

LA REFORMA DEL ARTÍCULO 49 CE: DE LA ATENCIÓN ESPECIALIZADA A LA INCLUSIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

GLORIA P. ROJAS RIVERO

NET21 NÚMERO 16, febrero 2024

1. Avances normativos hacia la inclusión social de personas con discapacidad en España

En España, el mandato constitucional del artículo 49 de la Constitución española (CE) arrancó prontamente con la Ley 13/1982, *de Integración Social de los Minusválidos*, construida sobre las Resoluciones de la ONU que partían del modelo médico asistencial individual. Posteriormente, la Ley 51/2003, *de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad* y la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, *de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social* –de transposición de la Directiva 2000/78/CE–, supusieron una mejora del aparato normativo español, tratando de sustituir aquél y avanzar hacia el modelo social. Con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, *de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (CIDPD) de Naciones Unidas de 2006 (ratif. España en 2008), se busca instaurar plenamente el modelo social y se habilita al Gobierno para refundir la normativa vigente, aprobándose el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, *Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social* (LGDPD).

El art. 49 CE se sitúa sistemáticamente dentro del capítulo de los principios rectores de la política social y económica, “cuyo reconocimiento, respeto y protección”, según ordena el art. 53.3 CE, informarán “la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, pero sin reconocer, en puridad, derechos subjetivos en sentido estricto. Hasta ahora reconocía el derecho a la protección de las personas con discapacidad a través de la realización por los poderes públicos de “una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

No era, ni es, esta la única referencia a la discapacidad que existe en el texto constitucional, pues, dentro del sistema constitucional de derechos y libertades impregnado de modo intenso por el compromiso de la igualdad sustancial (arts. 1.1 y 9.2), el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo se proyecta también a la discapacidad. La garantía de igualdad efectiva y consiguiente ausencia de toda discriminación “directa o indirecta”, “en particular por razón de (...) discapacidad” ha sido propiciada mediante la adopción de un conjunto reforzado de medidas legislativas de muy diverso alcance institucional.

Como reflejo de este mandato, y por lo que aquí interesa, la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET) incluye la no discriminación por discapacidad, en tal caso, igual que con la edad, tan solo la desfavorable (art. 17.1). Las circunstancias o factores de la discriminación de las personas trabajadoras pueden ser los contenidos en una relación abierta virtualmente ilimitada en la que se encuentra expresamente señalada la discapacidad, siempre que las personas trabajadoras “se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate” (arts. 4.2, c y 17.1 LET y 27.1 Ley 62/2003). En el apartado 3 del art. 17 LET se establece que “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior [prohibición de exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente], el Gobierno podrá regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo”, así como “otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores

que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo” previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas.

Es en el marco de la 54ª Asamblea de la Organización Mundial de la Salud, celebrada en mayo del 2001, cuando se aprueba la actual Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIDDM-2), cuando se abandona definitivamente el término “minusvalía” y se adopta el término genérico “discapacidad” que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación, e indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una “condición de salud”) y sus factores contextuales (factores ambientales y personales). También el ordenamiento jurídico español se hará eco de este nuevo enfoque, adoptando el término discapacidad para referirse globalmente a esta realidad.

Existe a día de hoy un importante bagaje normativo en desarrollo del art. 49 CE, contenido básicamente en la LGDPD de 2013; a partir de la cual, se viene realizando un importante esfuerzo legislativo: la Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, garantiza el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en iguales condiciones; la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, garantiza la participación de las personas con discapacidad; la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, garantiza el derecho de sufragio de las personas con discapacidad; la Ley Orgánica 2/2020 de modificación del Código Penal, elimina la esterilización forzada de personas con discapacidad; la Ley 8/2021, de 2 de junio, reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Y, finalmente, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, con efectos importantes en el ámbito de las relaciones laborales al incorporarse nuevas causas de prohibición de discriminación como la “orientación o identidad sexual”, la “expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica”, facilitando a la persona afectada un camino más directo para lograr la cesación de la conducta transgresora y la reparación del daño ocasionado. En particular, al escindirse la enfermedad o condición de salud, no será necesario acreditar que la enfermedad se asimila a discapacidad, por lo que se podrá entender que las decisiones empresariales (y, específicamente, el despido de la persona trabajadora) arbitrarias y fundadas en la ausencia de un estado saludable o de salud completa de la persona serán declaradas nulas.

La Directiva 2000/78/CE no definió la “discapacidad” como causa de discriminación y nunca se refirió a las enfermedades “en general” a pesar de que éstas también pueden dar lugar a la exclusión social. Es la sentencia “Danmark” del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) la que en 2013 identificó a una persona enferma, con ciertas características, con la discapacidad incluida en la Directiva, ampliándose el abanico de personas que no podrían ser discriminadas a causa de esa condición. La LGDPD sí define la discapacidad y amplía los supuestos de las personas trabajadoras en esta situación, introduciendo un concepto de discapacidad amplio o social acorde al concepto social de la CIDPD. El problema es que el art. 4.2 de la LGDPD permite otras definiciones de la “discapacidad” que se han venido recogiendo en todos los textos legislativos relativos a los derechos de las personas con discapacidad, de modo que para acceder a determinadas prestaciones, la persona deberá acreditar un determinado grado de discapacidad, incluso en relación con las medidas de preferencia en el empleo, lo que ha llevado a la jurisprudencia social a declarar improcedentes y no nulos despidos por falta de acreditación del móvil discriminatorio (STS 3-5-2016 y 22-5-2020).

Las novedades introducidas por la Ley 15/2022 son de importante trascendencia. Su art. 2.3 dispone que “la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato”, con independencia de las justificadas previstas en el art. 4.2. El art. 5 dice que la persona empleadora no podrá preguntar sobre las condiciones de salud de la persona aspirante al puesto. El art. 7, al contemplar la vinculación de los órganos jurisdiccionales a la legislación internacional, declara que cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor

eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias o intolerantes. El art. 9 establece que la prohibición de discriminación se extiende al acceso al empleo, a la formación, a la promoción, a la retribución, jornada y demás condiciones de trabajo, suspensión y despido por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección, en las otras causas de extinción. Y respecto a las consecuencias del incumplimiento de la ley, el art. 26 declara la nulidad de pleno derecho de las conductas discriminatorias; el art. 27 la reparación del daño causado y restitución a la situación anterior, con indicación de que el daño moral se presume una vez acreditada la discriminación, y la inversión de la carga de la prueba.

En este terreno, hay que citar, también, el Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de 2021, en el que se destaca que la supresión del art. 52, d) de la LET -en virtud del RD-ley 4/2020, de 18 de febrero- responde a la necesidad de garantizar jurídicamente los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, especialmente de las que tienen alguna discapacidad, sufren enfermedades crónicas o de larga duración o que se dedican al cuidado de personas dependientes, que son, en su mayoría, mujeres. Se cumple así, además, con las directrices del TJUE, que en sentencia del 18 de enero de 2018 ya había advertido a España de que la aplicación de esta modalidad de despido objetivo por faltas de asistencia justificadas iba en contra de la Directiva 2000/78, que prohíbe la discriminación por razón de discapacidad. Se reconoce entonces como necesaria una inversión potente y focalizada para atender las necesidades tanto laborales como sociales de estos colectivos, a través de proyectos de inserción en los que participen todos aquellos agentes que puedan facilitar el tránsito hacia la incorporación al mercado de trabajo de las personas más vulnerables. La Inversión 6 incluye, junto a otros, proyectos de apoyo a la autonomía de las personas con discapacidad y, en general, proyectos de empleo para el reequilibrio territorial y la equidad de los colectivos especialmente vulnerables.

Por otra parte, el 1 de junio de 2021 entraron en vigor en nuestro país un elenco de medidas de trato diferenciado dirigidas a las personas con capacidad intelectual límite (aquellas que presentan dificultades en algunas habilidades de tipo social y de aprendizaje, pero que son capaces de conseguir un alto grado de autonomía en las actividades de la vida diaria). Dichas medidas se articulan jurídicamente a partir de las ya tradicionales contempladas para las personas con discapacidad y, pese a su reconocimiento como de acción positiva, no todas tienen la misma naturaleza, siendo unas más atractivas que otras desde una perspectiva empresarial, pero también desde un enfoque orientado a los apoyos que precisan estas personas en el ámbito del empleo.

En fechas recientes, como puede observarse, se ha sentido un especial interés por la realidad de las personas con discapacidad y el pleno disfrute de sus derechos.

2. Avatares de la reforma del artículo 49 CE y perspectivas futuras

A pesar de ello, no cabe la complacencia ni cejar en esfuerzos por continuar en el camino trazado; los expertos y las organizaciones y plataformas de defensa de los derechos de las personas con discapacidad, que son muchas, insisten en que la normativa presenta numerosas carencias, disfunciones y lagunas en relación con el modelo social contemplado en la CIDPD, que obliga a cambios profundos en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico.

La aprobación de la LGDPD ha tenido consecuencias en el trabajo de las personas con discapacidad: un empleo protegido reforzado, la desaparición del principio de preferencia por el empleo en el medio ordinario, una relación laboral especial con poco sentido y un empleo con apoyo que toma cuerpo por la apuesta decidida de algunas comunidades autónomas. Sin embargo, es preciso abordar reformas significativas. La tasa de actividad y empleo entre las personas con discapacidad es significativamente menor que la tasa general, especialmente entre aquellas con trastornos mentales o discapacidades intelectuales, lo cual requiere de políticas más enfocadas en aumentar la participación laboral de estos grupos. Una lectura

crítica de la regulación actual permite identificar y abordar deficiencias estructurales que obstaculizan la inclusión laboral efectiva de las personas con discapacidad.

Por otra parte, desde hace dos décadas, se viene reclamando una reforma constitucional que eludiera la denominación utilizada en el art.49 CE, con marcadas connotaciones ofensivas, y que supusiera el tránsito necesario desde el modelo médico rehabilitador de la discapacidad, completamente superado hoy en día, a uno más social y basado en los derechos humanos.

En la actualidad, lo que no soportaba el más mínimo escrutinio de madurez legislativa era mantener, al más alto nivel, un precepto desfasado, ofensivo y superado por la normativa de desarrollo.

El actual gobierno ha propuesto en dos ocasiones, en 2018 y 2021, eliminar el término “disminuido” de la Constitución y reemplazarlo por “persona con discapacidad”, conforme a la CIDPD, pero distintas razones de orden político lo han retrasado hasta que, finalmente, el pleno del Congreso aprobara, el 18 de enero de 2024, la Proposición de Reforma del artículo 49 CE, marcando, por cierto, un hito en la democracia constitucional española, al ser la primera modificación de contenido social de la norma suprema desde su promulgación. La Proposición se aprobó en el Congreso con 312 votos a favor y 32 en contra, y en el Senado, el día 25 de enero, por 254 votos a favor y 3 en contra. El Jefe del Estado, finalmente, sanciona dicha reforma constitucional el 15 de febrero.

El nuevo art.49 elimina la expresión “disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”, reconoce a las personas con discapacidad como titulares de derechos en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, obliga a los poderes públicos a promover políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de este colectivo, ordenando fomentar la participación de sus organizaciones y atendiendo a las necesidades específicas de mujeres y menores con discapacidad.

Partiendo de esta sucinta información que aparece en los medios de comunicación, cabe plantearse algunos interrogantes: ¿Está el modelo social en esta versión del art.49? ¿Incorpora el enfoque de los derechos humanos, la inclusión, la vida independiente, la perspectiva de género, la interlocución con las organizaciones y el lenguaje inclusivo? Estas eran demandas de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad (CERMI, COCEMFE,...) planteadas frente a las propuestas de reforma del Gobierno.

Desde luego, el viejo precepto encajaba en la sistemática del Capítulo III del Título I, en donde se recogen los principios rectores de la política social y económica; catorce artículos en los que se encomienda a los poderes públicos la realización de políticas destinadas a cada una de las instituciones y colectivos que enumera (familia, empleo, seguridad social, salud pública, educación sanitaria, educación física y deporte, ocio, cultura, ciencia, investigación, medio ambiente, patrimonio, vivienda y organizaciones profesionales; y españoles en el extranjero, jóvenes, disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, tercera edad y consumidores). La fórmula utilizada en todos estos preceptos es la misma, aunque en tres de ellos el comienzo es distinto: se reconoce el derecho a la protección de la salud (art.43), todos tienen derecho a... (arts.45 y 47). Los otros once comienzan con: los poderes públicos aseguran (promoverán, mantendrán, garantizarán, realizarán), salvo dos en que, con idéntico sentido, se dice: el Estado o la Ley regularán o velarán (arts.42 y 52).

El nuevo texto difiere enormemente del anterior pero también, aunque en menor medida, de las propuestas de 2018 y 2021. Incide en la autonomía y la inclusión, así como en la especial protección de las personas con discapacidad. Implica un compromiso con la autonomía y la libertad de elección de las personas con discapacidad. Menciona específicamente a las mujeres y menores con discapacidad en línea con la CIDPD, asumiendo la obligación de observar la perspectiva de género y el interés superior de la infancia; y reconoce la necesaria participación de las organizaciones de la sociedad civil. En cuanto a la desaparición del término disminuido, la trascendencia es vital, no sólo resultaba discriminatorio y ofensivo, sino esencial para la construcción de la cultura y del pensamiento de la no discriminación; el lenguaje no es una mera cuestión de forma, “la realidad existe según se nombra” (CEDDD). Sin duda el lenguaje

es importante y el cambio de denominación constituye un avance en la transversalización de la perspectiva de los derechos humanos y en la utilización del lenguaje inclusivo, que obliga a nombrar adecuadamente a los colectivos de población en situación de vulnerabilidad (USO). La terminología utilizada (personas con discapacidad) no sólo es la contenida en la legislación reguladora de desarrollo del propio art.49 CE en España, sino que es la elevada a categoría de universal por la CIDPD. Ya no se habla de previsión, ni de tratamiento, ni rehabilitación, ahora se habla de inclusión social; estamos pues ante el modelo social, el que pone el foco en los derechos, no en las limitaciones. ¿Y de qué manera? Pues con una formulación en principio extraña, se cambia la presente en la propuesta anterior “las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título” por “las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título”. ¿A qué obedece este cambio?

El Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CEDDD) ponía algunas objeciones a la propuesta que barajaba el Gobierno. Por una parte, rechazaron la idea de proclamar expresamente los derechos y deberes constitucionales de las personas con discapacidad, argumentando que la titularidad de estos derechos es inherente a cualquier individuo, y que el art. 49 CE no es el lugar adecuado para hacer tal declaración, ya que el verdadero problema radica en la capacidad de ejercicio de esos derechos.

Es ésta una buena razón para pensar que en este lugar de la CE no se trataba de reconocer derechos -la versión original, más correctamente, los daba por otorgados a todos los ciudadanos y, por tanto, a los “disminuidos”, salvo que, reconociendo un amparo especial para su disfrute, sino de afirmar que tales derechos, reconocidos en el capítulo I, los ejercen las personas con discapacidad en condiciones de igualdad real y efectiva. No deja de ser importante esta aseveración que, contando con el bagaje y el juego constitucional de la “norma de cierre” establecida en el art.9.2 CE, supone el reconocimiento explícito de que el sistema constitucional está inserto en una sociedad desigual y que la superación de la contradicción entre libertad formal-libertad real y la consiguiente consecución de la efectividad plena y real de los derechos y libertades se pretende a través del triple mandato a los poderes públicos contenido en dicho precepto. Dicha norma ordena remover obstáculos y facilitar la participación de las personas y de los grupos en que se integra y, por tanto, es aquí de enorme utilidad.

Por otra parte, el CEDDD apuntó que no era aconsejable desde un punto de vista técnico-jurídico hacer una mención específica a las mujeres y niñas con discapacidad, ya que podría contradecir el principio de igualdad establecido en el art. 14 CE. Sugerencia acogida sólo en parte, dado que se sustituyó a las niñas por los menores, lo que no fue obstáculo para que la ultraderecha votara en el Congreso, utilizando este argumento “discriminatorio”, en contra de la reforma, rompiendo la unanimidad posible y deseada. Por lo que se puede apreciar, no acaba de entenderse el sentido de la incorporación de la transversalidad de la perspectiva de género en nuestro ordenamiento jurídico, la interseccionalidad sigue siendo una gran desconocida. Es preocupante que la atención específica necesaria para la consecución de la igualdad real y efectiva de las mujeres todavía hoy pueda calificarse de discriminatoria para con los hombres.

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, ha introducido la definición legal de “discriminación interseccional” y es necesario formar y sensibilizar a los operadores jurídicos en torno a las complejas y sutiles formas de discriminación que aún persisten. Tampoco se comprende por qué la protección especial de los menores podría resultar discriminatoria ni en comparación con quien; es una sustitución de última hora, pero esta llamada a la protección específica de menores, ha de acoger, sin duda, la problemática específica de las niñas con discapacidad, que afrontan más dificultades en el día a día y un mayor riesgo de sufrir malos tratos, violencia, lesiones o abusos tanto dentro como fuera del hogar.

El CEDDD consideraba, también, que el apartado cuarto de la propuesta de 2018, que establecía la protección de las personas con discapacidad conforme a tratados internacionales ratificados por España, era innecesario y poco conveniente en términos de técnica normativa, argumentando que el art. 96.1 CE ya aborda esta cuestión al prever la incorporación automática

de los tratados internacionales ratificados por España en su ordenamiento jurídico. Este reparo se asumió pues tal referencia desapareció del texto final.

En general, las organizaciones representativas de las personas con discapacidad consideran la reforma como un avance histórico. Consideran de suma importancia que el nuevo precepto hable de accesibilidad universal, un derecho “llave”, que sirve para lograr otros muchos derechos; así como de la protección de mujeres y menores con discapacidad que son especialmente vulnerables a situaciones de discriminación y de abusos de todo tipo. Perciben la reforma, en fin, como un instrumento que dignifica a toda la sociedad al reconocer sus derechos y su contribución a la sociedad como personas ciudadanas activas, y también por aludir al desarrollo de políticas y normas legislativas contando con las organizaciones y con las propias personas con discapacidad.

Como es sabido, la determinación de quiénes sean los poderes públicos a que se refiere el art. 49 CE deriva, como en tantas otras materias, del reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En principio estamos ante un supuesto de competencias compartidas desde el momento en que el mandato del art. 49 se canaliza por una parte por medio de prestaciones de la Seguridad Social, cuya competencia corresponde al Estado (art. 149.1.17ª) y, por otra, por acciones de asistencia social, función que han asumido las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos en virtud del art. 148.1.20ª; y ello sin perder de vista las facultades que en dicha asistencia social pueden corresponder, por vía de ordenación, gestión o ejecución, a las Corporaciones locales.

En fin, la reforma del art. 49 CE llevada a cabo es una declaración política de intenciones y un compromiso de la sociedad española con la protección y garantía de los derechos humanos de un colectivo que ha sido históricamente excluido y discriminado sistemáticamente; muy posiblemente y a diferencia de otros, no porque se haya mantenido una postura intencionada de discriminar por razones sociales de distinto signo sino por ausencia de madurez política y social, así como por cierta indiferencia hacia la discapacidad, que es todavía hoy, uno de los grandes obstáculos para, entre otros terrenos, la inclusión laboral de las personas con discapacidad.

A diferencia del texto original, en donde el mandato constitucional estaba impregnado del enfoque rehabilitador, dirigido a prestar atención especializada y amparar el disfrute de los derechos de estas personas, bien que sin un criterio aplicativo que permitiera estar en presencia de un “plus de garantía o protección”, el texto actual introduce los elementos esenciales necesarios que servirán de guía al legislador, demostrando un compromiso firme en apoyo a las personas con discapacidad. Tales son, la garantía de plena autonomía personal y la inclusión social en entornos universalmente accesibles.

La nueva versión constitucional apunta hacia un futuro en el que hay que seguir avanzando en la protección de los derechos de las personas con discapacidad, con un enfoque más inclusivo y basado en los principios del modelo social y los derechos humanos.