 13.2 de la Directiva 2000/78/CE, por último, hace un llamamiento para que los actores sociales en su diálogo social permanente cumplan los objetivos previstos en la norma de la Unión. Así, «Siempre que ello sea coherente con sus respectivas tradiciones y prácticas nacionales, los Estados miembros fomentarán entre empresarios y trabajadores, sin perjuicio de su autonomía, la celebración al nivel apropiado, de convenios que establezcan normas antidiscriminatorias en los ámbitos mencionados en el artículo 3 que entren dentro de las competencias de la negociación colectiva. Estos convenios respetarán los requisitos mínimos establecidos en la presente Directiva y las correspondientes medidas nacionales de aplicación». Se responsabiliza así a los sujetos que más directamente aportan el cuerpo normativo regulador de las relaciones laborales del cumplimiento de los objetivos que pretende la Directiva. Llama la atención, no obstante, que quede fuera del marco de la negociación colectiva la prevención del acoso laboral por motivos de discapacidad, que es otro de los objetivos de la norma comunitaria, como se verá seguidamente.

Esta Directiva se erige, en fin, en el instrumento jurídico más importante emanado de la Unión en lo que importa al tratamiento discriminatorio en el empleo por razón de la discapacidad que padece el trabajador, abarcando tanto los aspectos meramente declarativos de la proscripción de dicha discriminación, como elaborando técnicas de protección en varios ámbitos concretos de actuación, singularmente, y como se verá seguidamente, en lo que respecta al establecimiento de medidas de acción positiva para el fomento de la contratación de trabajadores discapacitados, y en la protección de la igualdad real (no meramente formal) que reclama, desde el punto de vista del ejercicio (jurisdiccional y administrativo) de las medidas reguladas en la misma, el trabajador efectivamente discriminado en el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva.

b) El acoso por motivos de discapacidad.

Muy en la línea de lo ya dispuesto en los artículos 2.2.3, y 2.2.4 la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, sobre igualdad de trato en el empleo entre hombres y mujeres, cuando regula

⁵⁸ BOE de 31 de diciembre.

la situación de acoso y acoso sexual, respectivamente, por motivos relacionados con el género de los trabajadores, el artículo 2.3 de la Directiva 2000/78/CE regula el acoso en el ámbito laboral ejercido por razón de la discapacidad que padece el trabajador en los siguientes términos: «El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1 (es decir, a lo que a nosotros nos afecta: por discapacidad) que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro»⁵⁹.

Lo más llamativo de la definición de acoso lo constituye la ausencia de elemento culpabilista alguno en el acosador, en la medida en que la acción acosadora, es decir, el elemento del tipo de acoso, no exige ánimo acosador específico, bastando a estos efectos que la acción no tolerada por el sujeto tenga «consecuencias» en el ambiente de trabajo en el que se desenvuelve el trabajador discapacitado⁶⁰. Es de destacar, en este sentido, que el ámbito objetivo en el que el acoso se proyecta no tiene que ser específicamente laboral, específicamente de trabajo –aunque la norma lo presupone implícitamente–, constituyendo el prototipo de la infracción la creación de un «entorno» (calificado más amplio que el del trabajo) «intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo», que bien pudiera ser el del trabajo, o cualquier otro que se relaciona con éste: comedor de empresa, transporte de la misma, vestuarios, etc. Obviamente, las actuaciones tendentes directamente a crear ese entorno hostil también se incluyen en el ámbito efectivo de la norma.

Cabe significar, por último, que la tolerancia del acosado en el tratamiento discriminatorio que recibe, al tipificar la infracción como de «no deseada», exonera de la calificación del entorno creado como de acoso, debiendo haberse impedido dicha consecuencia, pues las más de las veces el tratamiento vejatorio recibido constituirá una consecuencia desagradable en el propio trabajador, por más que, por la fuerza de los hechos, la considere tolerable. Sea como fuere, sería deseable que, la legislación interna, en la medida en que puede trasponer la Directiva de forma más amplia que los mínimos que establece, obviase esta especie de excepción al prototipo de ilícito que regula, atendándose únicamente para su apreciación a los datos objetivos que la conducta de acoso refleje, sin que, en ningún caso, la tolerancia del trabajador al respecto suponga exoneración de responsabilidad en el acosador.

Por lo que respecta al ámbito subjetivo del acosador, es necesario señalar que la protección que pretende la norma abarca tanto las conductas ofensivas del empresario, como las ejercidas por compañeros de trabajo del discapacitado, lo que supone reflejar un alto grado de protección.

⁵⁹ Prácticamente en los mismos términos se regula la situación de acoso en el artículo 2.2 de la Directiva 2000/43/CE relativa a la protección por razón del origen racial o étnico, y en el artículo 2.2 de la Directiva 2002/73/CE referida a la protección de la discriminación por razón de género.

⁶⁰ Así, CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Avanzando por la senda de la igualdad...», *op. cit.*

c) En lo que respecta a las capacitaciones profesionales de los trabajadores discapacitados.

La baja cualificación (general) de los ciudadanos discapacitados en su formación para el empleo, fácilmente contrastable por la valoración genérica de sus capacitaciones profesionales, determinó una primera línea de actuación de la política legislativa de la Unión que pretendía proyectar el área de su influencia principalmente en orden al aseguramiento de la igualdad de oportunidades desde la elevación del umbral de las capacidades profesionales de los discapacitados ⁶¹.

De aquí proviene el interés creciente de la política de la Unión en la formación y la rehabilitación profesional de los trabajadores, que se refleja en los tres programas de acción comunitaria que se han aprobado sobre esta cuestión. En el primero, que fue aprobado mediante Resolución del Consejo de 27 de junio de 1974, relativa al establecimiento del primer programa de acción comunitaria para la readaptación profesional de los minusválidos ⁶², se instituyen las bases de actuación comunitaria en la materia; el segundo, denominado Programa Helios, fue aprobado por la Resolución 88/231/CEE del Consejo, de 18 de abril de 1988, cuya vigencia se extendió hasta 1991; mediante el tercero, denominado Programa Helios II, aprobado por la Decisión 93/136/CEE, del Consejo, de 25 de febrero de 1993 por la que se aprueba el tercer programa de acción comunitaria para las personas minusválidas (Helios II 1993-1996) ⁶³, se pretende extender la vigencia de los anteriores Programas para el trienio 1993-1996 ⁶⁴.

En este contexto político y jurídico se ha dictado recientemente la Resolución del Consejo de 5 de mayo de 2003, sobre la igualdad de oportunidades en educación y formación para los alumnos y estudiantes con discapacidad ⁶⁵, en la que se invita a los Estados miembros y a la Comisión para que, mediante el ejercicio de sus propias competencias: fomenten la plena integración en la sociedad de los niños y los jóvenes con necesidades especiales mediante una educación y formación adecuadas; potencien que la educación permanente sea más accesible a las personas con discapacidad, con especial referencia al empleo de nuevas tecnologías ⁶⁶; aumenten la prestación de servicios y asistencia técnica a los alumnos y estudiantes con necesidades especiales en educación y formación; y proporcionen las oportunidades de formación y recursos relacionados con la transición de la escuela al empleo. Propósitos, todos ellos, fuertemente implicados en la política de la Unión, pero de escaso reflejo práctico en la modificación de conductas sociales que pretende el actuar normativo, más que nada por el embalaje legal en el que se encuentran acogidos, que únicamente pretende instituir

⁶¹ En este sentido CORREA CARRASCO, M.: «Los Derechos Laborales de los grupos vulnerables en el Derecho Social Europeo», en VV.AA.: *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*. Ed. MTAS, 2001, págs. 514-5.

⁶² DOCE de 9 de julio de 1974.

⁶³ DOCE de 17 de septiembre de 1993.

⁶⁴ Sus conclusiones en <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/cha/c11405c.htm>

⁶⁵ DOUE de 7 de junio de 2003.

⁶⁶ Propósito al que se dedica la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE de 3 de diciembre). Cabe significar el valor supletorio de esta norma en lo que respecta al empleo y la ocupación (art. 3.2), en la medida en que, para éstos ámbitos, rige la normativa específica sobre la materia.

códigos de conductas y buenos propósitos, aunque –hay que reconocerlo– suelen ser premonitorios de normas jurídicas de superior calado, en lo que respecta a la exigencia de sus reglas en los ordenamientos de los países miembros.

d) En el fomento del empleo de los trabajadores discapacitados.

El punto más importante en la protección del trabajo de los sujetos discapacitados lo constituyen las medidas encaminadas al fomento de su contratación en el mercado regular de trabajo, sin desmerecer, no obstante, la realización de acciones encaminadas a patrocinar la creación de empleos protegidos como se observó con anterioridad, aunque esta medida debe ser empleada, en términos generales, excepcionalmente, pues se paladea en ella un cierto retrogusto paternalista, más propio de otras épocas pretéritas en las que la protección social era asunto encomendado a la filantropía, aunque ésta fuese estatal. Se pretende, en fin, establecer mecanismos que favorezcan la integración socio-laboral plena de los trabajadores discapacitados en la dinámica lógica del mercado de trabajo.

Este objetivo es asumido por la Unión Europea, particularmente y de forma decidida, tras la adopción de la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo ⁶⁷, en el que se aboga por establecer un «cambio general de orientación, en virtud del cual se están abandonando progresivamente los programas orientados específicamente a la discapacidad en favor de un planteamiento más integrado.../...dando paso a políticas más personalizadas y adaptadas a las necesidades de los individuos, incluidos aquellos pertenecientes a grupos particularmente vulnerables, como las personas con discapacidad».

En el ámbito comunitario se han superpuesto varias normas, de diferente entidad jurídica, destinadas a este fin.

El comienzo de esta tendencia lo constituye la Recomendación 86/379/CEE, del Consejo de 24 de julio de 1986, sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad ⁶⁸.

En ella se recomienda que los Estados miembros adopten «todas las medidas convenientes para garantizar el trato equitativo de los minusválidos en materia de empleo y de formación profesional, incluyendo.../...la rehabilitación y la reinserción». Este principio de trato equitativo se aplicará con respecto a: a) el acceso a un puesto de trabajo y a una formación profesional.../...; b) el mantenimiento del empleo o de la formación profesional, así como la protección contra el despido injusto; y c) las oportunidades de promoción y de formación permanente.

Para la consecución de estos objetivos se recomienda la adopción de políticas concretas por los Estados miembros dirigidas a dos ámbitos principalmente.

⁶⁷ (COM /2003) 0650 final, de 30 de octubre de 2003.

⁶⁸ DOCE de 12 de agosto de 1986.

En primer lugar, hacia la eliminación de las discriminaciones negativas de trato en el empleo que tengan su origen en la discapacidad del trabajador, mediante el aseguramiento de un trato equitativo para los minusválidos, con singular referencia a los despidos vinculados con la incapacidad del trabajador, cuestión sumamente vidriosa, pues afecta al «núcleo duro» del cumplimiento de las obligaciones que se han pactado en el contrato de trabajo, y cuya concreción técnica suele determinarse desde la apreciación de «circunstancias objetivas», desprovistas, absolutamente, de voluntariedad alguna por parte del trabajador.

En segundo lugar, hacia la adopción de políticas de acción positiva a favor de los minusválidos, mediante: «la fijación por los Estados miembros.../...de objetivos cuantificados realistas de empleo de personas minusválidas en empresas públicas o privadas, que tengan un número mínimo de asalariados, mínimo que puede situarse entre 15 y 50»; y mediante «el establecimiento en cada Estado miembro de una guía o un código del buen proceder para la contratación de minusválidos, que incluya las medidas positivas ya adoptadas en el Estado miembro correspondiente...».

Las menciones a las medidas de acciones positivas que reclama la Recomendación comentada para su empleo por parte de los países miembros nada aportan, en realidad, al panorama legislativo de los Estados, pues, de un lado, no se concretan singularmente en ningún tipo de compromisos a adoptar por éstos, y, de otro, la referencia que el precepto hace al Anexo de la Recomendación no lo es para singularizar éstas, sino para perfilar los «códigos de buenas conductas» que se proyectan en el mismo párrafo, que es cuestión bien distinta.

Aun así, hay que reconocerle a la referida Recomendación, junto con lo dispuesto en el (ahora derogado por la Directiva 2002/73/CE) artículo 2.4 de la Directiva 76/207/CE, el mérito de constituir la primera piedra en la edificación de las medidas de acción positiva para el fomento del empleo de los trabajadores discapacitados, aunque su efectividad jurídica queda en el limbo de los buenos propósitos que quieran seguir los Estados de la (entonces) Comunidad Europea, muy acorde con el rango jurídico de la normativa dictada, desprovista de eficacia vinculante para el receptor de la misma, pues ningún compromiso obliga a adquirir por parte de los Estados miembros.

Otro hito significativo en el fomento de empleo de los trabajadores minusválidos lo constituye la Resolución del Consejo de 17 de junio de 1999, relativa a la igualdad de oportunidades laborales de las personas con minusvalías ⁶⁹. Haciendo recopilación de la normativa comunitaria e internacional vigente en la materia, y en particular la Directriz número 9 de las Directrices para el empleo de 1999 ⁷⁰ cuando afirma que cada Estado miembro «prestará especial atención a las necesidades de las personas minusválidas.../...y elaborará medidas preventivas y activas que faciliten la integración de todos ellos en el mercado de trabajo», reitera su compromiso en el fomento del empleo de los trabajadores discapacitados, mediante el ejercicio de políticas activas por parte de los Estados miembros, entre las que no se citan cuáles han de ser éstas.

⁶⁹ DOUE de 2 de julio de 1999.

⁷⁰ DOUE de 12 de marzo de 1999.

Ya dentro del Año Europeo de la Discapacidad se ha dictado, recientemente, la Resolución del Consejo, de 15 de julio de 2003, sobre el fomento del empleo y de la inclusión social de las personas con discapacidad ⁷¹, en la que, sustancialmente y a lo que a nosotros nos importa, se invita a los Estados miembros a que traspongán y apliquen la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, ya analizada.

Junto con esto ha de estarse, con carácter muy específico, a lo dispuesto en el Reglamento 2204/2002 de la Comisión, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para el empleo ⁷², en el que se diseña el régimen jurídico de las ayudas nacionales que pueden actuarse en el ámbito competencial interno para el fomento en la creación de empleo de trabajadores discapacitados.

De todo este conjunto normativo cabe inferir que existen dos modos o fórmulas genéricas de apoyar la creación de empleo de los trabajadores con discapacidad.

En primer lugar, mediante la atribución de «ayudas directas» (de variado tipo) del Estado miembro a un colectivo determinado, como lo constituyen los trabajadores discapacitados, ayudas sometidas al control que en su ejercicio establece el Reglamento últimamente mencionado; en segundo lugar, mediante la utilización de las llamadas medidas de acción positiva, en los términos en los que se regula en el ámbito de la Unión. Veámoslos separadamente.

d) El régimen de las ayudas directas para la creación de empleo.

La hipótesis de la que parte la Unión Europea para permitir las ayudas directas a la creación de empleo que adopten los Estados miembros en su ámbito propio competencial pivota sobre la idea de que una excesiva intervención de algún Estado en este sentido, aún siendo beneficiosa en términos regionales dentro de sus fronteras, puede ir en perjuicio de los principios comunitarios que presiden el «mercado común», pues puede presumirse que constituyen una intromisión (impropia) del Estado en el mercado (libre) de bienes y servicios sobre los que se asienta la comunidad.

La Unión entiende necesario, en consecuencia, dotarse de un instrumento con fuerza normativa efectiva en todos los Estados miembros que, excepcionando este principio general, permita, en determinadas circunstancias y para casos concretos, el apoyo financiero directo del Estado miembro para el fomento de la ocupación de determinados colectivos, mediante el sufragio singular de determinados costes relacionados con su creación.

El Reglamento 2204/2002 de la Comisión, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para el empleo, es el encargado –como decimos– de permitir el ejercicio de estas facultades por los Estados miembros, mediante la limitación incondicionada de su uso. Es decir, se asume, en fin, que el fomento directo del empleo de determinados colectivos es una

⁷¹ DOUE de 24 de julio de 2003.

⁷² DOUE de 2 de enero de 2003.

atribución que compete a los poderes públicos de los Estados miembros, pero se hace conveniente, para hacer compatible esta posibilidad con los principios que preside el mercado común, que su utilización venga limitada por normas comunitarias vigentes y efectivas en todos los países miembros.

Es importante significar, en este sentido, que el presente Reglamento sólo se aplicará a lo que se considera «ayuda estatal», pues determinadas medidas favorecedoras del empleo dictadas por alguno de los Estados miembros en su ámbito competencial no tienen esta consideración en la órbita comunitaria (como, por ejemplo: la reducción general de la fiscalidad laboral y los costes sociales, el fomento de la inversión en educación y formación, etc.), en la medida en que son ayudas particulares que no favorecen a determinadas empresas o a la producción de determinados bienes, alterando el comercio entre Estados y el régimen de su competencia, que es lo que los principios comunitarios pretenden garantizar en todo momento.

El objeto de la «ayuda estatal» que, como excepción, permite este Reglamento es, a lo que a nosotros nos importa en este estudio, fomentar la creación de empleo para su ejercicio por trabajadores discapacitados, así como permitir la proporción de ayudas que estos Estados miembros destinen para cubrir los costes adicionales que el empleo de estos trabajadores discapacitados ha generado en el empleador (art. 1), en cualquier sector de la producción en ambos casos, y tanto en lo que importa al sector público como al privado.

A estos efectos, se entiende por trabajador discapacitado toda persona, que o bien esté reconocida como discapacitado con arreglo al derecho nacional que en cada caso le sea de aplicación, o bien sufra daños físicos, mentales o psicológicos reconocidos [art. 2 g)].

La amplia consideración de trabajador discapacitado que utiliza el precepto, en el sentido de que no es necesario tener que haberlo declarado así previamente mediante el procedimiento que corresponda, favorece una singularización de la ayuda con independencia de si la circunstancia discapacitante del sujeto ha sido o no previamente declarada. Nótese, no obstante, la diferencia jurídica que existe entre el discapacitado y el minusválido, en la medida en que su respectiva constatación jurídica transcurre, de hecho, por vías jurídicas muy diferentes, como acontece en el caso del ordenamiento jurídico Español, en el que se superponen competencias estatales para la declaración y graduación de la minusvalía, transferidas a las Comunidades Autónomas, y competencias estatales en orden a la declaración de incapacidad para el ejercicio de los derechos civiles de las personas y para poder lucrar determinadas prestaciones del Sistema Público de Seguridad Social, caso de ser acreedor de ellas. Así, según la normativa comunitaria, puede concederse una ayuda, que entre dentro del campo de la exención a las mismas que regula el Reglamento, sin necesidad de haber tenido que declarar al sujeto minusválido o discapacitado. Se acoge, en fin, una consideración omnicomprendensiva de la discapacidad a efectos del régimen de exención de las ayudas Estatales para el fomento del empleo, claramente orientada en una línea favorecedora de su utilización.

También es necesario conocer el concepto de «empleo protegido» que emplea el Reglamento, definido como aquel que se desarrolla «en un establecimiento en el cual como mínimo el 50 por 100 de la plantilla esté compuesto por trabajadores discapacitados sin posibilidad de obtener un empleo

en el mercado laboral abierto», concepto que nos conecta, en nuestro ordenamiento jurídico, con los Centros Especiales de Empleo, regulados por el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los centros especiales de empleo.

El régimen económico de las ayudas a la creación de empleo directo –no protegido– para trabajadores discapacitados se especifica en el artículo 5.

La «intensidad bruta de la ayuda» estatal concedida para la creación de empleo ⁷³, calculada como un tanto por ciento de los costes salariales durante el período de un año siguiente a la contratación, no podrá superar el sesenta por ciento. Este régimen se aplicará, incluso, cuando la contratación no represente un incremento neto del número de empleados en el establecimiento en cuestión, siempre que el trabajador permanezca en el empleo durante doce meses, como mínimo, excepción hecha de que la extinción contractual proceda de un despido procedente. Repárese en que, en estos casos, la ayuda directa del Estado puede ir dirigida no sólo a crear nuevos puestos de trabajo netos en la empresa o sector económico que sean desempeñados por trabajadores discapacitados, sino también a emplear a éstos sin atender a consideraciones cuantitativas, circunstancia que potencia la posibilidad de acogerse a las ayudas por parte de los empleadores.

El régimen económico de las ayudas para subvenir a los costes adicionales por la creación de empleo directo –no protegido– de los trabajadores discapacitados viene regulada en el artículo 6.

Se entiende que la ayuda concedida no deberá sobrepasar el nivel necesario para compensar cualquier reducción de la productividad resultante de la discapacidad que padece el trabajador. Tampoco podrá superar el coste de los gastos empleados en la adaptación de las instalaciones, o en la adquisición de equipo destinado a dichos trabajadores, ni tampoco podrá ser superior a los gastos que genera emplear a personal que dedique tiempo exclusivamente a asistir al trabajador discapacitado. Obsérvese la amplitud de la ayuda permitida en cuanto acoge, no ya los costes ocasionados por la adaptación del centro de trabajo, sino también aquellos destinados a la atención de los trabajadores discapacitados, circunstancia que, generalmente, ocasionará, a su vez, la contratación de trabajadores suplementarios.

Desde un punto de vista no sustancial también se regula el régimen de ayudas para la creación de empleo protegido. Ésta, no obstante, no podrá rebasar, aunque sí puede cubrir enteramente, los costes de construcción, instalación o ampliación del establecimiento en cuestión donde desarrollan su labor los trabajadores [art. 4.4 c) 2].

Ha de precisarse que el régimen Estatal de las ayudas a la creación de empleo sólo será permisible en el ámbito de la Unión, es decir, quedará exenta de la imposibilidad de realizarla cuando, o bien el beneficiario solicite expresamente dicha ayuda por sí mismo al Estado miembro, o éste haya adop-

⁷³ El propio artículo 2 c) define la «intensidad bruta de la ayuda» como el importe de la misma expresado en porcentajes de los costes pertinentes del proyecto, entendiéndose que todas las cifras empleadas se calcularán antes de cualquier deducción en concepto de fiscalidad directa.

tado medidas legales por las que se establece el derecho legal a la ayuda, atendiendo a criterios objetivos, sin que medie el ejercicio de un poder discrecional en su concesión (art. 7). Esta circunstancia nos conecta, directamente, con la posibilidad de que el Estado prefigure en su legislación interna medidas específicamente destinadas a la creación directa de empleo para trabajadores discapacitados.

d´) Las medidas de acción positiva.

Como veíamos con anterioridad, el artículo 4 del Convenio de la OIT número 159 exigía que los Estados miembros firmantes del Convenio interviniesen en el mercado del fomento de la ocupación de los discapacitados mediante el establecimiento de medidas de acción positiva. Igualmente afirmábamos cómo la Unión Europea había reconocido a este Convenio el valor de precedente normativo en el establecimiento de estas medidas en su normativa.

Así, el artículo 7 de la Directiva 2000/78/CE regula el ejercicio de las medidas de acción positiva, siguiendo las previsiones contenidas en la Recomendación de 1986 analizada anteriormente, en los siguientes términos: «1. Con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 (entre los que se incluía el de discapacidad del trabajador). 2. Por lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral».

La utilización de estas posibilidades confiere al Estado miembro la capacidad técnica de intervenir en el mercado laboral interno excepcionando el principio de igualdad de trato que él establece, usualmente al más alto nivel constitucional –también como manifestación particular del derecho comunitario en lo que respecta a la prestación de servicios en el territorio de la Unión, incluyendo los relacionados con las actividades profesionales por cuenta ajena y propia–, con el objeto de permitir que el paradigma igualitario generalmente seguido por éstos adquiera carta de naturaleza no sólo formal, sino también real, en el ejercicio diario de las actividades laborales por grupos generalmente excluidos de la empleabilidad ordinaria por motivos espurios.

Estas medidas son definidas doctrinalmente como los tratamientos preferenciales temporales en la contratación, promoción, o despidos de trabajadores, entendiéndose por tales aquellos procedimientos que garantizan una preferencia hacia la empleabilidad de una persona entre un grupo de competidores por alguna circunstancia personal (género, raza, religión u opiniones políticas, ejercicio sindical, o discapacidad) que, en la práctica diaria de la realidad laboral, la hace especialmente sensible para su no empleabilidad, patrocinando una acción de reacción inversa a la que usualmente acontece en el mercado laboral ⁷⁴.

⁷⁴ Sobre el particular, véase la excelente monografía de SIERRA HERNAIZ, E.: *Acción positiva y empleo de la mujer*. Ed. CES, Col. Estudios, número 82, Madrid, 1999, pág. 79.

Es decir, se pretende un tratamiento preferencial en el acceso (o permanencia) en el empleo a aquella persona perteneciente a un colectivo minoritario, otorgándole una preferencia o reserva para su contratación con carácter prioritario que a los sujetos pertenecientes a un colectivo mayoritario que no padecen la condición singular que justifica el empleo de la medida hacia ella en particular. Así se consigue, de un lado, hacer efectivo el principio de igualdad real por encima de la mera formalidad igualitaria proclamada en los textos constitucionales y legales, y, de otro, patrocinar la integración socio-laboral de colectivos con especiales dificultades en el acceso o permanencia en el empleo, jugando este segundo aspecto como elemento compensador de otras dificultades con las que dichos sujetos se encuentran en el desarrollo de la vida social.

La concreción legal de este propósito podrá concretarse, con carácter general, mediante dos fórmulas singulares. Exigiendo, desde el plano legislativo, que, en supuestos de igualdad sustancial de las capacidades de los aspirantes a un puesto de trabajo, especialmente en el ámbito de lo público, se contrate al trabajador perteneciente a alguno de los colectivos que merecen especial atención por estar infrarrepresentados en un ámbito laboral concreto en el que se produce la contratación; o bien, estableciendo una cuota o porcentaje de contratación obligatoria para los sujetos merecedores de este tipo de acción, como acontece, singularmente con los discapacitados en el ámbito de aplicación del artículo 38 de la LISMI, con todas las excepciones, por muchas que éstas sean de eficacia del principio general en el ámbito privado de las relaciones laborales, principalmente.

La utilización de estas medidas, como marco contextual de superación de las desigualdades, viene permitida excepcionalmente, como acaba de exponerse, por la normativa de la Unión, muy atenta a todos los problemas relacionados con la desigualdad de los trabajadores en el acceso y permanencia en el empleo por cualquier circunstancia. Y larga ha sido la lucha por su establecimiento en lo que respecta a la discriminación por razón de género, en la que se tiene una gran experiencia normativa, tanto legal, por haber dictado Directivas comunitarias sobre la materia, principalmente la ya mencionada 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, del Consejo, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales, y las condiciones de trabajo, como jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los conocidos casos «Kalanke» (Sentencia de 17 de octubre de 1995, C-450/93) y «Marshall» (Sentencia de 11 de noviembre de 1997, C-409/95)⁷⁵, que, en esencia entendieron que no es posible garantizar a las mujeres preferencia absoluta e incondicional frente a un hombre en el acceso o permanencia en el empleo, pero que también admitieron como legítimo el establecimiento de un trato preferente hacia ellas en función de la situación general de desventaja que históricamente han soportado en el mercado laboral.

Con todo, y aun regulándose en la normativa comunitaria, la verdadera efectividad de este tipo de medidas se contrasta en el crisol de la normativa interna de los Estados, en el bien entendido sentido de que lo que permite la legislación de la Unión es, de un lado, su construcción en los ordenamientos de los países miembros, y, de otro, su impulso como fórmula de política legislativa tendente a la igualdad real, y no meramente formal, de los súbditos de cada Estado.

⁷⁵ Que tuvieron su continuación con las SSTJUE «Badeck», de 28 de marzo de 2000 (asunto C-158/97), y «Abrahamsson», de 6 de julio de 2000 (asunto C-407/98).

III. LA PROYECCIÓN DE LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EN EL DERECHO SOCIAL ESPAÑOL

Cinco son, como se ha expuesto, los grupos de materias más importantes que se prevén en el ámbito internacional con respecto al fomento de la contratación de trabajadores discapacitados, todo ello al hilo de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico interno de la Directiva 2000/78/CE tantas veces mentada: la evitación de la discriminación por razón de la discapacidad que sufre el trabajador; el ejercicio de medidas de acción positiva por parte de los Estados miembros de la Unión (y firmantes del Convenio núm. 159 de la OIT) para el fomento de la contratación de trabajadores minusválidos; la evitación de la circunstancia de acoso laboral hacia el trabajador discapacitado; la inversión de la carga de la prueba en procesos en los que haya visos de discriminación del trabajador discapacitado por esta circunstancia; y, por último, la legitimación grupal que se concede a las asociaciones, o entidades de otro tipo, que representen, en juicio y fuera de él, los intereses de los discapacitados para el ejercicio activo de su defensa, especialmente en el ámbito laboral. Fuera de esta dinámica queda por reseñar las acciones de fomento directo del empleo en la contratación de trabajadores discapacitados que se utilizan en nuestro derecho interno, que será objeto de atención específica al hilo del estudio de las medidas de acción positiva «suplementarias» que se establecen a favor del colectivo femenino que sufre una discapacidad.

Procede, por tanto, analizar cómo se ha traspuesto la Directiva comunitaria a nuestro derecho interno ⁷⁶, pues su plazo de cumplimiento ordinario vencía el 2 de diciembre de 2003 según dispone el artículo 18.1 de la misma, siguiendo la agrupación conceptual de materias anteriormente efectuadas.

Aunque ha de advertirse, ya de entrada, que al igual que ha sucedido con la transposición de otras Directivas, nuestro posicionamiento normativo al respecto se ha visto incrementado notablemente en la materia ⁷⁷, circunstancia que, de un lado, propicia no pocas dudas hermenéuticas en la interpretación conjunta de todas ellas, y, de otro, cuestiona la necesidad de esta superproducción legislativa en un ordenamiento como el nuestro que cuenta con un sistema tutelar avanzado para la proscripción de la discriminación, aunque probablemente poco explotado en todos los puntos de su eventual desarrollo ⁷⁸, amén de cuestionar la técnica por la que se adecuan las previsiones de la Directiva a nuestro ordenamiento jurídico, haciendo un uso (más que) excesivo de la conocida como «Ley de acompañamiento», que se ha convertido, desde hace algunos años, en la norma «más temida» por los juristas, tanto por el cúmulo de preceptos de otras normas que son modificados y su escasí-

⁷⁶ Una propuesta de transposición, fielmente seguida en algunos puntos por el cúmulo de normas recientemente aprobadas, es la elaborada por el Comité Español de Representantes de Minusválidos (CERMI), que puede consultarse en su página web: <http://www.cermi.es/Graficos/index.asp>

⁷⁷ Además de las específicamente laborales que se mencionan en este trabajo, cabe reseñar aquí la aprobación de una norma de gran trascendencia, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE de 19 de noviembre), y de otra de espectro menor, como lo es la Ley 10/2003, de 26 de diciembre, sobre el acceso al entorno de las personas con discapacidad acompañadas de perros de asistencia (BOE de 29 de enero de 2004).

⁷⁸ La idea, expresada en términos generales, es de CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Avanzando por la senda de la igualdad...», *op. cit.*

sima *vacatio legis*, como, principalmente, por el necesario acudimiento a ella para apreciar definiciones legales que, en buena técnica, deberían haber sido incorporadas en cada una de las normas sectoriales que modifica.

A) La proscripción de la discriminación en el empleo por la discapacidad que sufra el sujeto.

El ámbito aplicativo de la proscripción de la discriminación en las relaciones laborales, como proyección del derecho «inespecífico» para los trabajadores que se deduce del artículo 14 CE, viene concretado en dos preceptos sustanciales del ET, cuyo tenor literal, con anterioridad a la modificación que en los mismos se opera por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para (LMFAyOS-2004, en adelante), era el que sigue. Artículo 4.2 c) ET cuando regula el derecho de los trabajadores en su relación de trabajo a «no ser discriminados para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, por la edad dentro de los límites enmarcados por esta Ley, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de la lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate». Artículo 17: «Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones desfavorables por razón de edad o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español».

Como bien claramente se deduce del tenor literal de los mismos, la circunstancia de la discapacidad sólo estaba recogida expresamente en el artículo 4 ET, pero no en el artículo 17 ET que es el que regula, con carácter general, el marco de la relación individual de trabajo, es decir, el que establece el derecho a la no discriminación como derecho derivado directamente de la relación de trabajo.

La pregunta a responder, entonces, era (antes de la reforma operada que se comentará seguidamente) si, aun a pesar de la ausencia de mención expresa en el artículo 17 ET de la circunstancia de la discapacidad como elemento tipo de la discriminación, puede considerarse implícita esta consecuencia en el mismo en el desenvolvimiento ordinario de las relaciones laborales.

Dos argumentos abogan por contestar la pregunta afirmativamente. En primer lugar, la conexión ya mencionada de dicho precepto con el artículo 14 CE que, como decimos, no establece un catálogo de *numerus clausus* de discriminación entre los motivos que enumera. En segundo lugar, que otras normas, estatutarias y no [art. 4.2 c) ET; arts. 8.12 LISOS, y 314 CP] sí refieren, para proscribirla, expresamente la circunstancia de la discapacidad entre los motivos que pueden dar origen a la discriminación.

No parecía necesario, en fin, modificar el precepto para incorporar en él la circunstancia de la discapacidad como generadora de discriminación, como parece deducirse de lo dispuesto en la Directiva 2000/78/CE, entendiéndose que el objetivo de esta norma comunitaria se entiende cumplido con la práctica interna de los Estados, pues se consideran ya adoptadas las medidas necesarias de cumplimiento de la misma, en los términos previstos en su artículo 16, que expresamente compromete la actuación de los Estados para que, de un lado, supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato, y, de otro, se puedan declarar nulas e inválidas las disposiciones contrarias a dicho principio que figuren en los contratos de trabajo o en los convenios colectivos.

Aun así, la LMFyOS-2004, en un interesante Capítulo III (integrado en el Título II. De lo Social), destinado a adecuar la legislación española a lo dispuesto en las dos directivas de 2000 (la 2000/43/CE referida a la discriminación por el origen étnico o racial, y la 2000/78/CE específicamente destinada a la discriminación por motivos de discapacidad) sí propone, en su artículo 37, cuarto la modificación del artículo 17.1 ET con el objeto de que éste incorpore expresamente la circunstancia de la discapacidad del sujeto como causa de discriminación desfavorable en la relación de trabajo.

Dos modificaciones significativas más incorpora el inciso, en orden a aclarar el sentido que ha de dársele al artículo 17 ET.

En primer lugar, la idea de que la discriminación que se proscribe (por esta circunstancia de discapacidad y por cualquier otra que en el mismo precepto se contiene) puede ser directa o indirecta, en la misma línea que la modificación que se ha operado por el artículo 37. uno de la LMFyOS-2004 en el artículo 4.2 c) ET. Para la definición de ambos conceptos (discriminación directa e indirecta) ha de acudir, directamente, a lo dispuesto en el artículo 28 de esta LMFyOS-2004, pues sus previsiones no han sido incorporadas a precepto alguno del ET.

El referido precepto dispone que se entenderá por discriminación directa «cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón de.../...discapacidad» [art. 28.1 b) LMFyOS-2004].

Por su parte, la discriminación indirecta es aquella que surge «cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de.../...discapacidad.../...siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios» [art. 28.1 c) LMFyOS-2004].

Como bien puede observarse, la transposición a nuestro derecho interno de lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Directiva 2000/78/CE ha sido prácticamente literal, en el sentido de no haber construido articulación jurídica más allá de la mera transposición mecánica de los dictados de la Directiva.

Aun siendo esta práctica criticable, lo más peligroso del proceder del legislador es que se realice la armonización de nuestra legislación a lo previsto en la Directiva mediante una Ley de Acompañamiento que modifica, a veces muy sustancialmente, gran parte de la estructura interna de cada vez más sectores del ordenamiento jurídico. En dos sentidos principalmente ⁷⁹.

En primer lugar, por ser ésta una norma destinada estructuralmente a reformar aquellas otras del ordenamiento que, por la entrada en vigor de los presupuestos generales del Estado para el año siguiente, han quedado «descuadradas» con relación a estos. Así, se viene detectando en los últimos años una tendencia a «inflar» la Ley de Acompañamiento con el objetivo de emplearla para fines distintos de los que fue concebida. Que se aproveche la referida norma para modificar unas cuantas normas no estrictamente relacionadas con los presupuestos de cada año puede ser razonable, incluso admisible en técnica legislativa. Que se impriman ciento veinte páginas del Boletín Oficial que entran en vigor al día siguiente con esta pretensión no lo es en absoluto.

Aun con todo, lo más preocupante del fenómeno, en segundo lugar, es la falta de «autoconciencia» que tiene la referida LMFAYOS. Es decir, el empleo de la referida norma no únicamente para modificar otras normas, sino para incorporar numerosos preceptos que van a tener vida autónoma en la referida norma por no haberse incorporado sus dictados en otros artículos del ordenamiento jurídico, circunstancia que puede cuestionar la legalidad del empleo de esta técnica en un país que garantiza la seguridad jurídica como valor capital del sistema normativo (art. 9.3 CE), y que debería llevar al Tribunal Constitucional a reaccionar enérgicamente contra esta práctica, tal y como hizo ante el idéntico exceso en el que incurrieron anteriores Leyes de Presupuestos ⁸⁰.

Esto es exactamente lo que sucede con muchas de las previsiones contenidas en el referido Capítulo III de la LMFAYOS-2004, cuya aplicación directa, pero también vicaria en la interpretación de otros preceptos del ordenamiento jurídico, obliga a un cierto «cambalacheo» normativo impropio de un sistema jurídico evolucionado.

Llama la atención, en este sentido, que ninguna repercusión sobre el texto final de la Ley hayan tenido las advertencias efectuadas por el informe del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de la referida LMFAYOS, que textualmente precisa que la crítica más importante que se le puede hacer al referido texto «...no es otra que el menoscabo de la seguridad jurídica que provoca el uso de una Ley que regula una profusión de materias normativas dispersas de difícil localización y entendimiento para el ciudadano obligado por ellas», añadiendo que «...esta Ley no es el lugar más apropiado para efectuar correcciones de tipo técnico que no revisten la entidad suficiente como para figurar en una Ley de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. Por otro lado, esta Ley no se limita a aspectos directamente relacionados con la ejecución del Presupuesto y se utiliza, en ocasiones, para introducir modificaciones normativas de calado que exceden de su carácter de complementariedad a la Ley de Presupuestos...» ⁸¹.

⁷⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La incorregible "Ley de acompañamiento" y el principio de igualdad», WestLaw, BIB 2004\45.

⁸⁰ Así, SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Contenido sociolaboral de las Leyes 61 y 62/2003, de presupuestos y acompañamiento para 2004 (I)», WestLaw, BIB 2003\1530

⁸¹ Consejo Económico y Social. Dictamen número 11 sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Sesión extraordinaria del Pleno de 7 de octubre de 2003, pág. 21.

Pero es que, además, el ordenamiento con respecto a la discapacidad se ha modificado en los últimos meses de forma muy significativa, por lo que no se alcanza a comprender la razón que anida en el legislador en dotar de autonomía a una norma como la de acompañamiento que, de suyo, debería estar abocada a su extinción, al menos en buena técnica jurídica, tras la reforma de los textos jurídicos que modifica.

Obsérvese, en este sentido, cómo el artículo 6.1 y 6.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, publicada en el BOE el día mundial de la discapacidad, esto es, el tres de diciembre, prevé, prácticamente en los mismos términos que días después observa la LMFAYOS-2004, la discriminación directa e indirecta, aunque añada algún matiz poco esclarecedor en lo que a la ocupación de los trabajadores discapacitados importa.

Cierto es que la aplicación de la referida norma sólo puede emplearse de manera supletoria para el «ámbito del empleo y la ocupación», según nos informa el artículo 3 *in fine* de la referida Ley 51/2003, pero no lo es menos que podría haberse aprovechado la ocasión para incorporar la definición de discriminación directa e indirecta en una norma laboral, y no en una Ley de Acompañamiento ⁸², circunstancia que obliga, como hemos criticado, a un «cambalacheo» normativo poco satisfactorio. El argumento que exponemos viene reforzado, *a fortiori*, con la modificación que se opera en la LISMI, pues el artículo 38.uno de la LMFAYOS-2004 modifica el artículo 37 de aquélla para reproducir, en términos idénticos, la tipificación de qué ha de entenderse por discriminación directa e indirecta.

Pero es que además, apurando el argumento de la necesaria modificación del ordenamiento para dar cobertura al ámbito de la discriminación indirecta, nuestro Tribunal Constitucional ya había entendido incluida la discriminación indirecta (o oculta) en las normas vigentes que regulaban, para proscribirlo, el trato desigual en las relaciones laborales, por lo que la modificación operada, además de incorporarse en un texto no específicamente laboral, dando lugar a una deslocalización impropia, no era, en puridad, totalmente necesario. Efectivamente, en la STC 145/1991, de 1 de julio, se precisaba, en relación con el sexo como criterio discriminatorio, pero cuyo argumento es fácilmente exportable al tratamiento desigual por cualquier tipo de circunstancias prohibidas, que: «La prohibición constitucional de discriminación por características personales.../...como signo de pertenencia.../...a un grupo social determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica, se conecta también con la noción sustancial de igualdad. Ello permite ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación, para incluir no sólo la noción de discriminación directa, o sea, un tratamiento diferencial perjudicial en razón del sexo donde el sexo objeto de consideración directa, sino también la noción de discriminación indirecta, que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo a causa de la diferencia de sexo». En el mismo sentido se han manifestado las SSTC 58/1994, de 28 de febrero, y 147/1995, de 16 de octubre ⁸³.

⁸² Así, SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Contenido sociolaboral...», *op. cit.*

⁸³ Sobre el particular véase BALLESTER PASTOR, M.ªA.: «Normativa nacional en materia de igualdad de trato en el ámbito laboral y de la Seguridad Social», WestLaw, BIB 1998\608.

Como segunda novedad, se incorpora por la referida LMFAYOS-2004 un inciso adicional al artículo 17.1 ET para declarar que «Serán igualmente nulas las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación». Para los aspectos sancionadores de la conducta empresarial en este sentido se modifica también el 8.12 TRLISOS, como se tendrá ocasión de exponer.

Tampoco aquí parecía necesario positivizar esta circunstancia, pues era una de las consecuencias lógicas que se deducen del funcionamiento mecánico del artículo 4.2 g) cuando refiere el derecho de los trabajadores «al ejercicio individual de las acciones (administrativas y judiciales) derivadas de su contrato de trabajo»⁸⁴.

Aún con esto, por un excesivo celo en clarificar el panorama anulatorio de la disposición, se ha preferido datar legislativamente esta circunstancia. El exceso normativo parece, no obstante, producto de un innecesario designio explicativo, en contra, en este caso, de la siempre deseable simplicidad de la norma, entendida como conjunto organizado de disposiciones con fuerza obligatoria. Hay que reconocer, no obstante, que la modificación de este precepto del Estatuto puede considerarse una consecuencia obligada de lo dispuesto en el artículo 11 de la Directiva 2000/78/CE cuando dispone que «Los Estados miembros adoptarán en sus ordenamientos jurídicos las medidas que resulten necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido o cualquier otro trato desfavorable adoptado por parte del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato». Aun así, como decimos, el ámbito de libertad en la transposición de las Directivas ha sido apreciado de forma muy escueta, modificándose el ordenamiento para incorporar unas previsiones que fácilmente se deducían de la interpretación integrada de sus disposiciones vigentes.

La segunda incorporación que efectúa la LMFAYOS-2004 (en su art. 37.uno) altera lo dispuesto en el ya narrado segundo párrafo del artículo 4.2 c) ET, con el objeto de sustituir la mención allí existente a la discriminación por razones de «disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales» por una mención más generalista como lo es la «discapacidad». Se emplea, en fin, un concepto más moderno que el anteriormente existente y que se adecua mejor a la terminología que procede de la Organización Mundial de la Salud.

La protección de la no discriminación se asegura, además de lo observado, mediante el empleo de diferentes técnicas jurídicas. En primer lugar, negando eficacia alguna a los posibles instrumentos de los que emane la discriminación, aunque procedan no sólo de las prácticas empresariales, sino también incluso si procede de una norma. De otro lado, también se asegura la proscripción de la discriminación desde el sistema sancionador en el ámbito laboral, como se deduce del campo de actuación del artículo 8.12 LISOS, en la redacción que se le ha dado por el artículo 41.uno de la LMFAYOS-2004, cuando tipifica como infracciones muy graves en materia de relaciones laborales: «Las decisiones unilaterales del empresario que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por

⁸⁴ Así, por ejemplo, citando la doctrina del propio Tribunal Constitucional, el ATC 267/2000, de 17 noviembre. Como ejemplo de claridad reciente véase la STSJ de La Rioja, de 20 de diciembre de 2002 (AS 2002\258).

razón de.../...discapacidad.../...así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación».

Se abarca con esta definición del ilícito social, en fin, los dos aspectos anteriormente tratados, con singular importancia, en este caso, del segundo, que innova el ámbito de comisión de la infracción, y por tanto de la sanción, a aspectos anteriormente no tratados, como exigencia razonable de la tipicidad que debe presidir el ordenamiento sancionador. Así, la sanción empresarial que se articule como consecuencia de la actuación del trabajador que ha acudido a la vía administrativa o jurisdiccional para hacer valer su derecho a la igualdad de trato y no discriminación, no sólo será considerada nula como hasta la entrada en vigor de la norma (art. 8.12 TRLISOS y art. 17 ET)⁸⁵, sino que se considerará como sanción autónoma, muy grave en materia de relaciones laborales.

Por último, conviene significar que el artículo 314 CP considera delito contra los derechos de los trabajadores la «grave discriminación en el empleo.../...contra alguna persona por razón de.../...minusvalía», aunque este precepto no ha sido alterado, quizá por entender que la utilización del derecho penal en estos supuestos parece excesivo, además de funcionar correctamente el tipo de injusto data-do⁸⁶.

Cabe señalar, por último, que la LMFyOS-2004, para dar cumplimiento al mandato previsto en el artículo 13.2 de la Directiva 2000/78/CE que patrocina que los objetivos igualitarios de la misma se cumplan mediante la concertación de convenios colectivos, realiza una llamada, en el artículo 42 de la misma, en el sentido de indicar que «Los convenios colectivos podrán incluir medidas dirigidas a combatir todo tipo de discriminación en el trabajo, a favorecer la igualdad de oportunidades y a prevenir el acoso por razón de.../...discapacidad...»⁸⁷.

La Directiva Europea referenciada, en la línea de lo también marcado por la Directiva 2002/73/CE relativa al principio de igualdad por razón de sexo, incorpora el principio de «transversalidad» mediante el cual pretende ponerse la atención en que la regulación de los aspectos normativos de la Unión ha de estar presente en todos los aspectos de la vida social de los Estados miembros, haciendo particularmente responsables del cumplimiento de sus dictados a los destinatarios de la norma. Así, los objetivos marcados no necesariamente encuentran su obligado cumplimiento con disposiciones normativas emanadas de los órganos legislativos, sino que la imbricación de todos los sectores sociales en el objetivo pretendido es mucho más profunda si se realiza mediante convenio colectivo⁸⁸.

⁸⁵ Sobre el particular véase SEMPERE NAVARRO, A.V.; MERCADER UGINA, J.R.; TOLOSA TRIBIÑO, C. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Comentario a la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2003, págs. 131-2.

⁸⁶ Sobre el funcionamiento del tipo véase GUTIÉRREZ SOLAR CALVO, B. (Con SEMPERE NAVARRO, A.V.; CORDERO SAAVEDRA, L. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.): *Derecho público sancionador del trabajo*. Ed. Colex, Madrid, 2001, págs. 248 y ss.

⁸⁷ Un estudio general sobre esta posibilidad véase en MIRANDA BOTO, J. M.ª.: «El papel de la autonomía colectiva en la transposición de directivas», WestLaw, BIB 2003\146.

⁸⁸ Sobre el particular debe prestarse atención, *mutatis mutandis*, a las advertencias efectuadas por el Consejo Económico y Social en su informe 2/2003 titulado «La negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres», aprobado en la sesión ordinaria del pleno de 22 de octubre de 2003.

Desde otro punto de vista es conveniente señalar que la recientemente aprobada Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, que ha venido a sustituir a una vetusta norma de 1980, desfasada claramente por su inadecuación a los tiempos en que se dictó, y por los fenómenos normativos ulteriores, principalmente la aprobación (y desarrollo reglamentario) del ET y la implicación de la Unión Europea y sus peculiar sistema normativo, se preocupa de la atención a los trabajadores discapacitados en diferentes pasajes.

En primer lugar, para exigir, como objetivo de la política de empleo, la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación por las causas especificadas en el artículo 17 ET [art. 2 a)] entre las que ha de considerarse incluida de forma expresa la discapacidad del trabajador; en segundo lugar, para asegurar políticas adecuadas de integración laboral de colectivos que presenten mayores dificultades para la inserción en el mercado de trabajo, entre los que se mencionan expresamente a los discapacitados [art. 2 d)], y, en tercer lugar, para señalar que estos principios rectores de la política de empleo se elevan a la categoría de fines del Sistema Nacional de Empleo [art. 6 a) y d)].

Repárese, además, en que los trabajadores discapacitados son uno de los colectivos de atención prioritaria de las políticas de empleo que se regulan en los artículos 23 a 26 de la referida norma, mención expresa de la que carecía el precepto en el texto del Proyecto de Ley ⁸⁹ y que se incorporó al articulado final de la norma (probablemente) por las advertencias que en este sentido se formularon por el Consejo Económico y Social en el informe que se emitió sobre el Anterproyecto de articulado ⁹⁰, lo que ha de considerarse altamente satisfactorio en orden al cumplimiento de los objetivos que pretende el ordenamiento laboral.

Por su parte, el artículo 37.1 de la LISMI (modificado, aunque no sustancialmente en este punto, por el artículo 38.uno LMFAYOS-2004) dispone en la misma línea como «finalidad primordial de la política de empleo de trabajadores con discapacidad su integración, en condiciones que garanticen la aplicación del principio de igualdad de trato, en el sistema ordinario de trabajo...», argumento que se conecta con lo anteriormente afirmado con respecto a los designios de la OIT y de la Unión Europea con respecto a la integración de los trabajadores discapacitados en el mercado «regular» de trabajo.

B) La protección del acoso laboral por motivos de discapacidad

Siguiendo la línea trazada por la Directiva 2000/78/CE en la protección del acoso en el trabajo por motivos de discapacidad, la LMFAYOS-2004 modifica diferentes pasajes del ET para incorporar sus previsiones al ordenamiento laboral español, tal y como prevé que se haga el artículo 2.3 de la referida Directiva.

⁸⁹ Boletín Oficial de las Cortes Generales, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley: 121/000169, de 30 de julio de 2003, número 169-1

⁹⁰ Consejo Económico y Social. Dictamen 7/2002, sobre el Anteproyecto de Ley de Empleo, aprobado en la sesión del Pleno de 24 de junio de 2002.

Así, sin definir qué ha de entenderse por acoso, se modifica (por el art. 37.dos) el artículo 4.2 e) ET para ampliar el espectro de los derechos que tiene el trabajador en su relación de trabajo: «Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales y físicas de naturaleza sexual y frente al acoso por razón de.../...discapacidad...».

La única adición que experimente el precepto con respecto a su texto original es la referencia al acoso por motivos de discapacidad, aunque, probablemente, no hubiese sido necesaria la modificación que se propone del precepto, por encontrarse su *ratio iuris* incluida en la mención que en este mismo artículo se hace a la «consideración debida». El sentido aclaratorio del ordenamiento español que se quiera potenciar en la transposición de las Directivas de la Unión obra aquí, una vez más, un efecto inocuo, pues, en verdad, nada parece aportar seriamente al mismo.

La definición de acoso por motivos de discapacidad, sin embargo, no viene incorporada al articulado del ET. Su apreciación ha de deducirse de lo dispuesto en el artículo 28.1 d) LMFyOS-2004 cuando define el acoso como «toda conducta no deseada relacionada con.../...la discapacidad.../...que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio humillante u ofensivo», en la línea de lo ya mantenido por la STC 136/2001, de 18 de junio, cuando afirma –para perfilar el acoso sexual– que además de las manifestaciones groseras en que se concrete éste ha de ser un «...comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato...»⁹¹.

Dos tipos de observaciones pueden realizarse al precepto, una general, relativa a la idoneidad de la Ley de Acompañamiento para articular definiciones jurídicas generales para toda un sector del ordenamiento, cuando quizá hubiese sido más operativo introducirlas en el articulado del Estatuto de los trabajadores, y otras específicas, relativas al funcionamiento del tipo.

Con respecto a estas últimas es interesante precisar, en primer lugar, como en el seguimiento fiel de la dicción de la Directiva obra un efecto prejudicial para el acosado que «no desea» ser objeto de acoso, en la medida en que debería haberse considerado que toda conducta de acoso por sí misma es no deseada, con el fin evitar que la eventual anuencia forzada del trabajador discapacitado con respecto al acoso ejercido sobre él prive de eficacia punitiva a la conducta malintencionada de su agresor.

En segundo lugar, que, tal y como queda redactado el ilícito, la conducta del acosador ha de tener, de un lado, una consecuencia atentatoria contra la dignidad del trabajador discapacitado, además de crear un entorno hostil. La utilización de la copulativa y en vez de la disyuntiva *o* permite deducir esta consecuencia. Hubiera sido más razonable, en este sentido, entender que se incurre en la circunstancia de acoso cumpliéndose cualquiera de los dos objetivos previstos por la norma: el atentado contra el trabajador por motivos de discapacidad, así como la creación de un entorno intimidatorio.

⁹¹ En la misma línea la STSJ de Madrid, de 11 de febrero de 2002 (AS 2003\707).

Llama la atención, en este sentido, que el artículo 7 a) de la Ley 51/2003 define el acoso como «toda conducta relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo». Aquí sí se emplea la disyuntiva en vez de la copulativa, lo que obra el efecto de regular en un ámbito no estrictamente laboral la circunstancia de acoso de forma más general. Hubiera sido deseable que la norma laboral contuviese un espectro más amplio de aplicación, aunque tampoco es deseable la idea de que en la interpretación del precepto se abogue por entender que cualquier conducta de acoso atentatoria contra la dignidad del trabajador se presume que crea un entorno intimidatorio, no exigiéndose, en fin, la concurrencia consecutiva de los dos efectos que legislativamente se requieren.

La LMFyOS-2004 también incorpora otra novedad al panorama legislativo del acoso por discapacidad, pretendiendo (el art. 37.5) la modificación del artículo 54.2 ET con el objeto de incorporar una nueva causa [g] de despido disciplinario del trabajador que ejerza «El acoso por razón de.../...discapacidad.../...al empresario o las personas que trabajen en la empresa». Aunque, probablemente, tanto la mención al acoso sufrido por el empresario, como la referida a los demás trabajadores de la empresa, encontraría una recepción (natural y poco forzada) en la causa de despido disciplinario que refiere como legitimadora de tal decisión empresarial «las ofensas verbales o físicas al empresario o las personas que trabajan en la empresa», pues no otra forma de comisión del ilícito que prescribe puede pensarse, aquí sí parece oportuna la mención expresa a esta causa de despido, dado el carácter restrictivo que opera en la interpretación de los preceptos relativos a las sanciones de las que son acreedores los trabajadores por sus incumplimientos contractuales laborales.

Llama la atención, no obstante, que no se tipifique como causa de despido el acoso que sufran los familiares del empresario o de las personas que trabajen en la empresa, aunque, probablemente esta situación pueda reconducirse, fácilmente, a la causa de despido disciplinario prevista en el artículo 54.2 c) ET cuando prevé esta consecuencia ante «Las ofensas verbales o físicas al empresario o las personas que trabajen en la empresa o a los familiares que convivan con ellos», en la medida en que el acoso ha de concretarse, cabalmente, en alguna de las formas de comisión que el inciso regula. Es decir, toda situación de acoso constituye una ofensa, y ésta no es posible inferirla sin una agresión física o verbal.

También modifica la LMFyOS-2004 (art. 40.dos) el artículo 181 LPL para incorporar al cauce de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales el acoso por motivos de discapacidad. La versión que se propone tiene el siguiente tenor literal: «Las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo. En dichas demandas se expresarán el derecho o derechos fundamentales que se estimen infringidos».

El mérito de la innovación se contrae a disciplinar los acosos laborales en el trabajo por el cauce procesal específico de tutela de los derechos fundamentales, lugar adecuado para encauzar pretensiones de este tipo. Como se verá más adelante, en este peculiar proceso están vigentes las reglas de inversión de la carga de la prueba que, con carácter general, se regulan en el artículo 96 LPL (también modificado por la LMFyOS), por disposición expresa del artículo 179.2 de la misma ley.

El régimen sancionador en vía administrativa de la actitud de acoso encuentra su necesario mención en la modificación que experimenta el artículo 8.13 TRLISOS para incorporar un nuevo apartado 13 bis por la LMAFyOS-2004 (art. 41.dos), con el objeto de considerar infracción muy grave en materia de relaciones laborales «El acoso por razón de.../...discapacidad.../...cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo».

Repárese en que, para que el ilícito se concrete, ha de existir una constancia de que el empresario, titular del poder de dirección en virtud del cual se delega éste hacia otras personas que le representan en la empresa, conoce la actitud fraudulenta, y no hubiese articulado las medidas destinadas a impedir el acoso, aunque no puede desestimarse que se incurra en el tipo previsto por la infracción mediante *culpa in vigilando*⁹² cuando la actitud de acoso es ejercitada por un trabajador de la empresa y no directamente por el empresario⁹³. Nada se añade sobre la necesaria reparación del daño causado, aunque, probablemente, la no mención encuentra su justificación en el tipo de norma sancionadora en el que se instituye.

C) El régimen de las medidas de acción positiva.

Como sabemos, las medidas de acción positiva las constituyen «aquellas medidas que tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como persona» (STC 269/1994, de 3 octubre).

El cumplimiento del mandato contenido en el artículo 7 de la Directiva 2000/78/CE se alcanza con las modificaciones que opera en el ordenamiento jurídico tanto la LMFyOS-2004 como la Ley 51/2003, además de otras normas recientemente aprobadas, a lo que ha de sumársele lo dispuesto en el todavía vigente artículo 38 LISMI, que constituye, en esencia, el mecanismo jurídico más importante con respecto al ejercicio de «medidas de acción positiva» para el fomento de la contratación de trabajadores minusválidos en las empresas privadas y públicas.

La LMFyOS-2004 sólo prevé en su artículo 35 que «Para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de.../...discapacidad.../...el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o se adopten medidas específicas a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten relativas a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de la presente sección». En los mismos términos se incorpora un nuevo precepto 37 bis en la LISMI (art. 38.dos de la LMFyOS-2004).

Como bien se deduce de la lectura del precepto, la exigencia que impone se conecta, de un lado, con lo previsto en el artículo 17.2 ET (no modificado en este punto por la referida Ley de Acompañamiento) que legitima para el ámbito de aplicación del ET el establecimiento de medidas de reserva para ser contratado, y, de otro, con lo previsto en el artículo 38.1 de la LISMI en la redacción dada por la LMFyOS-2004.

⁹² Véase, a este respecto, la STSJ de Castilla-La Mancha, de 26 de junio de 2002 (AS 2003\669).

⁹³ STSJ de Andalucía (Sevilla), de 26 de diciembre de 2002 (AS 2003\3044).

No se alcanza a comprender, no obstante, cuál es la eficacia real de una norma como la transcrita, que, ni obliga a modificar las previsiones idénticas previstas en otras normas realmente efectivas, ni adiciona criterio interpretativo alguno para extender la eficacia aplicativa de aquéllas. Es una norma de auténtico relleno, que únicamente obstaculiza el panorama interpretativo de este tipo de medidas, y cuyo único espíritu es contribuir, formalmente, al cumplimiento de transposición de la Directiva 2000/78/CE, sin que, como decimos, aporte nada significativo al panorama de la cuestión.

Por otra parte, como decimos, también la Ley 51/2003 prevé la regulación de este tipo de medidas de acción positiva en sus artículos 8 y 9. Así, su artículo 8 dispone, bajo el genérico título de «Medidas de acción positiva», que «1. Se consideran medidas de acción positiva aquellos apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad. 2. Los poderes públicos adoptarán las medidas de acción positiva suplementarias para aquellas personas con discapacidad que objetivamente sufren un mayor grado de discriminación o presentan menor igualdad de oportunidades, como son las mujeres con discapacidad, las personas con discapacidad severamente afectadas, las personas con discapacidad que no pueden representarse a sí mismas o las que padecen una más acusada exclusión social por razón de su discapacidad, así como las personas con discapacidad que viven habitualmente en el ámbito rural. 3. Asimismo, en el marco de la política oficial de protección a la familia, los poderes públicos adoptarán medidas especiales de acción positiva respecto de las familias en las que alguno de sus miembros sea una persona con discapacidad».

Por su parte, el artículo 9, titulado «Contenido de las medidas de acción positiva», dispone que «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».

Como puede observarse, los «apoyos específicos», que dan origen al propio concepto de acción positiva, no se concretan en qué consisten en esa propia norma, y, en particular, si se va a elegir un sistema promocional puro, o bien un sistema de reserva de cuotas como acontece con el artículo 38 LISMI. El contenido de dichas medidas, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 9, podrá instituirse teniendo presente ambos modelos, al significar que podrán consistir en: apoyos complementarios, singularizados en ayudas económicas, técnicas, asistenciales etc, y también en «criterios o prácticas más favorables».

Como se deduce del texto de estos preceptos, la acción positiva puede singularizarse en la teoría general de su utilización mediante dos tipos de fórmulas muy heterogéneas entre sí. En primer lugar, una que ayude a establecer «cuotas» o «porcentajes» de obligatoria contratación de trabajadores minusválidos, como se hizo ya con poco éxito (real, que no formal) en la LISMI para los ámbitos de las empresas públicas y privadas; o bien, en segundo lugar, mediante el establecimiento de un

programa de ayuda (principalmente económica) dirigida a subvencionar el coste diferencial que acreaba para los empleadores la contratación de trabajadores minusválidos, asunto que se ha realizado, casi siempre, con la subvención del coste que suponía adaptar el lugar físico de trabajo para las necesidades que se deriven de la condición de minusválido del sujeto, así como aligerar la carga de los costes de Seguridad Social de estos trabajadores, generalmente empleando las típicas medidas de fomento de empleo que se prevén, prácticamente con periodicidad anual, en la Ley de Acompañamiento que aprueba el «Programa de Fomento de Empleo».

Pues bien, en cumplimiento de ambas medidas se han adoptado recientemente dos normas.

En primer lugar, la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados, publicada en el BOE el jueves 11 de diciembre, mediante la que, en cumplimiento de la obligación de transponer la Directiva 2000/78/CE, se modifica el porcentaje de reserva obligatorio en las ofertas de empleo público para que puedan ser cubiertas por personas que acrediten una discapacidad igual o superior al treinta y tres por ciento, para elevarlo desde el 3 por 100 que se establecía en la Ley 23/1988, de 28 de julio, hasta al cinco por ciento de la oferta total, para que, de modo progresivo se alcance el dos por ciento de trabajadores (funcionarios y personal contratado) minusválidos en la Administración General del Estado.

Solamente mencionar dos cuestiones sobre esta modificación. En primer lugar, que la referencia con respecto a la acreditación de la circunstancia de discapacidad ha de relacionarse con la minusvalía que padece el sujeto, competencia transferida actualmente a todas las Comunidades Autónomas (a pesar de existir unas bases de procedimiento aplicables en todo el Estado); y, en segundo lugar, que la norma sale al paso del atraso que experimentaba la Administración General del Estado en el porcentaje que establecía de reserva para trabajadores minusválidos, en tanto que numerosas Comunidades Autónomas ya había elevado dicho umbral con respecto a sus respectivos empleados públicos.

En segundo lugar, el Consejo de Ministros del 5 de diciembre de 2003 ha aprobado el «II Plan de Acción para las personas con Discapacidad 2003-2007», que contiene algún tipo de medidas relacionadas con el fomento de la contratación de trabajadores discapacitados.

Así, en su «Área 2. Políticas de inserción laboral» pretenden, en esencia, mejorar las tasas de actividad y de ocupación de las personas con discapacidad mediante la articulación técnica de una serie de propuestas de actuación, entre las que cabe destacar: La constitución de una oficina especializada para promover la participación de las personas con discapacidad; el establecimiento de un sistema arbitral para resolver las reclamaciones que se planteen en materia de igualdad de trato, siguiendo, para ello, las premisas previstas en el artículo 17 «Arbitraje» de la Ley 51/2003 recientemente promulgada, de difícil efectividad en lo que respecta al empleo por ser la resolución de los conflictos que estos problemas generan una cuestión que afecta, en exclusividad, el poder jurisdiccional; en tercer lugar, mediante la potenciación de «itinerarios individualizados» para favorecer el acceso al mercado de trabajo, en el que se coordinarán medidas formativas y profesionales, de necesaria ubicación ulterior dentro de los sistemas formativos actualmente vigentes, especialmente el referido a formación profesional y formación continua; en cuarto lugar, mediante la actividad de un «compromiso de empleabilidad» para las personas con discapacidad que les facilite una oportunidad de empleo antes de que alcancen los seis meses de desempleo, muy en la línea de lo que prevé, en términos muy similares, la renta activa de inserción

cuando regula el «compromiso de actividad», y, por último, mediante la inclusión en los contratos públicos de cláusulas sociales que aseguren que las empresas que concreten con la Administración cumplen con el sistema de reserva de cuotas de trabajadores con discapacidad en el seno de sus empresas, como medio de atemperar los perjudiciales efectos que, sobre la reserva de cuotas de contratación de trabajadores discapacitados por las empresas privadas, han operado normas anteriormente adoptadas.

En cumplimiento de lo dispuesto en el referido Plan de Empleo para las personas con discapacidad se ha aprobado el Real Decreto 170/2004, de 30 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en el Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos ⁹⁴.

La modificación más significativa que incorpora dicha norma se concreta en la modificación que se opera en el artículo 7 del original Real Decreto para reducir las cotizaciones a la Seguridad Social en los supuestos de contratación de mujeres minusválidas. Así, si la mujer contratada es menor de cuarenta y cinco años el porcentaje de reducción en la cuota empresarial a la Seguridad Social, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta, será del noventa por ciento, mientras que si la mujer es mayor de cuarenta y cinco años la reducción se elevará al cien por cien. También se actualiza la cuantía de la subvención (de 500.000 ptas. a 3.907 €) por la contratación indefinida de trabajadores minusválidos y se realizan pequeños retoques en otros preceptos no de excesiva trascendencia.

En la configuración jurídica de estas medidas de acción positiva que adopta tanto la Ley 51/2003, como el Real Decreto recién transcrito, llama la atención la mención específica que se presta a la mujer discapacitada (así como a otros grupos de discapacitados que se ven sometidos a varias causas concurrentes de exclusión, por vivir, por ejemplo, en el entorno rural) permitiendo el establecimiento de «medidas de acción positiva suplementarias», en la línea de evitar discriminaciones múltiples, tal y como prevé, tanto la normativa de la Unión Europea (aunque incipientemente), como las previsiones de la OIT, como se verá más adelante.

Dos consideraciones suplementarias han de observarse con respecto al diseño de las medidas de acción positiva que se establecen en dicha Ley 51/2003.

En primer lugar, la preocupación que manifiesta respecto de las familias en las que alguno de sus miembros sufra algún tipo de discapacidad, argumento que nos conecta –aunque no exclusivamente– con la recientemente aprobada Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las Familias Numerosas, para cuya determinación se rebaja el número de miembros si alguno de ellos sufre algún tipo de discapacidad, o esté incapacitado para trabajar, concepto este último sumamente interesante, en la medida en que no se asocia, irremisiblemente, con la deficiencia que sufre el sujeto.

En segundo lugar, la consideración de que la normativa estatal no impide que, en el ámbito de sus respectivas competencias, las Comunidades Autónomas establezcan medidas adicionales a

⁹⁴ Sobre la desconexión de este programa específico de fomento de empleo del anualmente aprobado por la Ley de Acompañamiento véase CAVAS MARTÍNEZ, F.: «El nuevo Derecho del empleo. A propósito de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo», WestLaw, BIB 2003\1555.

las previstas en esta norma del Estado. Aquí encontrarán las Comunidades Autónomas el asidero competencial necesario para articular políticas propias en esta línea, como ya lo hacen frecuentemente, especialmente en el ámbito del empleo público por ellas creado.

Dos medidas complementarias, aunque de diferente calado, complementan lo dispuesto a favor del fomento de los trabajadores discapacitados.

En primer lugar, se ha modificado, por la disposición adicional primera de la Ley 51/2003, el artículo 46.3 ET para prever un campo de aplicación más amplio en la situación de excedencia voluntaria del trabajador para la atención de una familiar de hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, al mencionar expresamente la causa de discapacidad de este familiar como motivo que legitima la excedencia. Hasta entonces sólo se mencionaba la edad, la enfermedad o el accidente como motivo propio de ella, cuando, como se sabe, el origen de la discapacidad del sujeto puede no tener su origen en las circunstancias que mencionaba el original precepto.

En segundo lugar, se ha aprobado en el Consejo de Ministros del día 5 de diciembre de 2003 un Real Decreto por el que se establece un sistema de coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acrediten un grado importante de minusvalía, que afectará, según las previsiones oficiales, a unos treinta y tres mil trabajadores afiliados al sistema de la Seguridad Social que tienen una minusvalía igual o superior al 65 por 100.

La medida va a suponer que los trabajadores por cuenta ajena con un grado de minusvalía igual o superior al sesenta y cinco por ciento podrán adelantar significativamente la edad de acceso a la prestación de jubilación, sin ver reducida la pensión que han lucrado por esta causa, ya que el período de tiempo adelantado se les considera cotizado en el establecimiento del porcentaje aplicable a la base reguladora de la prestación económica.

Esta norma permite que, debido a la especial penosidad que puede suponer la actividad laboral para las personas con discapacidad, puedan jubilarse anticipadamente, percibiendo la misma pensión que lucrarían si continuasen trabajando hasta la edad legal de sesenta y cinco años. Como bien se observa, la voluntariedad del trabajador discapacitado es clave en el entendimiento de la medida, pues la presunción de penosidad que establece sólo hace entrar en juego las previsiones de la norma cuando el trabajador decida jubilarse anticipadamente.

El Real Decreto, manteniendo la edad ordinaria de jubilación en los sesenta y cinco años, pretende reducirla en un período equivalente al que resulte de aplicar al tiempo efectivamente trabajado los siguientes coeficientes: 0,25 para trabajadores con minusvalía igual o superior al 65 por 100 y 0,50 en el caso de que el trabajador necesite la ayuda de otra persona para la realización de los actos esenciales de la vida, argumento que nos conecta con la categoría de gran invalidez.

Así, por ejemplo, un trabajador discapacitado en un grado de minusvalía del 65 por 100, que haya cotizado a la Seguridad Social veinte años, podrá jubilarse a los sesenta años de edad y se le computarán como efectivamente cotizados veinticinco años. Si además de poseer ese grado de minusvalía reconocido necesitase la ayuda de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida, con esos veinte años cotizados podría jubilarse a los cincuenta y cinco años y se le computarían como

cotizados treinta años. En el primer supuesto (con coeficiente 0,25), por cada cuatro años trabajados se reduce en uno la edad legal de jubilación; en el segundo (con coeficiente 0,50), por cada dos años trabajados se reduce en uno la edad legal de jubilación.

Además, el tiempo en que se reduzca la edad de jubilación se considera como cotizado a efectos del cálculo de la pensión, siempre y cuando se haya cotizado al menos el período mínimo de quince años exigido, como regla general, para lucrar una pensión de jubilación.

Estos beneficios se completan con los establecidos en la Ley de jubilación gradual y flexible. Así, los trabajadores discapacitados que continúen ejerciendo actividad laboral después de la edad en que tendrían derecho a jubilarse, quedan exentos del pago de nuevas cotizaciones a la Seguridad Social, pudiendo seguir mejorando su futura pensión, incluso por encima del cien por cien de la base reguladora.

D) La inversión de la carga de la prueba en los despidos discriminatorios.

La inversión de la carga de la prueba en un juicio jurisdiccional es una técnica procesal por la que se subvierte, parcialmente, el régimen dispositivo que preside los procesos derivados del civil (entre los que se incluye el social), en los que la aportación por la parte demandante de los hechos constitutivos de su pretensión se alza, de un lado, como principio básico de funcionamiento de las reglas de juego, y, de otro, como garantía de indemnidad frente a la intervención (proscrita) del juzgador en este sentido.

Así, el artículo 96 LPL prevé (en la redacción anterior a la entrada en vigor de la LMFAYOS-2004), en sede de las reglas generales que rigen el procedimiento ordinario (regla que se repite, prácticamente en los mismos términos en el artículo 179.2 LPL en sede del procedimiento de tutela de los derechos de libertad sindical), que en aquellos «procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad», separándose así del tradicional brocardo jurídico que arguye que la prueba de las obligaciones jurídicas corresponde a quien reclama su cumplimiento.

La dinámica del precepto original influido, sin duda, por una preocupación excesiva en eliminar la discriminación por razón de sexo, incorpora esta regla peculiar de funcionamiento que, en aras al respeto del tenor literal de la norma, sólo es aplicable, estrictamente, a las discriminaciones por el motivo que refiere. Sin embargo, numerosa jurisprudencia ha entendido, sin dificultades hermenéuticas importantes, que la regla de la inversión ha de aplicarse a cualquier tipo de discriminación constitucionalmente proscrita, en virtud de la remisión que efectúa el artículo 181 LPL al artículo 179.2 del mismo cuerpo legal⁹⁵.

⁹⁵ Algunos ejemplos lo constituyen: la S JS de Madrid, de 31 de octubre de 2002 (AS 2002\3353) por ejercicio de la libertad ideológica; la S JS de Sevilla, de 31 de marzo de 2001 (AS 2001\1741) en ejercicio de la libertad de cátedra; y la STSJ de Castilla-La Mancha, de 21 febrero de 2002 (AS 2002\1608) sobre el derecho a celebrar elecciones de representantes de los trabajadores.

De manera expresa sobre la discriminación por minusvalía y la influencia de esta condición en el proceso véase la STSJ de Cataluña, de 15 julio de 2003 (JUR 2003\213357); STSJ de Cataluña, de 27 de junio de 2003 (AS 2003\2522), STSJ de Andalucía (Granada), de 24 de junio de 2003 (JUR 2003\184496), STSJ de Andalucía, de 19 de marzo de 2002 (AS 2002\3784), STSJ de Andalucía (Málaga), de 22 de febrero de 2002 (JUR 2002\116939), STSJ de Navarra, de 17 de enero de 2002 (AS 2002\1025), STJS de Cantabria, de 25 de abril de 2001 (JUR 2001\189510).

Con todo, y como se ha visto con anterioridad, la Directiva 2000/78/CE preveía, entre sus muchos mandatos, el establecimiento de la regla procesal observada en su artículo 10, por lo que se hace necesario preguntarse hasta qué punto era necesario incorporar este mandato a nuestro ordenamiento jurídico para hacer extensible el campo objetivo de aplicación del artículo 96 LPL a los procesos en los que se debate, de una forma o de otra, discriminaciones laborales por razón de la discapacidad del trabajador demandante.

Aunque la extensión del ámbito de cobertura de la regla procesal no parece excesivamente dificultosa en lo que respecta a la inclusión de los discapacitados en su espectro, lo verdaderamente problemático puede surgir al cuestionar el ámbito objetivo de discriminación al que se aplica. Así, de forma natural, el funcionamiento de la regla está previsto para cuando los visos de discapacidad se hayan producido de forma directa. Ahora bien, el posible empleo de la misma regla de inversión de la carga probatoria en discriminaciones producidas de forma indirecta no parece tan plausible, pues la Directiva no repara en distinguir este tipo de sutilezas.

Esta puede ser una de las razones por las que la LMFyOS-2004 (art. 40.uno) ha modificado el tenor del precepto en los siguientes términos: «En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

Dos son las diferencias apreciables a primera vista que mantiene este precepto con su redacción anterior.

En primer lugar, se aumenta expresamente el elenco de supuestos en los que es aplicable directamente la inversión de la carga de la prueba, mencionada expresamente la circunstancia de la discapacidad del sujeto; añadido que, como ha quedado dicho, no era del todo necesario mencionar directamente en la norma, pues la práctica forense ya lo entendía incorporada sin grandes óbices interpretativos.

En segundo lugar, se hace una mención expresa a que la deducción de indicios han de ser fundados, probablemente para dar cobertura, como decimos, a la discriminación producida de forma indirecta, como exige la Directiva 2000/78/CE, aspecto que, en realidad, nada aporta significativamente al ámbito de funcionamiento del precepto.

Con todo –como se expuso– la Directiva quiere extender esta regla no sólo para su utilización en un proceso jurisdiccional, sino también ante «otro órgano competente», probablemente para hacer factible la argumentación peculiar de los elementos de hecho que propone el demandante también en cualquier vía administrativa en la que se pretenda hacer valer el principio de igualdad de trato y de no discriminación.

Lo peculiar del asunto es lo que dispone el artículo 36 de la LMFyOS-2004 cuando afirma, bajo el peculiar título de «Carga de la prueba», que: «En aquellos procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en que de las alegaciones de la parte acto-

ra se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de las personas respecto de las materias incluidas en el ámbito de aplicación de la presente sección, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

Así, desde la aplicación combinada de las dos normas que regulan la inversión de la carga de la prueba en cualquier tipo de procesos en los que existan indicios fundados de discriminación por razón de la discapacidad del actor, con excepción de los penales en los que es constitucionalmente imposible argumentar en este sentido, se amplía considerablemente el ámbito de aplicación de la regla prevista, hasta ahora, únicamente para el ámbito jurisdiccional social.

Debe observarse, no obstante, que la Ley 51/2003, ya comentada, dispone, en su artículo 20 con el título «Criterios especiales sobre la prueba de hechos relevantes», que «1. En aquellos procesos jurisdiccionales en los que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de graves indicios de discriminación directa o indirecta por razón de discapacidad, el juez o tribunal, tras la apreciación de los mismos, teniendo presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio y el principio procesal de igualdad de partes, podrá exigir al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad». Añadiendo su inciso segundo que «2. Lo establecido en el apartado anterior no es de aplicación a los procesos penales ni a los contencioso-administrativos interpuestos contra resoluciones sancionadoras».

La regla procesal es esencialmente idéntica en su funcionamiento a la prevista en la LPL, y en todos los demás procesos en virtud de la incorporación que realiza de ella el novedoso precepto de la LMFyOS-2004, por lo que se dispone de instrumentos jurídicos muy similares en varias normas de diferente calado y entidad.

Con todo la regla no es totalmente idéntica. En principio porque excluye su aplicación en los procesos jurisdiccionales administrativos que se interpongan contra sanciones, siguiendo fielmente la importación que se hace en el ordenamiento sancionador administrativo de los principios que emanan del proceso penal. Por otro lado, es cierto que la regla prevista en esta norma es claramente potestativa para el juzgador, atendiendo en su decisión a los elementos que expresamente menciona: disponibilidad y facilidad probatoria y principio de igualdad de partes.

Lo verdaderamente trascendente es, como se afirmaba con anterioridad al discurrir sobre la modificación que se ha operado en el artículo 96 LPL para introducir la mención a que los indicios de discriminación han de ser «fundados», la mención que en este precepto se establece con respecto a que los indicios de discriminación pueden ser «directos o indirectos». Pocas dudas caben en relación con la interpretación favorable a la inclusión de dicha mención en el ámbito social de la jurisdicción, aunque otra cosa será averiguar cómo se interpretan esos indicios fundados cuando se alegue una discriminación «indirecta», pues una cosa es proscribir la discriminación «indirecta o oculta» como se observó con anterioridad siguiendo los precedentes jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, y otra bien distinta invertir la regla probatoria basándose en indicios de discriminación indirecta, menos evidentes y mucho más sutiles, se supone, que los que justifican una discrimi-

minación directa. Repárese, en este sentido, en que la regla de inversión no libera al demandado absolutamente de argumentar los indicios de discriminación directa, principio que, en buena lógica, también habrá de observarse ante alegaciones de discriminaciones indirectas.

E) La legitimación grupal de las asociaciones representativas de los trabajadores discapacitados.

Llama la atención que la LMFaOS-2004 en su empeño por transponer la Directiva 2000/78/CE se haya olvidado de lo que ésta prevé en su artículo 9.2 con respecto a la legitimación amplia que debe concedérsele a las asociaciones que aglutinen la defensa de los derechos de los discapacitados para que puedan intervenir en los procesos en los que se debata el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación. Nada se prevé a este respecto en el artículo 36 incorporado en la Sección Tercera de la misma, aunque, sorprendentemente, sí se regula una regla similar en el artículo 31 incrustado en la Sección Segunda, dedicada a articular medidas a favor de los tratamientos desiguales por el origen racial o étnico de las personas.

Sí se prevé, no obstante, la incorporación de esta regla a nuestro ordenamiento por la Ley 51/2003, ya varias veces mencionada, al disponer en su artículo 19 que «Sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de las personas que así lo autoricen, con la finalidad de hacer efectivo el derecho de igualdad de oportunidades, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en dichas personas los efectos de aquella actuación».

Parece, como decíamos con anterioridad al observar el artículo 20 LPL, que el ámbito de aplicación de esta regla de legitimación colectiva va a ampliarse al campo de lo social, aun a pesar de que no se hace mención expresa al ámbito objetivo de eficacia de esta norma y la vigencia subsidiaria de esta norma en el terreno del empleo. En cuanto que no se refiere en qué órdenes jurisdiccionales va a ser efectivo, ha de presumirse que, desde luego, en el orden social lo será. El único punto oscuro del precepto lo constituye la llamada que efectúa a «las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos», pues no queda claro si éstas pueden serlo las asociaciones que actúen exclusivamente en defensa de los discapacitados, no acertando a comprender si los sindicatos deben incluirse en el ámbito de aplicación de la disposición, lo que sería concurrente para el proceso social con lo dispuesto en el artículo 20 LPL, o si únicamente pretende adicionarse una legitimación más al mismo. Quizá hubiese sido más lógico, en este sentido, que se modificara el artículo 20 LPL para incorporar esta legitimación grupal en el proceso social.

Lo que no parece dudoso, aunque queda fuera del ámbito de estudio de este trabajo, es que la disposición comentada puede dar lugar a la intervención de este tipo de asociaciones en un proceso civil, o incluso contencioso-administrativo en el que no se debata la imposición de sanciones.

Repárese, además, que la mención que se efectúa en el precepto a la intervención en un «proceso» parece una restricción injustificada del ámbito de la Directiva, más amplio, en cuanto permite la intervención en procedimientos administrativos. Procederá, entonces, o bien una interpretación analógica que permita esta intervención en estos procesos, especialmente interesante en los

que se debata la infracción de la normativa sancionadora en el ámbito laboral, o una modificación de la normativa sectorial administrativa para incluir la legitimación colectiva que pretende la Directiva.

Hubiese sido también interesante, en el diseño del legislador de adecuar nuestro ordenamiento a las previsiones de la Directiva, que se hubiese aprovechado la LMFyOS-2004 para modificar el artículo 95.3 LPL. En éste, como se sabe, se dispone que «Cuando en el proceso se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de sexo, el Juez o Tribunal podrá recabar el dictamen de los organismos públicos competentes», y su objetivo es permitir que terceros ajenos a las cuestiones debatidas en el proceso puedan intervenir en él con el objeto de exponer aspectos del problema debatido que desconocen los intervinientes en el mismo, como, por ejemplo, puede suceder al aportar aspectos estadísticos de contratación de mujeres [STS de 20 de marzo de 1997 (RJ 1997\2592)] como forma a acreditar la discriminación indirecta que padecen éstas.

Los aspectos en los que debería haberse modificado el precepto deberían haber sido dos. En primer lugar, para permitir el juego de la regla procesal cuando se debatan otro tipo de discriminaciones diferentes a las que menciona expresamente, y, en segundo lugar, para permitir la colaboración procesal de las asociaciones de defensa de los intereses de los discapacitados. Se hubiese permitido así una forma de colaboración con el juzgador menos intensa que la legitimación procesal directa que se articula en el artículo 20 LPL.

IV. CONCLUSIONES

«El éxito del Año Europeo de las personas con discapacidad 2003 dependerá esencialmente de la medida en que logre resultados duraderos después de su clausura». Con estas palabras comienza la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo, lo cual refleja hasta qué punto es necesario seguir avanzando en la senda de la igualdad y en el establecimiento de programas integrales de lucha contra la discriminación por motivos de discapacidad en el empleo.

El panorama legislativo de la Unión sobre la discapacidad, en lo que respecta al acceso, promoción y permanencia en el empleo tiene fuertes y sólidos puntos de apoyo, desde la formulación de las dos premisas generales que se establecen en dicho ámbito: la evitación de cualquier tipo de desigualdad por la condición de discapacitado del ciudadano-trabajador, y desde la atención al fomento de su empleo, desde dos puntos de vista a su vez: la elevación de sus umbrales de capacitación; y la permisividad para que los Estados miembros articulen dos tipos de medidas: promocionales (directas) para la creación de empleo neto de discapacitados, y establecimiento de acciones positivas específicamente dirigidas a éstos como fórmula de lucha activa contra la tendencia social a su exclusión del mercado laboral.

Con todo, el panorama legal queda (algo) alejado de la dinámica cotidiana que se deduce del mercado laboral. La estigmatización que sufre el trabajador discapacitado no es cuestión (únicamente) que

se resuelva desde el plano legal, por completo y estructurado que se presente éste. Es más una cuestión de talante y de disposición de los empleadores con respecto a este problema, y aquí, sin lugar a dudas, habrá que esperar resultados satisfactorios a medio o largo plazo. Todavía no se ha concluido la lucha por la igualdad de derechos laborales en el empleo en cuanto al género, y ya comienzan a aparecer, decididamente esto sí, tendencias que abogan por superar otros tipos de discriminaciones que pueden producirse en la vida laboral, entre las que se incluyen aquellas relacionadas con la discapacidad.

Por ello es conveniente prestar atención a la evolución de estas medidas, desarrollo en el que será de atención prioritaria observar cómo han funcionado en el foro las medidas similares que, con respecto a otros colectivos discriminados, se han afrontado con anterioridad en la política legislativa de la Unión, especialmente en lo que respecta a la discriminación por razón de género, en los que ya existe una jugosa jurisprudencia Comunitaria y Nacional. En qué medida pueden exportarse sus conclusiones para la resolución de este problema es cuestión ignota al día de hoy, aunque parece razonable que no se alargue tanto en el tiempo como lo acontecido con respecto a la discriminación por razón de género, pues la dogmática fundamental sobre las acciones positivas en ese ámbito ya está construida.

Es significativo constatar cómo la propia Unión da una vuelta de tuerca más, inicial eso sí, en lo que respecta al tratamiento discriminatorio, al prever la enunciación legal de la discriminación que se produce por varias circunstancias simultáneamente, surgiendo el concepto de «discriminación múltiple».

Esta fórmula legal, reflejo de la vivencia social, viene enunciada, con carácter poco expresivo, en la Decisión del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un Programa de Acción Comunitaria para luchar contra la discriminación (2001-2006) –ya comentada– en cuyo artículo 2 [y anexo 1 e)] se entiende que la Unión y los Estados miembros han de luchar por promover medidas de prevención de la discriminación múltiple, pues, como se reconoce en el párrafo 5 de su exposición de motivos: «las distintas formas de discriminación no pueden clasificarse por orden de importancia y son todas ellas igualmente intolerables», circunstancia que justifica que el Programa que regula se encamine tanto a la lucha contra la discriminación simple, como frente a la discriminación múltiple, entendida ésta como aquella que surge de la influencia conjunta de varios factores causantes de discriminación por sí mismos individualmente considerados ⁹⁶.

Junto a esta mención debe datarse que, entre los objetivos de la Resolución del Consejo, de 15 de julio de 2003, sobre el fomento del empleo y de la inclusión social de las personas con disca-

⁹⁶ La OIT también ha expresado su preocupación por este fenómeno, destacando que la interacción entre las variables hacen crecer la discriminación de forma exponencial. Así, Director General de la OIT: *La hora de la igualdad*. Informe global... *op. cit.*, pág. 41.

Gráficamente la discriminación múltiple la observa de la siguiente manera: «La intensidad o la gravedad de las desventajas que afrontan (los discapacitados) dependen del número de características personales que suscitan discriminación y de la manera en que éstas actúan entre sí. Por ejemplo, una persona puede ser diferente por su raza o por el color de su piel (por ejemplo, negra). Una persona negra puede ser además mujer. Una mujer puede padecer una discapacidad. Una persona con discapacidad puede ser mayor. Finalmente, puede que alguien reúna todas estas características, es decir: ser mujer, anciana, discapacitada y negra, en cuyo caso puede ser objeto de formas de discriminación sumamente complejas».

pacidad, se encuentra la de «recoger material estadístico sobre la situación de las personas con discapacidad, prestando especial atención a los datos específicos por sexo, incluido el desarrollo de los servicios y prestaciones para dicho grupo», así como «prestar la atención que corresponde a las cuestiones que preocupan a las mujeres con discapacidad al adoptar, proyectar y evaluar políticas para las personas con discapacidad, con el fin de garantizar la igualdad de trato a las mujeres».

Son estas las principales referencias que existen en la política legislativa de la Unión que hacen especial referencia conjunta a dos de las situaciones que más fácilmente generan exclusión social y discriminación, en la línea de proscribir la discriminación múltiple ya enunciada en la Decisión de 2000 observada.

Si a la lógica situación de desventaja que sufren los discapacitados en lo que respecta a su ubicación en el mundo laboral, le adicionamos la condición femenina, una de las circunstancias que más fácilmente reportan desigualdades en este ámbito ⁹⁷, la situación de las mujeres discapacitadas en el empleo es poco halagüeña ⁹⁸, pues la equiparación de éstas al resto de los ciudadanos-trabajadores merece una atención pormenorizada que, al día de hoy, ni ha sido abordada de manera específica por la Unión Europea, ni por la normativa interna nacional del Estado Español, a salvo de la mención prevista, como se vio, en el artículo 8.2 de la Ley 51/2003, cuando refería el futuro empleo «medidas de acción positiva suplementarias» de las que serían susceptibles las mujeres discapacitadas, de concreción incierta al día de hoy, así como la referencia comentada en el plan de empleo específico de los trabajadores minusválidos que sean mujeres prevista en el Real Decreto 170/2004, de 30 de enero.

Probablemente la consecución de la igualdad de oportunidades se consiga plenamente cuando se desarrolle plenamente el principio de «transversalidad» previsto como principio inspirador [art. 2 f)] de la Ley 51/2003. Mediante la efectividad de éste se pretende exportar los principios protectores de los discapacitados a todos los ámbitos de la vida social, argumento que nos conecta con la necesidad de adoptar, lo más pronto posible, una Ley Integral de la Discapacidad en la que se refundan las normas dispersas que hemos ido enunciado, con el objeto de disponer de un texto único en el que, en sus partes respectivas, se dispusiera de la totalidad de normativa sobre el particular, significativamente con respecto a la LISMI, parcheada una y otra vez, y cuya adecuación a los tiempos modernos parece una necesidad inaplazable.

⁹⁷ Una perspectiva de este problemática singular puede verse en JIMÉNEZ LÓPEZ, D., y RAMOS LORENTE, M.^a del M.: «La discriminación de la mujeres discapacitadas en España», *RMTAS*, número 45, 2003, págs. 61 y ss., especialmente útil para contrastar las estadísticas de la discriminación asociadas al género y la discapacidad, así como para precisar el «mapa» de la desigualdad regional por Comunidades Autónomas y edad.

⁹⁸ Véase en este sentido el estudio citado de SHUM, G.; CONDE, A., y IGLESIAS, M.: *La mujer con discapacidad... op. cit.*, págs. 19 y ss.

Un estudio muy significativo sobre el desempleo femenino puede consultarse en el Informe 3/2003, del Consejo Económico y Social: Segundo Informe sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española, aprobado en la sesión el pleno de 10 de diciembre de 2003, págs. 123 y ss.