

I Congreso Nacional sobre el Empleo de las Personas con Discapacidad

“Hacia la Plena Inclusión Laboral”

5 y 6 de marzo de 2015, Granada



Edita:

un
i Universidad
Internacional
de Andalucía
A

Organizan:



MINISTERIO
DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES
E IGUALDAD



VALORACIÓN DEL MODELO ESPAÑOL DE RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL TRABAJO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DESDE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

M^a del Carmen Barranco Avilés

Patricia Cuenca Gómez

Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas"

Universidad Carlos III de Madrid

1. Vulnerabilidad, derechos humanos y discapacidad. La Convención como un nuevo paradigma

Las dificultades que enfrentan las personas con discapacidad para acceder a un empleo se han atribuido (y se siguen atribuyendo) a las condiciones individuales de estas personas que hacen que no se perciban como mano de obra rentable. Si lo pensamos bien, algunos de los argumentos que hoy siguen aceptándose para explicar e incluso para justificar la exclusión de las personas con discapacidad (la tasa de actividad de las personas con discapacidad fue, para 2012 de 36,6%, 40 puntos inferior al 77% de la población sin discapacidad, INE 2012) resultan similares a los que se han utilizado para excluir a las mujeres.

Tanto las mujeres, como las personas con discapacidad, como otras personas que se etiquetan como parte de los mal llamados «grupos vulnerables», tienen en común que históricamente han sido excluidas de la titularidad de los derechos por las que podemos denominar «teorías tradicionales». Paradójicamente, estas teorías adoptan como presupuesto la igualdad, sin embargo, en ellas los derechos se atribuyen a quienes son reconocidos como agentes morales, esto es, a quienes se presupone libertad de elegir y de responsabilizarse por la opción efectuada. No obstante, no todos los seres humanos, ni siquiera todos los hombres son considerados agentes libres y responsables en los siglos XVIII y XIX en Europa y en América.

Otra asunción de las «teorías tradicionales», es que el titular de derechos es el sujeto abstracto, cuya reflexión, en coherencia con el modo en el que se entiende la universalidad, es ajena a las circunstancias concretas.

El resultado de esta construcción es que los derechos se predicen como universales, pero resultan excluyentes tanto en lo relativo a la titularidad, como en lo relativo al contenido. Con respecto a la titularidad, porque los derechos se atribuyen únicamente a quien en la sociedad se puede equiparar a la imagen del titular abstracto; en cuanto al contenido, porque los derechos constituyen garantías frente a las situaciones en las que el titular abstracto puede ser instrumentalizado, y no sirven en otro caso.

Pues bien, entiendo que en nuestro siglo se ha producido un cambio en el modo en el que se conducen estos procesos del que es expresión la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Definitivamente, este documento inaugura, en el Derecho internacional de los derechos humanos, un nuevo paradigma que se sustenta en una completa revisión de la teoría clásica. En ella se abandona la idea de homogeneidad que operaba como presupuesto de la universalidad, pero, además, se revisa el sentido de lo «especial» o lo «vulnerable» frente a lo normal, y, con todo ello, se adopta, en relación con los grupos en situación de vulnerabilidad, un enfoque basado en derechos que se concreta en el llamado modelo social.

Como se ha señalado, el universalismo y el individualismo que se sitúan históricamente en la base de la filosofía de los derechos humanos han permitido justificar que los derechos y la capacidad para ejercerlos se atribuyan únicamente a aquellos que en las relaciones sociales son autónomos y racionales. Puesto que abordar la discapacidad como una cuestión de derechos humanos implica aceptar que la instrumentalización de las personas con discapacidad representa un atentado contra la dignidad humana, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad representa el abandono por parte de la comunidad internacional de un esquema en el que los auténticos derechos son los adecuados para salvaguardar la dignidad del hombre, blanco, burgués, heterosexual y socio-físicamente independiente.

Por otro lado, la Convención introduce un enfoque que nos obliga a revisar el sentido de lo especial y lo vulnerable frente a lo normal. Se trata del modelo social de discapacidad, que se refleja en la definición de persona con discapacidad que ofrece la Convención, como resultado de la interacción de una condición personal con el entorno. Es en el contexto de este modelo en el que se pone de manifiesto que la «normalidad» es una cuestión de poder y que, en buena medida, el modo en el que una característica individual influye en la capacidad de funcionar de las personas, tiene que ver con el entorno.

Por otro lado, de la mano del modelo social se introduce en el tratamiento de la vulnerabilidad el enfoque basado en derechos que puede verse reflejado en el artículo 3 de la Convención, que establece, como principios generales: "a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Además, la Convención presenta novedades -tanto en el aseguramiento internacional como, sobre todo, en el Derecho interno-, que implican que las personas con discapacidad han de intervenir en los procedimientos en los que se toman decisiones que les afecten, tanto como colectivo, cuanto individualmente consideradas. Uno de los aspectos que más dificultades de implementación está planteando es el del reconocimiento de la capacidad jurídica del artículo 12. El precepto guarda relación estrecha con el acceso a la justicia (artículo 13), libertad y seguridad (artículo 14) -frente al uso inapropiado de instituciones como el internamiento involuntario-, y el derecho a la vida independiente y a ser incluido en la comunidad (artículo 19).

Nos interesa hacer referencia a este aspecto concreto del derecho de las personas con discapacidad a ser incluidas en la comunidad, porque pasa por dos cuestiones tan fundamentales en relación con el tema que nos ocupa en este Congreso como son la educación (artículo 24) y el empleo (artículo 27). Ambos se reclaman como derechos humanos. En el apartado siguiente trataremos de perfilar el contenido que la Convención atribuye al derecho al trabajo.

2. El derecho al trabajo en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Desde el modelo social, las dificultades de las personas con discapacidad para acceder al empleo han de considerarse el resultado de la interacción entre las características de estas personas y el modo en el que el empleo está organizado. Las exigencias de la Convención relativas al derecho al trabajo de las personas con discapacidad, reconocido en el artículo 27, han de interpretarse desde este presupuesto.

Con lo anterior, se justifica que el objetivo de la Convención sea la inclusión. De este modo, en el 27.1. establece «los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación».

De este modo, ni la separación sistemática ni la mera «inserción» en los entornos laborales resultarían coherentes con el modelo de la Convención. Por eso conviene subrayar la idea de que los entornos laborales han de ser abiertos, inclusivos y accesibles. La Convención introduce, entre sus principios generales, el de la «plena y efectiva participación e inclusión en sociedad» que implica que la sociedad en sus dimensiones públicas y privadas está organizada para posibilitar que todas las personas con discapacidad puedan participar plenamente. Una sociedad inclusiva es, por tanto, una sociedad capaz de reducir las barreras (físicas, relativas a la comunicación y actitudinales), en orden a garantizar la participación plena de todos los miembros, así como el goce efectivo de sus derechos. Frente a la integración, que requiere que las personas se adapten a la sociedad, la inclusión exige que sea la sociedad quien se adapte a todas las personas.

Para que la inclusión pueda llegar a ser una realidad, los Estados deben actuar para eliminar las barreras que la impiden o dificultan. La eliminación de las barreras supone hacer la sociedad accesible y la accesibilidad como principio general de la Convención (art. 3 f) obliga a los Estados a adoptar «medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales» (artículo 9). El diseño universal permite alcanzar la accesibilidad desde la concepción inicial de los productos, entornos y servicios (artículo 2). Las ideas de accesibilidad universal y diseño para todos están orientadas a construir una sociedad inclusiva, y parten de una comprensión crítica de los estándares de normalidad y anormalidad.

En determinadas ocasiones, sin embargo, será necesario realizar ajustes razonables, que implican «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales» (artículo 2). Para la Convención, la denegación de los ajustes razonables es una discriminación por razón de discapacidad (artículo 2 y artículo 5). Lo anterior implica que, desde la Convención, además, la obligación de accesibilidad en el empleo no puede ser cubierta exclusivamente con ajustes razonables. Al respecto, merece la pena prestar atención a la figura de asistencia personal (artículo 19 b)) y a la de los apoyos (artículo 12). Tanto una como otra son instrumentos de accesibilidad en los términos del artículo 9 y podrían presentarse, según el caso, como parte del diseño universal de un puesto de trabajo, o como un ajuste razonable. En cualquier caso, su previsión es un requisito para garantizar condiciones de igualdad y no discriminación en entornos laborales abiertos, inclusivos y accesibles. De este modo, se facilita, en coherencia con el objetivo de la inclusión, que los puestos de trabajo se adapten a las personas, sin que se exija para el acceso que sea la persona quien se adapte al puesto de trabajo.

Desde el modelo de la Convención, por tanto, las medidas que los Estados deben adoptar para salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo han de orientarse a hacer efectivo el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás. Entre estas medidas la Convención establece la obligación de los Estados de (a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables; Además de la prohibición de discriminación el entorno laboral, el artículo 27 obliga a los Estados a garantizar la igualdad de derechos de las personas con discapacidad en los incisos b), c), y d):

b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos;

c) Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás;

d) Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua;

En relación con la igualdad, conviene tener en cuenta que la Convención también exige considerar el enfoque de género, que tiene una aplicación transversal en todo su texto como principio general (artículo 3), en la adopción de medidas relacionadas con el derecho al empleo y al trabajo de las personas con discapacidad.

Por último, y como consecuencia de esa idea de que el objetivo es la inclusión de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás, los Estados han de actuar para garantizar la presencia de personas con discapacidad en las distintas modalidades de empleo: por cuenta propia o ajena y público o privado. Así, el apartado e) que conmina a los Estados a «alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo», está referido al empleo por cuenta ajena. Por su parte, las obligaciones derivadas del apartado f) («promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias»), se refiere al emprendimiento y al trabajo por cuenta propia.

El 27.1.g) obliga a los Estados a «emplear a personas con discapacidad en el sector público», y el 27.1.h) establece la obligación de «promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas». De este modo, las obligaciones derivadas del art. 27 brindan herramientas importantes para erradicar la discriminación entre particulares.

Por último, el segundo inciso del artículo 27 tiene en cuenta la realidad de la explotación a la que se enfrentan numerosas personas con discapacidad y establece la obligación de los Estados Partes de asegurar «que las personas con discapacidad no sean sometidas a esclavitud ni servidumbre y que estén protegidas, en igualdad de condiciones con las demás, contra el trabajo forzoso u obligatorio».

El objetivo del siguiente apartado será presentar, a grandes rasgos, las medidas implementadas en el Estado español para cumplir con las obligaciones derivadas del artículo 27 de la Convención.

3. Algunas pautas para la valoración del derecho al trabajo de las personas con discapacidad en España

Para valorar en qué medida el modelo articulado por el Estado español para la garantía del derecho al trabajo de las personas con discapacidad es conforme con las exigencias de la Convención, es necesario analizar de qué modo en nuestro Derecho se atiende las obligaciones impuestas por el artículo 27.

Así pues, en relación con las medidas relativas a la inclusión, los trabajadores con discapacidad son titulares de los derechos que el Estatuto de los Trabajadores reconoce a todos los trabajadores, no obstante, la falta de adaptación del régimen de la capacidad jurídica a la Convención afecta, en el caso de las personas con discapacidad que hayan visto limitada su capacidad de obrar, a la posibilidad de contratar y a la posibilidad de ejercicio de estos derechos. Es de lamentar, además, la ausencia de referencias en el Estatuto de los Trabajadores a la accesibilidad universal que deberían tener los contratos para que resulten comprensibles, utilizables y practicables para todas las personas de la forma más autónoma y natural posible, y a los apoyos en las tomas de decisiones en materia laboral. Los contratos celebrados pueden ser de diferentes modalidades y en alguna de ellas se contemplan especialidades para las personas con discapacidad que en ocasiones se justifican en una concepción «clásica» de la vulnerabilidad.

Por otro lado, además, y a pesar de la prohibición de discriminación por razón de discapacidad, en el sistema jurídico español subsisten normas y convocatorias de empleo que excluyen a las personas con discapacidad de ciertos procesos selectivos, y que en lugar de realizar una definición en positivo de las aptitudes requeridas para el desempeño del puesto, privan a las personas en ciertas situaciones de discapacidad de la posibilidad de concurrir. Cuando los requisitos no son justificados, adecuados y proporcionales, constituyen una discriminación por razón de discapacidad.

El artículo 40 de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social (Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre), contiene algunas previsiones orientadas a eliminar las barreras que impiden y dificultan el acceso de las personas con discapacidad al mercado de trabajo en condiciones de igualdad, en concreto «los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario» (artículo 40.2). Este precepto, no obstante, presenta el inconveniente de que no se deslindan suficientemente las medidas de accesibilidad de los ajustes razonables, cuya denegación, por otro lado, constituye una discriminación por razón de discapacidad de acuerdo con la convención, pero no se describe como tal en los apartados 3 y 4 del artículo 35, en el que se define la discriminación indirecta y la discriminación indirecta. Además, olvida ámbitos importantes, como el ejercicio de los derechos laborales y colectivos.

Con el mismo sentido de eliminación de barreras, el artículo 41 prevé los servicios de empleo con apoyo, que define como «el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades de inclusión laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes». La regulación de esta figura ha sido objeto de revisiones en 2011 (el Real Decreto 870/2007 se deroga por el Real Decreto-Ley 3/2011, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo) y en 2012 (cuando se restablece su vigencia por el Real Decreto-Ley 3/2012 de Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral). Se trata de una figura importante desde el punto de vista de facilitar la inclusión de las personas con discapacidad, por lo que resulta difícilmente justificable este titubeo en su regulación. Tal vez la inseguridad sea una de las razones que explican la escasa implantación de la figura.

Para fomentar el acceso de las personas con discapacidad al empleo ordinario se establece un mecanismo de reserva de cuotas que afecta a las empresas que empleen a 50 o más trabajadores y que señala la obligación de contratar al menos un 2 por 100 de personas con discapacidad. La reserva de plazas en la Administración y la adaptación de las pruebas son asimismo medidas orientadas a la inclusión de las personas con discapacidad en empleo ordinario. No obstante lo anterior, la realidad del tejido empresarial español, en su mayoría conformado por pequeñas y medianas empresas, aconseja un rediseño de las cuotas para una mayor efectividad de las medidas. Por otro lado, la posibilidad de no cumplir con las cuotas de reserva ha afectado a la eficacia de la medida, de modo que en la realidad española el acceso al empleo de las personas con discapacidad se realiza a través del empleo protegido. Además, en relación con las medidas alternativas, en concreto, con la regulación de los enclaves laborales, se producen incoherencias desde el punto de vista de la finalidad de inclusión de las personas con discapacidad; por ejemplo, se admite que la empresa utilice una medida alternativa al cumplimiento de la cuota

cuando existen razones que justifican la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad, pero esa medida alternativa al cumplimiento de la cuota puede ser la constitución de un enclave. Con ello parece que se está legitimando la carencia de efectividad de la cuota de reserva, pero también que se está desnaturalizando el sentido de los enclaves laborales.

Para fomentar el empleo de las personas con discapacidad se establecen además incentivos y subvenciones en el marco de la Estrategia Española de Empleo, en la que, como se ha señalado, las personas con discapacidad son un objetivo prioritario. Para facilitar la inserción en el mercado ordinario hay ayudas a la contratación indefinida, contratos temporales de fomento de empleo y contratos formativos, así como para la adaptación y el ajuste, bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social y ayudas al tránsito a través de los enclaves laborales. Algunas de estas medidas deberían analizarse para determinar si favorecen el acceso al empleo en igualdad de condiciones.

Por lo que se refiere a las medidas sobre prohibición de discriminación, ya se ha dicho que el artículo 35 Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social define discriminación directa e indirecta, pero no prevé como discriminación la denegación de ajustes razonables. Ya se ha señalado, por otro lado, que subsisten ejemplos de discriminación directa e indirecta en las definiciones de los requisitos para el desempeño del puesto de trabajo, algunos de ellos en relación con el acceso a cargos y funciones públicas.

Sobre las medidas de garantías de derechos que la Convención impone a los Estados, el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores señala como derechos básicos de los trabajadores algunos de los siguientes: libre elección de profesión u oficio; libre sindicación; negociación colectiva; huelga; reunión; a la ocupación efectiva; a la promoción y formación profesional, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad; a no ser discriminado directa o indirectamente, y específicamente se señala que nadie podrá ser discriminado por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate; al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de discapacidad. La protección frente a la discriminación se extiende a los derechos derivados del contrato al declarar nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de discapacidad (artículo 17.1).

Algunas de las previsiones tienen en cuenta el enfoque de género y sitúan a las mujeres con discapacidad entre los trabajadores con discapacidad con especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo (por ejemplo, la relativa a los requisitos para integrarse en un enclave laboral), sin embargo en otras, como las de mejora de incentivos para los enclaves laborales, las mujeres con discapacidad no se consideran trabajadoras con especiales dificultades.

En cuanto a las medidas de promoción el trabajo por cuenta propia, en primer lugar, conviene recordar que la posibilidad de emprender de las personas con discapacidad vuelve a estar tamizada por el régimen de la capacidad de obrar y por la falta de previsión de medidas de apoyo en la toma de decisiones. En relación con esta cuestión, la Ley General de Derechos de las Personas con discapacidad prevé la obligación de los poderes públicos de adoptar políticas de fomento del trabajo autónomo de las personas con discapacidad por cuenta propia y a través de entidades de economía social.

Los desempleados con discapacidad pueden beneficiarse de ayudas al establecimiento como trabajador autónomo (que también se dirigen a los desempleados en general, jóvenes desempleados de 30 años o menos y mujeres desempleados), y una vez establecidos tendrán derecho a las restantes ayudas dirigidas a los trabajadores autónomos en general (financiera, asistencia técnica y formación). Tal vez sería deseable que se contemplasen normativamente apoyos específicos para colectivos prioritarios, específicamente en materia de formación

Ya se ha hecho referencia a las medidas para la promoción del empleo ordinario en los ámbitos públicos y privado y a la insuficiencia de estas medidas que se traduce en que la mayor parte de las personas con discapacidad que accede a un empleo lo hace a través del empleo protegido.

Existen además, dos figuras que resultan centrales para comprender el sistema español, que en el Derecho se conceptualizan como empleo protegido, y que formarían parte de las 'otras medidas' que menciona el artículo 27.1.h) de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, son los centros especiales y los enclaves laborales. La existencia de centros de empleo especiales, en los que las personas con discapacidad se sitúan fuera del empleo ordinario, resulta, al menos nominalmente, extraña a la idea de inclusión que maneja la Convención. No obstante, los Centros Especiales tratan de ser empresas que además de su función económica

desempeñan una función social de ofrecer a las personas con discapacidad el acceso al empleo. Como elemento previo a tener en cuenta, es preciso subrayar que los Centros Especiales de Empleo son empresas que por su función social reciben ayudas públicas. Los Centros Especiales de Empleo se han venido configurando normativamente como orientados a la transición al empleo ordinario, y este aspecto puede ser objeto de discusión dado que algunas implicaciones de esta configuración pueden ir en contra de las legítimas aspiraciones de estabilidad en el empleo que comparten los trabajadores con y sin discapacidad. Una alternativa que puede resultar adecuada desde los valores de la Convención es la reformulación de los Centros como espacios de empleo inclusivo. Al respecto pueden plantearse varias estrategias, una de ellas puede ser la revisión de la distribución de las funciones que desempeñan personas con y sin discapacidad dentro de la empresa; otra facilitar que se tracen 'carreras profesionales' que aseguren las posibilidades de promoción dentro del Centro; y, tal vez, potenciar una mayor convivencia de personas con y sin discapacidad.

Otro aspecto que llama la atención, desde la perspectiva de la Convención, es que la relación laboral con los Centros de Empleo es de carácter especial. Por otro lado, para ser parte de esta relación, la persona trabajadora debe acreditar un grado de discapacidad de al menos un 33 por ciento que implique además una disminución real de la capacidad de trabajo en al menos este mismo grado con respecto a una persona de similar cualificación considerada «estándar». Sin embargo, no se determina si esta valoración se realiza una vez han sido eliminadas las barreras o si considera las barreras, con lo que la perspectiva se aleja del modelo inclusivo de la Convención, que requiere la adaptación de los entornos a las personas y no a la inversa. Este mismo sentido parecen tener las causas objetivas de extinción del contrato referidas a la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su incorporación al Centro, y en la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas para el puesto. Más aún cuando el instrumento de valoración y control (también en relación con la prevención de riesgos laborales) que podrían ser los equipos multiprofesionales no se ha implantado. En esta misma línea, no hay ninguna garantía en la normativa actual de que en la valoración se tengan en cuenta suficientemente los factores sociales.

Tampoco aparece suficientemente detallado y valorado el papel de los servicios de ajuste personal y social. La laguna es llamativa, puesto que podría configurarse como un instrumento para hacer de los Centros entornos de trabajo inclusivos y con un empleo de calidad. Por otro lado, pueden existir dudas sobre la compatibilidad con la Convención de ciertas medidas, como la imposibilidad de utilizar la modalidad de contrato a domicilio para personas con discapacidad psíquica o la prohibición de realizar horas extraordinarias. Tal y como se regulan, parecen tener un carácter paternalista, y se insertan en un contexto en el que no se contemplan previsiones sobre apoyo en la toma de decisiones y en el que, como en el resto de los ámbitos, el régimen de capacidad no está adaptado a la Convención.

Asimismo, no se consideran medidas para favorecer el ejercicio de la libertad sindical y la participación de las personas con discapacidad que trabajan en los CEEs en los procesos de negociación colectiva.

En cuanto a los enclaves laborales, pueden presentarse como un instrumento adecuado orientado a la inclusión, siempre que su presencia en la empresa se realice precisamente desde la idea de inclusión y no desde la segregación. Los enclaves han de permitir a las personas con discapacidad insertarse en un entorno de empleo ordinario, pero, al tiempo, también han de permitir a los trabajadores que desempeñan su actividad en estos entornos, conocer las capacidades laborales de las personas con discapacidad.

Sin embargo, no parece que hayan cumplido con estos objetivos por factores extrajurídicos, pero también por ciertas inconsistencias normativas que tiene que ver, por un lado, con que se mantiene, junto con el enclave, la posibilidad de realizar contratos civiles y mercantiles. Existe también una inconsistencia en la posibilidad de optar por la constitución de un enclave como medida alternativa al cumplimiento del cupo de reserva, cuando la justificación del no cumplimiento del cupo puede ser la especial dificultad para incorporar a los trabajadores con discapacidad a la empresa.

Asimismo, se extienden a los enclaves las garantías previstas para la subcontratación, aun cuando, como se ha señalado, la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva no parecen haberse potenciado suficientemente en el ámbito de los Centros Especiales de Empleo, con lo que el control por parte de los trabajadores es insuficiente, y también lo es el control por parte de los poderes públicos.

En cualquier caso, el carácter transitorio del empleo protegido ha llevado a descuidarlo, de modo que la tendencia normativa ha sido, por lo que se ha señalado, configurar el trabajo protegido como un empleo de 'inferior calidad' al normal.

A propósito de la previsión del artículo 27.2 con carácter general, los artículos arts. 311 y siguientes del Código Penal tipifican los delitos contra los derechos de los trabajadores, si bien no hay menciones específicas a la discapacidad salvo en relación con el delito de discriminación (artículo 314).

El análisis desarrollado en estas páginas revela la necesidad de revisar desde un punto de vista integral la regulación española del derecho al trabajo para adaptarlo al nuevo paradigma de tratamiento de la discapacidad y a las exigencias del artículo 27 de la Convención.