

Vulnerabilidad corporal y discriminación grupal por razón de discapacidad: acordes y desacuerdos

BODILY VULNERABILITY AND GROUP-BASED DISCRIMINATION ON THE GROUNDS OF DISABILITY: HARMONIES AND DISSONANCES

Antonio Álvarez del Cuvillo

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Cádiz

RESUMEN: El presente trabajo analiza la particular articulación entre la vulnerabilidad corporal y la discriminación grupal por razón de discapacidad, con el propósito de clarificar las tensiones conceptuales y normativas que caracterizan esta materia. A partir de la distinción entre vulnerabilidad primaria —derivada de la corporalidad humana— y vulnerabilidad social o grupal —producida por los procesos clasificatorios—, se examina cómo la discapacidad se sitúa en la intersección entre estos dos campos. Esta doble dimensión genera un campo de fricción entre dos lógicas jurídicas complementarias, pero potencialmente contradictorias: la lógica de la equiparación, orientada a remover las barreras sociales y garantizar la igualdad de oportunidades, y la lógica de la protección, dirigida a atender las necesidades materiales y asistenciales derivadas de las deficiencias corporales.

El estudio defiende que la atención jurídica a la discapacidad exige una integración equilibrada de ambas perspectivas, de manera que la remoción de obstáculos no oculte las necesidades de cuidado, ni la protección derive en paternalismo o segregación. A partir de este enfoque teórico se plantean soluciones concretas a los problemas relativos a la identificación de discriminaciones directas e indirectas, la interpretación del requisito esencial o determinante como excepción a la paridad de trato, la ponderación de intereses en los ajustes razonables, el diseño de las medidas de igualdad de oportunidades, así como la compatibilidad o incompatibilidad entre el trabajo asalariado y la calificación de incapacidad laboral permanente por parte de la seguridad social.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad; vulnerabilidad; discriminación; igualdad; protección social; cuidado; Derecho del Trabajo.

SUMARIO: I. Particularidades de la discapacidad como causa de discriminación grupal; II. Vulnerabilidad corporal, vulnerabilidad social y discriminación grupal; III. Proyección de la vulnerabilidad corporal y grupal en el ámbito de la discapacidad; IV. Las dos almas de la atención a la vulnerabilidad de las personas con discapacidad: la lógica de la equiparación y la lógica de la protección; V. Conclusiones

ABSTRACT: This paper examines the specific interplay between bodily vulnerability and group-based discrimination on the grounds of disability, with the aim of clarifying the conceptual and normative tensions that characterize this field. Drawing on the distinction between primary vulnerability—stemming from human corporeality—and social or group vulnerability—produced by classificatory processes—it explores how disability lies at the intersection of these two dimensions. This dual nature gives rise to a field of friction between two complementary yet potentially conflicting legal logics: the logic of equalization, aimed at removing social barriers and ensuring equal opportunities, and the logic of protection, directed towards addressing the material and welfare needs arising from bodily impairments.

The study argues that the legal treatment of disability requires a balanced integration of both perspectives, so that the removal of obstacles does not obscure the need for care, nor protection degenerate into paternalism or segregation. From this theoretical standpoint, the paper proposes specific solutions to issues concerning the identification of direct and indirect discrimination, the interpretation of the “genuine and determining occupational requirement” as an exception to equal treatment, the balancing of interests in the implementation of reasonable accommodation, the design of equality-of-opportunity measures, as well as the compatibility or incompatibility between wage labour and the classification of permanent incapacity under social security

KEYWORDS: Disability; vulnerability; discrimination; equality; social protection; care; Labour Law.

SUMMARY: I. Specific features of disability as a ground of group-based discrimination; II. Bodily vulnerability, social vulnerability and group-based discrimination; III. The projection of bodily and group vulnerability in the field of disability; IV. The two dimensions of legal responses to disability: the logic of equalization and the logic of protection; V. Conclusions

I. Particularidades de la discapacidad como causa de discriminación grupal

Sin duda existe una lógica común que subyace a todas las causas de discriminación grupal. Todo acto de discriminación es un tratamiento peyorativo imputable a un sujeto determinado que deriva de la vinculación de sus destinatarios a uno o varios grupos sociales y que tiende a situar real o potencialmente a estos grupos y a las personas adscritas a ellos en una

posición socio-jurídica de inferioridad sistemática¹. La vinculación al grupo social se lleva a cabo a través de un mecanismo clasificatorio directo o indirecto que conecta a los destinatarios del tratamiento peyorativo con una serie de categorías sociales «adscriptivas», como el «género» o la «raza». Sin embargo, la funcionalidad social de cada una de estas categorías es distinta en cada caso; así, por ejemplo, la distinción binaria entre hombres y mujeres se relaciona en último término con la división del trabajo productivo y reproductivo. Por tanto, las condiciones de activación de los mecanismos clasificatorios que producen la discriminación a menudo son distintas respecto a cada una de las causas. Es necesario entender estos procesos para identificar adecuadamente los comportamientos ilícitos, pero también, en su caso, para prever medidas promocionales que permitan remover los obstáculos para la integración social plena de las personas adscritas a determinados grupos victimizados.

En concreto, el reconocimiento formal de la «prohibición de discriminación por razón de discapacidad» en el ámbito laboral puede producir una cierta incertidumbre al intérprete, sobre todo debido a la confusión que todavía subsiste en la comunidad jurídica entre el principio de igualdad formal y la prohibición de discriminación grupal, que a menudo ha llevado a una lectura individualista de la prohibición de discriminación que la termina equiparando erróneamente con el concepto de «arbitrariedad».

Estos planteamientos parten de la base de que las clasificaciones sociales como el «sexo» o la «raza» se han utilizado en el pasado para atribuir a los individuos una menor o mayor capacidad laboral o para adscribirlos rígidamente a determinados segmentos del mercado, sectores u ocupaciones. Estas distinciones se consideraban en aquel momento como inherentes a la «naturaleza de las cosas»; sin embargo, en la actualidad se ha puesto de manifiesto —no sin contradicciones y retrocesos— que esas atribuciones eran, en realidad, puramente ilusorias, dando lugar a decisiones arbitrarias o económicamente irracionales. Por consiguiente, se concluye que utilizar categorías adscriptivas como el «sexo» o la «raza» como criterio justificativo para llevar a cabo diferencias de trato a los individuos en el ámbito laboral sería una conducta irracional y, por tanto, discriminatoria. De este modo, se entendería la prohibición de discriminación como el reverso exacto del principio de igualdad formal, que exige una justificación objetiva y razonable para las diferencias de trato. Como mucho, estas categorías adscriptivas operarían como «presunciones» de trato irrazonable, que, en su caso, podrían verse refutadas si se justificara que en el caso concreto la clasificación fuera verdaderamente relevante para medir la aptitud para un puesto de trabajo. De este modo, la prohibición de discriminación facilitaría un funcionamiento más eficiente del mercado de trabajo en términos económicos.

Desde este paradigma individualista, la noción de «discriminación por razón de discapacidad» puede parecer equívoca. En principio, la «discapacidad» parece aludir a una deficiencia corporal realmente existente que, al menos en hipótesis, podría afectar verdaderamente a la capacidad laboral o a la productividad de las personas afectadas por ella, en cuyo caso la diferencia de trato dejaría de ser «arbitraria» y, por tanto, estaría fundada en diferencias verdaderamente relevantes.

Lo cierto es que el constituyente o el legislador no han prohibido —o sometido a escrutinio— clasificaciones como el «sexo» o la «raza» porque sean «arbitrarias» o «irracionales». Debe recor-

1 Álvarez del Cuvillo, Antonio, *El concepto de discriminación grupal y su eficacia real en el ámbito de las relaciones laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pág. 354.

darse que los empresarios no están vinculados por el principio de igualdad en sentido estricto y que, por tanto, pueden tomar otras decisiones económicamente irracionales sin incurrir en ilegalidad alguna; aquellas empresas que tomen decisiones relevantes a partir de premisas erróneas debido a estereotipos ilusorios se situarán en una posición desventajosa para competir en el mercado, sufriendo ellas mismas las consecuencias de la introducción de sesgos irracionales en la toma de decisiones. Por otra parte, lo cierto es que hay casos en los que los actos discriminatorios son económicamente racionales —en la medida en que verdaderamente contribuyan a la maximización del beneficio—, pero ello no impide que sean contrarios a la dignidad humana y, por tanto, ilícitos; así, por ejemplo, si un empresario se aprovecha de la situación de vulnerabilidad de determinadas minorías étnicas para imponerles condiciones de trabajo devaluadas frente a la población mayoritaria, su comportamiento será discriminatorio aunque obtenga un beneficio del abuso. En realidad, como ha destacado el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, el fundamento de la prohibición de discriminación es de carácter social o grupal; estos tratamientos peyorativos se proscriben porque tienden a situar a los grupos objeto de clasificación en una posición sistemática de inferioridad, contraria a la dignidad humana².

Sin embargo, incluso desde esta óptica de la «discriminación grupal», la referencia a la discapacidad implica una cierta tensión entre una lógica «inclusiva» —basada en la equiparación y el mandato de parificación— y una lógica «protectora», sostenida sobre una eventual posición de debilidad o vulnerabilidad objetiva de las personas que sufren determinadas deficiencias corporales. Si esta lógica «protectora» se trasladara hoy en día a otras causas de discriminación como el sexo o la raza, se pondría de manifiesto inmediatamente su carácter excesivamente paternalista y condescendiente. Así, por ejemplo, hoy en día entendemos que las políticas sociales no deben estar orientadas a proteger a las mujeres contemplándolas como el «sexo débil» y necesitado de protección, sino más bien a remover los obstáculos sociales que impiden su integración plena en condiciones de igualdad con los varones³.

Sin embargo, esta cuestión no está tan clara cuando hablamos de las personas con discapacidad. De hecho, la categoría clásica en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social no ha sido la de la «discapacidad», sino más bien la de la «incapacidad laboral», que presupone necesariamente que determinadas disfunciones corporales tienen un impacto real en el desempeño o en la realización de las tareas y que, por tanto, algunas personas necesitan obtener algún tipo de ingreso económico que sustituya la pérdida de salario. No cabe duda de que el concepto de discapacidad (art. 1 CIDPD⁴ y art. 4 LGDPDIS⁵) es mucho más amplio que el de incapacidad laboral, pero, por otra parte, resulta difícil concebir que las disfunciones corporales que afecten significativamente a la posibilidad de trabajar no

2 SSTC 128/1987, 168/1988, 19/1989, 145/1991, 229/19921, 173/1994, 240/1999, 200/2001, 39/2002, 17/2003, 27/2004, 161/2004, 175/2005, 182/2005, 41/2006, 342/2006, 3/2007, 233/2007, 59/2008, 62/2008, 176/2008, 36/2011, 51/2011, 63/2011, 79/2011, 116/2011, 104/2014, 66/2015, 31/2018, 91/2019, 74/2020, 172/2021, 67/2022.

3 A estos efectos, Vid. la distinción entre «acción protectora» y «acción positiva» en Pérez del Río, Teresa. «El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario» en AA. VV (coord. Jesus Cruz Villalón y Teresa Pérez del Río): *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 101-105.

4 Convención Internacional de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13-12-2006, ratificada en BOE n.º 96 de 21-3-2008.

5 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social.

terminen encajando en este concepto. De hecho, en la actualidad⁶, los arts. 4.2 y 35 LGDP-DIS reconocen expresamente como personas con discapacidad —y, por tanto, titulares de los derechos reconocidos en la ley, incluyendo, en principio, el derecho al trabajo— a quienes tuvieran reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez (actualmente «gran incapacidad»), así como a las personas pensionistas de clases pasivas que tuvieran reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o «inutilidad»⁷.

Para clarificar esta particularidad de la prohibición de discriminación por razón de discapacidad es necesario profundizar en el concepto de «vulnerabilidad»⁸. No cabe duda de que las personas con discapacidad se encuentran en una situación vulnerable en el mercado de trabajo, pero sería necesario delimitar hasta qué punto esta vulnerabilidad se debe a la discapacidad misma —que dificulta la inserción laboral— o bien a procesos de discriminación grupal equivalentes a los que tradicionalmente han sufrido, por ejemplo, las mujeres o las minorías étnicas, que habitualmente se han entendido como arbitrarios. Salta a la vista que cada una de estas interpretaciones puede llevar a políticas sociales o técnicas de regulación muy diferentes.

II. Vulnerabilidad corporal, vulnerabilidad social y discriminación grupal

Cuenta una leyenda académica que, una vez, un alumno preguntó en clase a la famosa antropóloga Margaret Mead, cuál era, en su opinión, el primer signo de «civilización» entre los seres humanos. La profesora no hizo referencia a ninguna herramienta ni a ningún objeto socialmente producido, sino que destacó el hallazgo de un fémur que había estado fracturado, pero que posteriormente había sanado; en el reino animal, una fractura de esta gravedad hubiera significado inevitablemente la muerte del individuo herido, de modo que el proceso de curación del hueso apuntaba a la existencia de un marco social en la que alguien se había ocupado de cuidar y de alimentar a esta persona indefensa.

Lo más probable que esta anécdota sea apócrifa⁹. Por otra parte, no hay que desdeñar completamente la relevancia las conductas de cuidado entre animales no humanos, por más

6 A los efectos de este trabajo, no es preciso detenerse en los avatares históricos de este reconocimiento formal.

7 Salta a la vista que este último término no se ha adaptado a los usos lingüísticos actuales.

8 Este tratamiento no agota las posibilidades de interacción entre el concepto de discriminación y el concepto de vulnerabilidad. Así, SANZ DE GALDEANO, B., «De la tutela antidiscriminatoria a la protección de situaciones de vulnerabilidad. Posibilidades y límites en el derecho de la Unión Europea», *Labos*, 5, 1, pp. 88-89 destaca las posibilidades de la noción de vulnerabilidad para introducir una mayor individualización de los supuestos de discriminación, en tanto la pertenencia a un grupo social no implica necesariamente el mismo riesgo de sufrir perjuicios significativos. Por otra parte, en ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *El concepto de discriminación...*, Op. Cit., pp. 187-190 se explica cómo el concepto de vulnerabilidad se utiliza por el TEDH para recuperar implícitamente la dimensión social del concepto de discriminación en un innecesario viaje de ida y vuelta.

9 LASCO, Gideon, «Did Margaret Mead Think a Healed Femur Was the Earliest Sign of Civilization?», *Sapiens: Anthropology Magazine*. <<https://www.sapiens.org/culture/margaret-mead-femur/>>

que estas se vean lógicamente limitadas en cuanto a sus posibilidades técnicas¹⁰. En cualquier caso, *si non é vero, e ben trovato*. Lo importante de esta historia es el modo en que ilustra la idea de que la sociedad humana es, en gran medida, el espacio común en el que los seres humanos nos cuidamos unos a otros, lo que, en último término es necesario para nuestra subsistencia. Todos y todas necesitamos, en algún momento y en menor o mayor medida, que alguien cuide de nosotros; sin duda esta necesidad se pone de manifiesto con particular intensidad en la infancia —siendo destacable la dependencia de los bebés humanos en comparación con otros animales, que ha permitido el desarrollo del cerebro—, pero lo cierto es que esta necesidad de cuidado nos termina acompañando, de un modo u otro, durante toda la vida.

Esta idea conecta con los planteamientos de la filósofa del derecho Martha Fineman respecto a la vulnerabilidad humana y a sus conexiones con las relaciones sociales y el Derecho¹¹. Esta autora parte de la base de que la «vulnerabilidad» no afecta solamente a determinadas personas y grupos sociales desfavorecidos, sino que es inherente a la condición humana, puesto que deriva de nuestra corporalidad (pp. 34 y ss.) Como consecuencia de ello, nadie es completamente «autónomo», sino que, en realidad, todos y todas dependemos de una serie de relaciones e instituciones sociales que nos proporcionan los recursos suficientes («resiliencia») para afrontar esta vulnerabilidad innata. Así pues, la vulnerabilidad «ontológica» derivada de las limitaciones del cuerpo humano es la base sobre la que se construye la sociedad, y todas sus relaciones e instituciones (p. 45). En este contexto, las formas concretas de «dependencia de la sociedad» que los individuos puedan tener en un momento dado deben pensarse como episódicas, alterables y circunstanciales (p. 46), pues no son otra cosa que manifestaciones de esta dependencia originaria que globalmente afecta a toda la población.

Esta perspectiva asume a grandes rasgos una visión globalmente «positiva» de las relaciones entre la vulnerabilidad y la sociedad humana; los elementos de crítica social vendrían dados simplemente por los supuestos en los que las instituciones y relaciones sociales no son capaces de satisfacer plenamente esta función de atender a formas específicas de vulnerabilidad. Sin embargo, lo cierto es que la sociedad humana también genera por sí misma otras formas de vulnerabilidad, que no derivan directamente de nuestra naturaleza corporal, sino de las propias instituciones y relaciones socialmente producidas. Seguramente, esto es, hasta cierto punto, inevitable. En efecto, las formaciones sociales, para cumplir con su función de atender a las necesidades humanas, se organizan en «modos de producción», que a su vez establecen estructuras, pautas y jerarquías que dividen el trabajo y a menudo generan desigualdades en el *status*, las oportunidades vitales y el acceso a los recursos. De este modo, aparecen formas de vulnerabilidad humana que no derivan directamente de nuestra naturaleza corporal, sino que son socialmente producidas. De hecho, algunas de estas formas de vulnerabilidad son también reconocidas por la sociedad como problemas que deben ser abordados, en cuyo caso se terminan estableciendo instituciones o normas que se dirigen específicamente a mitigarlas de algún modo. Así, por ejemplo, en los textos de la antigüedad existen numerosas referencias a las «viudas» y los «huérfanos», como grupos sociales que podían quedar desamparados en las sociedades patriarcales arcaicas y que, por

10 Así, por ejemplo, *Vid.* CLARK, Isabelle; SANDEL, Aaron; REDDY, Rachna y LANGERGRABER, Kevin, «A preliminary analysis of wound care and other-regarding behavior in wild chimpanzees at Ngogo, Kibale National Park, Uganda», *News and Perspectives*, n.º 62, pp. 697-702, 2021.

11 FINEMAN, Martha Albertson, *Vulnerability Theory and the Trinity Lectures: Institutionalizing the Individual*, Bristol University Press, Bristol, 2025, *per totum*.

tanto, eran merecedores de algún tipo de protección¹². En el mundo moderno, todo el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social puede contemplarse precisamente como un conjunto de instituciones sociales dirigidas a gestionar y mitigar la vulnerabilidad generada por el modo de producción capitalista sobre la «clase trabajadora», es decir, el conjunto de personas que carecen de medios de producción propios, de modo que, en principio, tienen que subsistir vendiendo su «fuerza de trabajo» en el mercado.

Resulta oportuno distinguir entre estas dos formas de vulnerabilidad humana, por más que a menudo estén interconectadas entre sí (como veremos en el epígrafe siguiente respecto a la discapacidad). Así pues, llamaremos «vulnerabilidad primaria» o «vulnerabilidad corporal» a las manifestaciones concretas de la naturaleza corpórea de los seres humanos, que implican limitaciones, deficiencias y debilidades¹³ y «vulnerabilidad secundaria» o «vulnerabilidad social», a las situaciones de subordinación, exclusión, opresión o desamparo que no derivan directamente de las limitaciones corporales, sino que han sido producidas socialmente.

En lo que respecta al contexto de la vulnerabilidad secundaria o social, podemos identificar en cada formación social humana una serie de grupos «vulnerables» o «victimizados» que se encuentran en una situación de subordinación, exclusión u opresión generada por la estructura social o el modo de producción. Las clasificaciones con las que designamos a esos grupos pueden contemplarse como «categorías puramente descriptivas» que se limitan a constatar una situación de hecho generada por causas ajenas a la clasificación misma. Así, por ejemplo, podemos clasificar como «pobres» a las personas que no alcancen un determinado umbral de ingresos, sin que esta clasificación haya incidido, en principio, en la situación de hecho que se describe. Sin embargo, las clasificaciones también pueden operar como «categorías adscriptivas», que pueden condicionar los procesos de interacción social o, en su caso, la construcción de la propia identidad, operando, por tanto, como elementos de distribución de las oportunidades y los recursos materiales y simbólicos. Así, aunque la categoría «pobre» en principio es puramente descriptiva, puede convertirse en una categoría «adscriptiva».

12 Sirva de ejemplo el conocido texto de Éxodo, 22, 21-25: «Y al extranjero no engañarás ni angustiarás, porque extranjeros fuisteis vosotros en la tierra de Egipto. A ninguna viuda ni huérfano afligiréis. Porque si tú llegas a afligirles, y ellos clamaren a mí, ciertamente oiré yo su clamor; y mi furor se encenderá, y os mataré a espada, y vuestras mujeres serán viudas, y huérfanos vuestros hijos. Cuando prestares dinero a uno de mi pueblo, al pobre que está contigo, no te portarás con él como logrero, ni le impondrás usura». Nótese que el texto menciona también a otros «grupos vulnerables» reconocidos en el mundo antiguo: los extranjeros y los deudores.

13 La distinción no es absoluta, porque, como se ha visto, la vulnerabilidad «ontológica» del ser humano determina necesariamente la dependencia de las instituciones y relaciones sociales, porque solo a través de la vida social puede responderse a cada una de las manifestaciones específicas de vulnerabilidad corporal; por eso, Marcos del Cano, A.M., «La tensión entre autonomía y vulnerabilidad como constitutivas de la persona», en AA. VV, (Eds. Marta M.^a Albert Márquez y Delia Manzanero Fernández), *Vulnerabilidad, persona, bioética*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 42 y 45 insiste en que la vulnerabilidad humana deriva tanto de la corporalidad, como de la naturaleza social del ser humano y quizás es más importante lo segundo. Con la expresión «vulnerabilidad social» me refiero a los perjuicios producidos por la sociedad misma pero, en la práctica, estos perjuicios a menudo se materializan a través una distribución desigual en el acceso a los recursos materiales, sociales, cognitivos y simbólicos que permiten satisfacer las necesidades humanas, que, en último término, derivan de la vulnerabilidad primaria.

tiva» en la medida en que afecte a la percepción que las personas tienen de sí mismas o de los demás; en este caso, el proceso clasificatorio (como, por ejemplo, la «aporofobia») puede generar en sí mismo nuevas situaciones de vulnerabilidad social¹⁴. Llamaré «vulnerabilidad grupal» a estas formas específicas de vulnerabilidad social generadas directa o indirectamente por categorías adscriptivas, esto es, por procesos clasificatorios.

La prohibición de discriminación grupal, entendida en sentido estricto, no es otra cosa que una herramienta jurídica que se dirige a combatir determinadas formas de reproducción de la vulnerabilidad grupal a través de la atribución de responsabilidades por acción u omisión. Así, como se ha dicho, existe «discriminación» cuando se imputa a un sujeto responsable un tratamiento peyorativo derivado de la vinculación de una persona con un grupo social determinado, cuando dicho tratamiento tiende a situar a las personas adscritas al grupo afectado en una posición socio-jurídica de inferioridad. La discriminación será «directa» cuando el proceso clasificatorio pueda atribuirse al sujeto responsable, porque, al menos indiciariamente, pueda estar basado en estereotipos, prejuicios, sesgos cognitivos o en la explotación de una situación de vulnerabilidad grupal. Asimismo, será «indirecta» cuando el proceso clasificatorio no se pueda atribuir al sujeto responsable, sino a la sociedad misma —en la medida en que esté regida por patrones estandarizados de conducta que no tomen en consideración la situación de los grupos favorecidos—, pero aun así puede imputarse responsabilidad al sujeto activo porque el tratamiento peyorativo carezca de una justificación suficiente que sea externa al proceso clasificatorio mismo.

El problema que presentan las categorías relacionadas con la «discapacidad» es que, en principio, tienen un carácter «descriptivo», en la medida en que hacen referencia a determinadas manifestaciones de vulnerabilidad primaria, de carácter corporal, que podrían requerir de especial atención y cuidado por parte de la sociedad. Sin embargo, al mismo tiempo, se constituyen como categorías «adscriptivas» que, en sí mismas generan situaciones de vulnerabilidad grupal, ya sea porque se ven afectadas por estereotipos, prejuicios y sesgos cognitivos o, simplemente, porque las pautas sociales dominantes están a menudo constituidas a partir de un modelo abstracto del ser humano de carácter «capacitista», que no toma en consideración que las personas reales pueden sufrir diversas disfunciones corporales, generando así pautas estandarizadas de comportamiento que, si se aplican sin una justificación objetiva, resultan indirectamente discriminatorias.

III. Proyección de la vulnerabilidad corporal y grupal en el ámbito de la discapacidad

Como es sabido, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad considera, en su artículo 1, que estas personas son aquellas que tengan: «deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»¹⁵.

14 Respecto a la distinción entre categorías descriptivas y adscriptivas, *Vid.*, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio, *El concepto... Op. Cit.*, pp. 374-375.

15 En el mismo sentido, art. 4.1 LGDPCIS.

La primera parte de esta definición de discapacidad hace referencia a las manifestaciones específicas de la vulnerabilidad primaria humana, derivadas de nuestra corporalidad. En efecto, las «deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales» no son otra cosa que manifestaciones específicas de las limitaciones funcionales del cuerpo humano. Por supuesto, todos los seres humanos tenemos límites físicos, mentales, intelectuales y sensoriales que no son puramente coyunturales («a largo plazo»), de manera que la percepción de la existencia de una «deficiencia» depende, en un primer momento, de un mecanismo comparativo. Así, un corredor profesional de maratón tiene, lógicamente, una resistencia física limitada —que pone de manifiesto la limitación de la condición corporal humana—, pero no se percibe que esta limitación se configure como una «deficiencia», dado que su capacidad es superior a la de la mayoría de las personas. A partir de esta comparación podemos detectar que, probablemente, todos los seres humanos tenemos limitaciones físicas, mentales, intelectuales o sensoriales permanentes o «a largo plazo» que son más intensas que las que sufre la mayoría de las personas del contexto social en el que nos desenvolvemos y que, por tanto, podríamos efectivamente calificar como «deficiencias». En comparación con los demás, algunas personas pueden tener un «mal» sentido de la orientación; otras pueden tener «escasa» habilidad manual; otras pueden tener «poco» oído musical, etcétera. Sin embargo, la presencia de estas «deficiencias» no implica necesariamente la identificación de una «discapacidad», dado que este concepto se compone también de un segundo elemento, que es la dificultad de integración social plena cuando estas «deficiencias» interaccionan con diversas «barreras».

Estas «barreras» son fundamentalmente de carácter social o, al menos, están siempre mediadas por la economía, la sociedad y la cultura. En primer lugar, las deficiencias corporales pueden afectar negativamente a la integración social cuando afecten significativamente a las actividades que en una sociedad determinada resultan especialmente relevantes, ya sea por su conexión con el modo de producción o por su vinculación con otros factores sociales, culturales o políticos que resultan especialmente relevantes en un contexto determinado. Por ejemplo, en una sociedad en la que la subsistencia se sostiene fundamentalmente sobre la caza con arco y flechas, la «miopía» adquiere un carácter discapacitante, mientras que, este mismo rasgo quizás podría no ser relevante en una sociedad basada en el cultivo de patatas, siempre que la visión a distancia no fuera necesaria para otras actividades socialmente relevantes distintas del cultivo de patatas. En segundo lugar, los avances tecnológicos o la división del trabajo pueden disolver los efectos «incapacitantes» de las deficiencias, siempre que estén disponibles para las personas que las sufran. Así, en una sociedad en la que existen las «gafas» u otros instrumentos ópticos, la miopía normal puede perder su carácter discapacitante, pero ello solo sucederá si las personas que padecen esta deficiencia sensorial tienen acceso a esta tecnología conforme a las pautas sociales, culturales y económicas que rijan la distribución de recursos y oportunidades. En este contexto, no cabe duda de que las desigualdades sociales también pueden afectar a la intensidad de la influencia de determinadas deficiencias corporales respecto a la integración social plena. Es evidente que una persona que goce de una buena posición social o económica dispondrá generalmente de mejores recursos que otra peor situada para afrontar las consecuencias de una misma deficiencia corporal; de hecho, en algunos casos, el acceso a los recursos de la sociedad permitirá disolver completamente los problemas de integración social que estas puedan llegar a generar.

En las sociedades modernas, el modo de producción capitalista implica tanto oportunidades como obstáculos para atender a las deficiencias derivadas de la vulnerabilidad corporal humana.

En lo que respecta a las oportunidades, hay que tener en cuenta que las sociedades capitalistas se sostienen sobre una división del trabajo muy pronunciada, de modo que las actividades productivas socialmente relevantes pueden ser muy variadas. De este modo, potencialmente, resulta más fácil que una persona pueda encontrar un puesto de trabajo acorde con sus capacidades, en el que sus limitaciones o debilidades resulten menos patentes o incluso carezcan de toda incidencia. Asimismo, el progreso tecnológico genera también potencialidades para la eliminación del efecto incapacitante de numerosas limitaciones corporales. Así, como ya se expuso, una persona miope, condenada a la «discapacidad» en una sociedad de cazadores, en una sociedad capitalista podría, de un lado, eliminar las disfunciones derivadas de su miopía a través de la tecnología y, de otro lado, escoger una «profesión u oficio» que no requiriera particular agudeza visual.

Sin embargo, esta amplitud inicial de las oportunidades para eliminar el efecto discapacitante de las deficiencias corporales no siempre se materializa en la práctica, dado que a menudo se ve condicionada por las desigualdades sistemáticas propias de este modo de producción. En efecto, aunque en abstracto cualquier persona puede acceder a cualquier profesión —puesto que en las democracias liberales se reconoce el derecho a la libre elección de profesión y oficio— y a cualquier tecnología cuyo uso sea lícito —pues podrá adquirirla en el mercado—, su acceso real dependerá, como se ha visto, de la distribución de oportunidades que exista en la sociedad. Es por ello por lo que las políticas sociales —por ejemplo, la sanidad y la educación— se destinan a menudo a favorecer una cierta «igualdad de oportunidades», que siempre tendrá un carácter limitado, pero que, no obstante, pueden desplegar una importancia notable en la disminución del riesgo de que las deficiencias corporales afecten significativamente a la inclusión social.

En lo que respecta a los obstáculos para la integración, hay que tener en cuenta que, en las sociedades capitalistas, el modo de integración económico predominante es el «mercado», institución caracterizada idealmente por la libre competencia entre individuos que buscan maximizar sus beneficios y cuyos intereses aparecen, al menos inicialmente, como enfrentados. De hecho, la expansión de la lógica del mercado a todos los ámbitos sociales a menudo se ha fundamentado ideológicamente en el «darwinismo social», esto es, en la concepción de la sociedad humana como un espacio de competición en el que, no solo es inevitable, sino también incluso deseable que las personas menos dotadas, particularmente aquellas con deficiencias corporales, mentales o sensoriales más salientes terminen sucumbiendo para dejar paso a «los más aptos»¹⁶. En este contexto, aquellas «aptitudes» que responden más adecuadamente a las exigencias de la demanda terminan cristalizando como «méritos» cargados de valor moral, que operan por defecto como criterios básicos de distribución de oportunidades vitales y de recursos. También aquí, esta tendencia se ve parcialmente mitigada por el «liberalismo social», que, al menos hasta cierto punto, trata de restaurar la función

16 En este sentido, resulta particularmente gráfico el texto de SPENCER, H., *Social Statics*, 1851, «If they are not sufficiently complete to live, they die, and it is best they should die. Whether the incompleteness be in strength, or agility, or perception, or foresight, or self-control, is not heeded in the rigorous proof they are put to. But if any faculty is unusually deficient, the probabilities are that, in the long run, some disastrous, or, in the worst cases—fatal result will follow. And, however irregular the action of this law may appear—however it may seem that much chaff is left behind which should be winnowed out, and that much grain is taken away which should be left behind, yet due consideration must satisfy every one that the average effect is to purify society from those who are, in some respect or other, essentially faulty».

social de atención a las situaciones de vulnerabilidad corporal que en principio está presente en cualquier sociedad humana, pero que parece disiparse casi por completo en las posiciones del darwinismo social clásico o en algunas posturas neo-reaccionarias actuales¹⁷, como consecuencia de la exaltación de la eficiencia económica como un fin en sí mismo.

El paradigma de la «competencia salvaje» entre individuos se intensifica en condiciones de desempleo estructural masivo como las que caracterizan a las sociedades del capitalismo tardío. En todas las situaciones en las que la demanda de fuerza de trabajo se vea fuertemente superada por la oferta, cualquier rasgo distintivo que pueda proyectar una situación de vulnerabilidad real o aparente, podría llegar a activarse en un momento determinado, generando situaciones sistemáticas de exclusión o subordinación. A este respecto, hay que destacar que la activación puede producirse a través de procesos clasificatorios que presuman una menor capacidad laboral de las personas en las que concurren determinados rasgos distintivos, sin que esto tenga que verificarse necesariamente.

En efecto, el «mérito», sobre el que teóricamente se basa la distribución de los recursos es un concepto resbaladizo. Ciertamente, por más que la productividad sea siempre un logro colectivo, sus aspectos individuales pueden ser reconocibles e incluso medibles en determinadas ocupaciones basadas en la realización de una serie de tareas manuales simples, estandarizadas según el modelo taylorista-fordista; será más «apto» para un puesto el trabajador o trabajadora que produzca más bienes en menor tiempo y con la misma calidad, lo que podrá medirse de manera más o menos objetiva. Sin embargo, en la sociedad actual, basada en los servicios —y donde también en el ámbito industrial se consolidan las exigencias de polivalencia funcional—, la mayoría de las ocupaciones implican una diversidad muy amplia de tareas en las que, además, a menudo los resultados no son plenamente susceptibles de medición objetiva, sin que ello impida que las aptitudes personales terminen afectando de algún modo al desempeño. En este contexto, muchas decisiones se toman a través de atajos cognitivos como los estereotipos socialmente extendidos. De este modo, la visibilización de una «deficiencia» física, mental o sensorial de una persona puede desencadenar un proceso clasificatorio que sitúe a determinados individuos en un grupo social abstracto caracterizado por su «discapacidad» (por ejemplo, invidentes, enfermos mentales, personas con síndrome de Down, etc.). En tal caso, pueden aplicarse sobre estos individuos determinadas «genera-

17 El caso más ilustrativo sería el de las propuestas del ideólogo neo-reaccionario Curtis Yarvin (conocido como Mencius Moldbug) para la gestión de las deficiencias incapacitantes en su modelo alternativo de comunidad política tecno-feudal. Respecto a las personas improductivas («wards of the realm»), primero bromea con convertirlas en biodiesel y luego, reconociendo que esto podría estar mal visto, propone su «virtualización», conectándolas a máquinas al estilo de *Matrix*, salvo el caso de que alguna persona o entidad asuma su tutela, adquiriendo entonces un derecho absoluto de dominio sobre ellas. Vid. MOLDBUG, M., *Patchwork: A Political System for the 21st Century*, 2008, p. pp. 28-29 del pdf generado por el blog.

<<https://www.unqualified-reservations.org/2008/11/patchwork-2-profit-strategies-for-our/>>

Sin duda las teorías de Moldbug son, por decirlo de algún modo, «exóticas» y, además, indudablemente contienen una cierta pose de provocación emotiva, pero lo cierto es que este pensador ejerce una influencia real en los campos de la política y la economía. Así, es citado explícitamente como influencia intelectual por personas como Jack Vance (vicepresidente de los Estados Unidos) o el magnate Peter Thiel. Aunque sus propuestas no se entiendan en sentido literal, el espíritu que subyace a ellas está muy claro: el valor de las personas se cifra en su capacidad de aportación económica y aquellas que no sean suficientemente productivas no son otra cosa que material sobrante.

lizaciones» derivadas de correlaciones ilusorias —en todo o en parte— que les atribuyan una aptitud laboral inferior a la que realmente tienen.

Así, puede presumirse de manera estereotipada que las personas a quienes se atribuye una determinada «discapacidad» carecen de aptitud para desarrollar las funciones de un puesto de trabajo o que, en todo caso, tienen una aptitud reducida respecto a otros candidatos. Esto puede ser erróneo por muchos motivos. En primer lugar, es posible que la deficiencia que activa el proceso clasificatorio no despliegue ningún efecto significativo sobre la aptitud para desarrollar las funciones propias del puesto de trabajo; en segundo lugar, puede que esta deficiencia sí que pueda afectar hipotéticamente a estas funciones, pero que en realidad no lo haga en el caso concreto que resulta controvertido, debido a su escasa intensidad, al modo en el que se manifiesta en la persona o al contexto en el que se realizan las tareas; en tercer lugar, puede ser que la deficiencia realmente incida negativamente en la capacidad laboral, pero, a pesar de ello, la persona con discapacidad posea otras actitudes relevantes para el puesto de trabajo que compensen sobradamente esta dificultad. En definitiva, entre las «barreras sociales» que se conjugan con las deficiencias corporales para generar obstáculos a una integración social plena en condiciones de igualdad se encuentran también los procesos clasificatorios humanos.

Como consecuencia de todo lo anterior, las personas con discapacidad sufren una situación de vulnerabilidad específica —limitación a la integración social plena— debido a la interacción de una serie de elementos: 1) deficiencias corporales a largo plazo; 2) afectación de estas deficiencias a actividades socialmente valoradas; 3) limitaciones técnicas, económicas, sociales, culturales o políticas para acceder a los recursos sociales que podrían servir para paliar esta afectación; 4) procesos clasificatorios humanos que pueden producir una infravaloración ilusoria, por parte de la persona misma o de los demás, de su capacidad productiva real.

Esta vulnerabilidad implica un riesgo muy importante de reproducirse y de multiplicarse en la medida en que sitúe a la persona con discapacidad en una posición de desventaja para el cumplimiento de determinados requisitos de aptitud aparentemente neutros, impidiendo el acceso en condiciones de igualdad al mercado de trabajo y, por tanto, dificultando aún más su integración social plena. Así, por ejemplo, si para un puesto de trabajo se requiere el carné de conducir, se estará excluyendo *de facto* a las personas invidentes; una persona que se desplace en silla de ruedas no podrá subir por sí sola a un sexto piso si no hay ascensor; una persona con discapacidad auditiva grave se encontrará con obstáculos para la comunicación verbal, salvo que ella y sus interlocutores manejen la lengua de signos, etc.

IV. Las dos almas de la atención a la vulnerabilidad de las personas con discapacidad: la lógica de la equiparación y la lógica de la protección

En este contexto, el principio de atención a la vulnerabilidad grupal recogido en el art. 9.2 CE, impone a todos los poderes públicos —legislativo, ejecutivo y judicial— el deber de adoptar las medidas que sean necesarias para remover los obstáculos que impidan la participación en la sociedad de los grupos victimizados, garantizando la libertad y la igualdad de

los individuos que los componen. Este deber se proyecta de manera específica sobre las personas con discapacidad en el art. 49 CE. Como es sabido, este último precepto se reformó en el año 2024, con objeto de sustituir la expresión desfasada de «disminuidos», pero también para hacer más explícito un cambio de enfoque de las políticas de atención a las personas con discapacidad, que, en realidad, ya se había venido produciendo con anterioridad¹⁸. De manera progresiva, se ha ido pasando de un modelo «médico-asistencial», enfocado en la identificación de la capacidad productiva y la rehabilitación o curación, a un modelo «social», que insiste más bien en la remoción de las barreras sociales que bloquean la inclusión social plena de las personas que tienen determinadas deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales¹⁹. Sin embargo, como se ha adelantado, incluso en el marco del modelo social pueden convivir dos estrategias muy distintas para abordar las cuestiones relativas a la discapacidad, que ciertamente pueden contemplarse como complementarias, pero que a veces entran en tensión entre ellas: la lógica de la equiparación, que aspira a la igualdad de trato y la lógica de la protección, que se basa en la constatación de la diferencia.

4.1. La lógica de la equiparación

La lógica de la equiparación asume como punto de partida la prohibición de discriminación enunciada en el segundo inciso del art. 14 CE. Su contenido más básico es la prohibición de discriminación directa, que proscribe cualquier trato peyorativo hacia las personas con discapacidad que se sostenga, consciente o inconscientemente sobre estereotipos, prejuicios o sesgos cognitivos, es decir, sobre clasificaciones sociales construidas en torno a las deficiencias corporales como rasgos distintivos que permiten llevar a cabo «generalizaciones» sobre la capacidad laboral de los individuos adscritos a estas categorías. Tales generalizaciones pueden llevar a correlaciones ilusorias porque, con independencia de que algunas de ellas pudieran ser probables en términos estadísticos —lo cual, en todo caso, no siempre es así—, no se verifican *necesariamente* en cualquier caso imaginable. Este tratamiento peyorativo de la persona conforme a una «etiqueta» relacionada con su discapacidad en el ámbito laboral le provoca individualmente un daño, pero también genera un perjuicio colectivo, en la medida en que potencialmente contribuye a reproducir la vulnerabilidad social de las personas a las que en el futuro se les aplique esta clasificación. Así por ejemplo, no se puede despedir a una persona por el mero hecho de descubrir que tiene una enfermedad mental, considerando automáticamente que por ese motivo no puede prestar funciones de atención al público; ciertamente, es posible concebir que algunas personas definitivamente no puedan desarrollar estas tareas debido a una enfermedad mental, pero ello solo puede verificarse en cada caso en función de cuál sea la enfermedad mental, su intensidad, sus manifestaciones concretas en la persona y en el entorno, la respuesta a la medicación o el tratamiento, las características concretas del puesto de trabajo, etc.

18 Insiste en esto último, ALONSO DE ANTONIO, A.L., «La reforma del artículo 49 de la Constitución Española. Más allá de un mero cambio de denominación», *Trabajo, Derecho, Persona, Mercado*, n.º 10, 2025, 53-62, mostrándose muy crítico con la modificación constitucional, salvo en lo que respecta a la sustitución del término «disminuidos».

19 RODRÍGUEZ DÍAZ, B., «La reforma del artículo 49 de la Constitución Española: ¿era necesaria? ¿ha sido acertada?», *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, 72, 2, 2024, pp. 263-264; ARAGÓN GÓMEZ, C., «La nueva regulación del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores tras la Ley 2/2025 y el espacio de la negociación colectiva en la integración laboral de las personas con discapacidad sobrevenida», *Revista del Trabajo y de la Seguridad Social, CEF*, 488, 2025, pp. 151-154.

En cambio, cuando la persona, debido a sus deficiencias corporales, carece objetivamente de aptitud para el puesto de trabajo, el trato peyorativo es posible y no sería directamente discriminatorio porque no estaría basado en una clasificación o categorización de la persona, sino en su aptitud objetiva para el puesto. Así, por ejemplo, en el estado actual de la tecnología, una persona invidente no puede trabajar como chófer de autobús, pero no porque se la haya clasificado como «ciego», sino porque carece de una función corporal —la vista— que resulta completamente necesaria para el puesto de trabajo²⁰; simplemente, se da la circunstancia de que la carencia del sentido de la vista es, además, un rasgo distintivo que se utiliza para construir clasificaciones sociales cargadas de estereotipos y prejuicios. Esta distinción teórica es muy importante y, cuando no se hace suficientemente explícita, es posible que se generen situaciones aporéticas o al menos confusas en la regulación o en la jurisprudencia²¹.

A mi juicio este problema se aborda correctamente en el Derecho de la Unión Europea a través de la doctrina del «requisito profesional esencial y determinante». Este requisito es una «característica relacionada» con alguno de los motivos de discriminación prohibida, como sería la «discapacidad». Obsérvese que no se trata del motivo mismo, en este caso, de la discapacidad como clasificación grupal, sino de una característica personal que está relacionada con este motivo; podemos hacer más explícita esta relación precisando que estas características son precisamente las que habitualmente operan como rasgos distintivos que activan el proceso clasificatorio²². Así, por ejemplo, los rasgos anatómicos asociados al dimorfismo sexual de la especie humana se utilizan para construir el «género», que es un conjunto de estereotipos, prejuicios, roles sociales y expectativas; del mismo modo, la

20 Utilizo reiteradamente este ejemplo en ÁLVAREZ DEL CUVILLO A. *El concepto... Op. Cit.*, pp. 122, 138, 218, 428.

21 Por ejemplo, el Tribunal Supremo estadounidense [sentencia *City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985)] no ha considerado la «discapacidad» como una categoría particularmente «sospechosa» en lo que respecta a la aplicación del principio de igualdad de la XIV Enmienda a la Constitución, por lo que, en principio, se le aplica un test de razonabilidad simple (*rational basis*) equivalente al que se utilizaría con cualquier otra distinción jurídica y no un escrutinio más estricto como el que opera en relación con otros factores. Sin embargo, cuando se usa el test del *rational basis*, lo más habitual es que la medida se termine validando, mientras que en este caso la sentencia del TS determina la inconstitucionalidad de la diferenciación, por basarse en un «prejuicio irracional». De hecho, en el ámbito laboral se establece expresamente la prohibición de discriminación por razón de edad en la *American with Disabilities Act* de 1990, aunque esta protección no se despliegue en el plano constitucional. A mi juicio, estas contradicciones se producen porque se reconoce que la discapacidad puede tener un efecto estigmatizante, pero al mismo tiempo se asume que que las distinciones basadas en las deficiencias que se utilizan para construir las clasificaciones de discapacidad pueden estar a menudo justificadas. Estos términos se confunden porque no se distingue adecuadamente entre las clasificaciones sociales y las características humanas que operan como rasgos distintivos para activarlas.

22 Por eso mismo, las directivas aluden al esquema de justificación de la discriminación indirecta. En efecto, si una característica personal que opera como rasgo distintivo para activar clasificaciones sociales (por ejemplo, el color de la piel para la «raza») se utiliza en un momento dado como un criterio objetivo ajeno a toda clasificación (por ejemplo, la exigencia de una determinada apariencia física para un papel determinado en una película), no cabe duda de que puede generar un impacto desfavorable sobre determinados grupos sociales, por lo que el criterio aparentemente neutro debe justificarse suficientemente conforme al test de la discriminación indirecta.

«raza» es una clasificación social construida en torno a diversos indicadores —según las circunstancias— como los rasgos visibles del fenotipo, la clasificación previamente atribuida a los progenitores u otros ascendientes, el país de origen, el nombre y apellidos, etc. La discriminación, en realidad, se refiere a estas clasificaciones y no a las características que se utilizan para construirlas. Esta lógica, aplicada a la prohibición de discriminación por razón de discapacidad, permite construir un marco más propicio para la resolución de los problemas inherentes a esta categoría.

De hecho, el énfasis en la discriminación como el resultado de un proceso clasificatorio permite también soslayar las dificultades relacionadas con la definición de discapacidad, al menos en lo que respecta a la discriminación directa. De hecho, ni siquiera es necesario que la persona destinataria del tratamiento tenga realmente una dolencia que pueda calificarse como una discapacidad, ya que también cabe la discriminación por error [art. 6.2 b) de la Ley 15/2022]²³. Dicho de otro modo, es posible que una persona pueda ser discriminada porque se crea erróneamente que tiene una determinada discapacidad, o por tener una deficiencia corporal que se identifica equivocadamente como una discapacidad, aunque no afecte significativamente a la inclusión social. Ciertamente, en el Derecho de la Unión Europea resulta comprensible que se ponga énfasis en el concepto de discapacidad más que en el concepto de discriminación, por cuanto aquí las causas de discriminación prohibidas por el derecho derivado están tasadas. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico español, al existir una cláusula de apertura en el segundo inciso del art. 14 CE, basta con identificar que se ha producido un trato peyorativo basado en una clasificación social que potencialmente genera un efecto perjudicial sobre las personas que pudieran ser adscritas a esta categoría. Es por ello que, la inclusión de la «enfermedad» en la Ley 15/2022 no despliega particulares efectos jurídicos, más allá de la aclaración de que es posible que las manifestaciones concretas de la vulnerabilidad corporal humana pueden utilizarse como rasgos distintivos de categorías de adscripción de *status* incluso aunque no respondan estrictamente al concepto de discapacidad de la Convención, lo que también era posible aplicando únicamente la Constitución²⁴. Pero también por eso mismo, a mi juicio no puede pretenderse —como erróneamente están haciendo los tribunales de manera mayoritaria— que esta inclusión expresa afecta en lo más mínimo a la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional según la cual la enfermedad solo puede ser causa de discriminación cuando se basa en un proceso clasificatorio²⁵; lo cierto es que

23 Anteriormente a la Ley 15/2022, la STSJ (Social) de Galicia, n.º 975/2021, de 13-4-2021 (rec. 160/2021), ECLI:ES:TSJGAL:2021:975, ya había reconocido la discriminación por error (con el nombre de «discriminación por apariencia») en el caso de despido de un trabajador del que se podía presumir, después de un accidente de tráfico, que iba a tener una incapacidad duradera. Para ello se basa en la doctrina de la STJUE *Coleman*, de 17-7-2008, C-303/06, ECLI:EU:C:2008:415, relativa a la discriminación por asociación, según la cual no se exige que el sujeto discriminado tenga discapacidad, sino que sea discriminado por razón de discapacidad.

24 Por ejemplo, seguramente el mero hecho de ser portador asintomático del VIH hoy en día no puede considerarse como una discapacidad en sentido estricto, pero sin duda podría tener una carga estigmatizante.

25 Según la STC 62/2008 la enfermedad puede operar como causa de discriminación cuando se tome en consideración «[...] como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece [...]». En otras palabras, el tratamiento controvertido no se fundamentaría en la enfermedad como dato objetivo, sino en su funcionamiento como rasgo distintivo para activar clasificaciones sociales que generen desigualdades sociales sistemáticas. Desarrollo este ar-

el elemento de segregación no solo se aplica a la enfermedad, sino también al resto de las causas de discriminación, incluyendo a la discapacidad.

Ahora bien, el contenido mínimo de la prohibición de discriminación es necesario, pero no suficiente para atender a las formas específicas de vulnerabilidad social que afectan a los grupos sociales que se encuentran en una situación de subordinación o de exclusión en el ámbito laboral, como sucede con las personas con discapacidad. Como consecuencia de ello, el principio de atención a la vulnerabilidad grupal (art. 9.2 CE) impone una ampliación del alcance de la prohibición de discriminación del segundo inciso del art. 14 CE respecto de los grupos vulnerables²⁶. En el caso de la discapacidad, se atribuye al empresario el deber de establecer «ajustes razonables» para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa que no impliquen una carga desproporcionada o indebida [arts. 2 y 5.3 CIDPD; art. 5 Directiva 2000/78/CE; arts. 2 m), 40.2, 63 y 66.2 LGDPDIS; arts. 4.2, 6.1 a) Ley 15/2022]. Esta obligación positiva del empresario permite desencadenar responsabilidades por omisión, de modo que, en el ordenamiento jurídico español la denegación de ajustes razonables se califica explícitamente como una discriminación directa [art.63 LGDPDIS y 4.1 a) de la Ley 15/2022]²⁷, aunque no se pueda atribuir a estereotipos, prejuicios o sesgos cognitivos en sentido estricto. De cualquier modo, el trato peyorativo vinculado a la discapacidad que no haya tomado en consideración esta obligación legal se convertirá en una discriminación directa o indirecta, por vinculación directa o por asociación, dependiendo de la modalidad de vinculación que opere en cada caso²⁸.

Por otra parte, la adopción de criterios aparentemente neutros que generen un impacto desfavorable sobre las personas con determinadas discapacidades deberá pasar el test de la discriminación indirecta [arts. 2 d) y 35.4 LGPDIS]. Así, por ejemplo, si se exige el carnet de conducir para ocupar un determinado puesto de trabajo, este requerimiento deberá ser adecuado y necesario para desarrollar las funciones del puesto, en la medida en que desencadena un impacto desfavorable sobre las personas cuya discapacidad no les permite la obtención de este permiso.

gumento respecto a la enfermedad en ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «La calificación del despido por enfermedad tras la Ley 15/2022: una cuestión controvertida», en AA. VV (dir. Thais Guerrero Padrón), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: aspectos críticos de su regulación*, Laborum Ediciones (2024), pp. 46-57.

- 26 ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *El concepto de discriminación...*, Op. Cit., pp. 310, 414, 432, 434, 436-437.
- 27 GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, Editorial Bomarzo, 2019, p. 90, critica que, en cambio, en la Directiva 2000/78/CE no se especifica expresamente que la denegación de ajustes razonables constituya en sí misma un acto de discriminación.
- 28 Por ejemplo, la STJUE *Tartu Vangla* de 15-7-2021, C-795/2019, ECLI:EU:C:2021:606 considera que existe una discriminación directa cuando se excluye automáticamente del puesto de funcionario de prisiones a quienes tengan un nivel de agudeza auditiva inferior a los umbrales mínimos de percepción acústica exigidos cuando no se ha comprobado específicamente si son aptos para las tareas del puesto, en su caso tras realizarse los ajustes razonables. En cambio, la STJUE *Bervidi*, de 11-9-2025, C-38/24, ECLI:EU:C:2025:690 determina que el empresario está obligado a llevar a cabo los ajustes razonables que fueran necesarios para compatibilizar el trabajo con el cuidado de un menor aquejado de discapacidad, en base a la prohibición de discriminación indirecta por asociación.

Más allá de la prohibición de discriminación directa e indirecta, los poderes públicos, los convenios colectivos o los empleadores privados pueden establecer todo tipo de «medidas de igualdad de oportunidades» o de «acción positiva»²⁹ inspiradas por la lógica de la equiparación y, por tanto, destinadas a remover las barreras sociales que generan dificultades laborales a las personas con discapacidad, sorteando así las desventajas generadas por la discapacidad con el objetivo de alcanzar una igualdad plena [Cfr. arts. 2 b), 2 g), 30 y ss. 40, 64, 67 y 68 LGDPDIS]. Estas medidas pueden ser muy variadas. Así, diversas normas establecen obligaciones o medidas promocionales relacionadas con la accesibilidad respecto a las posibles barreras físicas, cognitivas o comunicativas (art. 66.1 LGDPDIS). Igualmente, se prevén servicios específicamente dirigidos a orientar y acompañar individualmente a las personas con discapacidad para facilitar su adaptación al empleo asalariado (art. 41 LGDPDIS y RD 70/2007). Por otra parte, también se prevén medidas que implican tratamientos preferenciales en el acceso al empleo, como las subvenciones a la contratación de personas con discapacidad (39.2 LGDPDIS) o la cuota de reserva (art. 42 LGDPDIS).

4.2. La lógica de la protección

Ahora bien, la lógica de la equiparación no es suficiente para atender a todas las necesidades de las personas con discapacidad, porque se concentra exclusivamente en los aspectos sociales o grupales, sin atender a las manifestaciones concretas de vulnerabilidad corporal que sufren muchas personas, que en muchos casos inciden objetivamente en su estructura de oportunidades vitales, más allá de los factores sociales, culturales y políticos³⁰. Así, por ejemplo, existen dolencias extremadamente severas, tanto físicas, como mentales, intelectuales o sensoriales que generan necesidades de ayuda externa incluso para las actividades más sencillas de la vida cotidiana. Por mucha confianza que se tenga en el poder transformador de la acción social —que, de cualquier modo, se ve limitada por las condiciones de posibilidad de cada contexto concreto—, resulta ilusorio y puramente voluntarista suponer que basta con eliminar toda discriminación directa e indirecta y aplicar medidas de igualdad de oportunidades para que desaparezcan los problemas o dificultades que realmente sufren numerosas personas con discapacidad. Como ya se ha visto, el concepto moderno de discapacidad se refiere a la intersección entre las deficiencias corporales y las barreras

29 Estas medidas permiten abordar desigualdades sociales sistemáticas basadas en categorías adscriptivas cuando estas no permiten imputar responsabilidades por discriminación directa o indirecta. Sin embargo, ello no implica que estén desconectadas de la prohibición de discriminación. En efecto, cuando las medidas vienen impuestas por la ley, el incumplimiento termina asimilándose a la discriminación —del mismo modo que la denegación de ajustes razonables—, porque se considera contrario al principio de igualdad de oportunidades (art. 63 LGDPDIS y art. 4.1 de la Ley 15/2022). Por otra parte, cuando facilitan la asunción de determinados costes de adaptación del puesto de trabajo, pueden modular el alcance de la obligación de realizar ajustes razonables (art. 66.2 LGDPDIS); a este respecto, *Vid. GUTIÉRREZ COROMINAS, D., Op. Cit.*, pp. 237-245.

30 Insisten en ello, a propósito de la reforma constitucional, RODRÍGUEZ DÍAZ, B., *Op. Cit.*, p. 264 y ALONSO DE ANTONIO, A.L., *Op. Cit.*, p. 54-56 y 74. Por ejemplo, ambos autores critican que se sitúe invariablemente la «autonomía» o la «libertad y la «igualdad» como fines últimos de las políticas de atención a la discapacidad. Desde luego, resulta pertinente buscar la máxima autonomía posible, pero, al mismo tiempo, puede haber personas con deficiencias tan intensas que, en términos materiales, seguramente no van a poder desenvolverse por sí mismas de manera autónoma, sin que por ello pierdan la dignidad humana ni tengan que dejar de ser atendidas en sus necesidades.

sociales. Aunque ambos aspectos operan siempre conjuntamente y son hasta cierto punto inescindibles, es posible separarlos a efectos analíticos, con la finalidad de identificar las responsabilidades de los poderes públicos. En este sentido, es cierto que el modelo tradicional (médico-rehabilitador) ponía un excesivo acento en las deficiencias presentes en el individuo y que el modelo «social» ha puesto de manifiesto la relevancia de las barreras sociales, pero ello no implica que deban ignorarse las necesidades materiales inmediatas derivadas de las deficiencias consideradas en sí mismas.

Con la idea de reforzar el enfoque social respecto al modelo médico en el nuevo texto del artículo 49 CE ha suprimido las referencias que existían anteriormente a la «previsión», el «tratamiento» y la «rehabilitación». Sin embargo, más allá de este cambio de redacción, sigue siendo necesario prevenir la aparición o intensificación de determinadas deficiencias corporales, así como proporcionar un tratamiento médico y, en su caso, rehabilitador, que resulte apropiado para cada dolencia concreta³¹. Desde luego, la actual LDPDIS establece numerosas medidas relacionadas con la prevención, el tratamiento y la rehabilitación [arts. 4.4, 8, 10, 11, 12.3, 13.2, 13.4, 14, 15, 17, 20 b), 23.2 c), 50, 51.3, 57, DA6.^a]. Estas medidas siguen encontrando amparo en el texto del actual art. 49 CE, aunque este no las mencione de manera explícita, pues a menudo resultan imprescindibles para garantizar la libertad, la igualdad, la autonomía personal y la inclusión social³², que son los valores expresamente incluidos. De hecho, no hay duda de que el texto constitucional debe ser interpretado conforme a la Convención Internacional, que, de hecho, incorpora referencias expresas al tratamiento médico y a la rehabilitación (arts. 25-26).

En lo que respecta al ámbito laboral en particular, no puede obviarse el hecho que determinadas deficiencias corporales sitúan a ciertas personas con discapacidad —no necesariamente a todas y no a todas en la misma medida— en una posición objetiva de desventaja en el mercado de trabajo, dificultando o impidiendo por completo la realización del trabajo asalariado, incluso sin tomar en consideración las barreras sociales y que, por otro lado, no todas las barreras sociales pueden ser eliminadas en un momento histórico dado, porque cada sociedad tiene limitaciones tanto tecnológicas como estructurales para supresión, por mucha voluntad política que se ponga. En el contexto de una sociedad capitalista, en la que el trabajo asalariado es el esquema básico de integración social, estas personas necesitan como mínimo una garantía de ingresos, además de otras prestaciones sociales, no solo para dotarse de recursos de todo tipo que les permitan abordar sus dolencias, sino también para que estas no obstaculicen su participación plena en la sociedad. Es por ello por lo que nuestro ordenamiento reconoce la incapacidad permanente contributiva (art. 193 LGSS) en sus diversos grados (194 LGSS), la incapacidad para el servicio en el Régimen de Clases Pasivas equivalentes [art. 28.2 c) RD Legislativo 670/1987] y la incapacidad no contributiva (art. 363 LGSS).

Como ya se ha señalado, existe una cierta tensión entre la lógica de la equiparación y la lógica de la protección. La primera pretende disolver las barreras sociales para conseguir una plena inclusión de las personas con discapacidad, mientras que la segunda toma la des-

31 RODRÍGUEZ DÍAZ, B., *Op. Cit.*, p. 264.

32 NOGUEIRA GUASTAVINO, M., «La tercera reforma constitucional (art. 49 CE): de la protección de los disminuidos a la de las personas con discapacidad soslayando la diversidad funcional», en AA. VV, *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2024*, Editorial Cinca, 2025, p. 153.

igualdad como punto de partida y pretende proteger a personas especialmente vulnerables. Planteado el problema desde la perspectiva laboral, la lógica de la equiparación pretende la integración plena en el mercado de trabajo de las personas con discapacidad, que deben recibir, por tanto, un trato verdaderamente igualitario, mientras que la lógica de la protección pretende apoyar a quien, por razón de sus deficiencias corporales, no puede incorporarse con normalidad al mercado de trabajo en el contexto productivo actual o solo puede hacerlo en condiciones que le resultan desventajosas.

Desde luego, la lógica de la protección entraña una serie de peligros que es preciso soslayar. Como ya se ha visto, en un mercado de trabajo hiper-competitivo, cualquier exteriorización de la vulnerabilidad humana implica un riesgo de exclusión o subordinación. Al mismo tiempo, en una sociedad en gran medida articulada por un ideal de «mérito» cargado de connotaciones morales, la atribución a una persona de una capacidad laboral reducida debido a sus limitaciones corporales puede terminar derivando en una degradación de su posición simbólica, por más que al mismo tiempo se proclame formalmente que la dignidad humana no depende de su capacidad laboral. En relación con lo anterior, es muy habitual que en las formaciones sociales humanas las relaciones de «ayuda» no recíprocas terminen generando vínculos asimétricos, basados en relaciones jerárquicas o de subordinación; los necesitados de «ayuda» se convierten en personas de segunda categoría que deben someterse al dominio de quien les brinda protección. Por todo ello, es muy frecuente que el movimiento asociativo de las personas con discapacidad ponga un mayor énfasis en la vulnerabilidad grupal (barreras sociales basadas en clasificaciones) respecto a la vulnerabilidad corporal específica (deficiencias corporales). En ocasiones esta tendencia se expresa a través del uso del término «diversidad funcional», propuesto como denominación alternativa a la discapacidad por el «Foro de Vida Independiente y Divertad», con objeto de subrayar el hecho de que todas las personas somos diversas en nuestro funcionamiento. Esta nomenclatura no se ha incorporado a la reforma constitucional, fundamentalmente debido a que no cuenta con el respaldo del CERMI (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad), que entiende que, por muchos motivos puede generar confusión e incluso en algunos casos podría terminar invisibilizando la realidad de la discapacidad³³. En todo caso, más allá de la nomenclatura, resulta evidente que la sociedad no puede ignorar los efectos objetivos de determinadas manifestaciones específicas de la vulnerabilidad corporal, que deben ser objeto de protección y de cuidado cuando impongan por sí mismas limitaciones significativas a las oportunidades vitales. Cuestión distinta es que esta protección deba sostenerse sobre los derechos de ciudadanía en un Estado Social y en el reconocimiento de la dignidad humana a todas las personas, con independencia de su capacidad productiva efectiva y nunca en el establecimiento de relaciones asimétricas y jerárquicas de «ayuda a los necesitados».

En todo caso, esta tensión entre la lógica de la equiparación y la lógica de la protección se manifiesta de manera muy concreta en la regulación y aplicación de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito laboral y de la protección social. Así, por ejemplo, instituciones como el «empleo protegido» se contemplan con cierta cautela; aunque, de un lado, pueden proporcionar empleo a muchas personas que están en una posición espe-

33 Vid, CERMI, *Documento 1/2017 de normas de estilo de expresión y comunicación de CERMI estatal*, pp. 3-5. Recuperado de: <<https://www.sindromedown.net/wp-content/uploads/2017/10/NORMAS-DE-ESTILO-DEL-CERMI-ESTATAL.pdf>>; asimismo, RODRÍGUEZ DÍAZ, B., *Op. Cit.*, pp. 14-15; Noqueira Guastavino, *Op. Cit.*, p. 132.

cialmente precaria en el mercado laboral y que necesitan de este régimen específico, de otro lado implican un evidente peligro de generar un segmento autónomo y segregado del mercado de trabajo, caracterizado por condiciones de trabajo devaluadas. Por eso mismo, el legislador ha previsto que los «Centros Especiales de Empleo» operen, no solo para proporcionar inmediatamente empleo a las personas con discapacidad, sino también para facilitar la inclusión del mayor número de estas personas en el mercado ordinario (art. 43.1 LGDPDIS). Con objeto de facilitar esta transición, el legislador ha previsto expresamente la institución de los «enclaves laborales» (art. 46 LGDPDIS). No obstante, algunos estudios apuntan a que, en la práctica, aunque el volumen de empleo generado por los Centros Especiales de Empleo es importante, los resultados están siendo hasta el momento muy limitados en lo que refiere al objetivo de inclusión de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo ordinario³⁴.

Por otra parte, aunque instituciones como los «ajustes razonables» se vinculan más claramente a la lógica de la equiparación, también en ellas puede plantearse el dilema entre protección y equiparación; así, por ejemplo, si se asume una lectura demasiado expansiva de la obligación de acomodamiento —o, dicho de otro modo, una interpretación muy restrictiva del concepto de «carga excesiva»³⁵—, existe un cierto riesgo de que esta protección, cuando su coste no se «socialice», sino que se impute al empresario, termine provocando un «efecto boomerang» sobre la contratación de personas con discapacidad.

Por último, la tensión entre la lógica de la protección y la lógica de la equiparación se manifiesta de manera especialmente significativa en lo que respecta a los problemas de compatibilidad entre la declaración de «incapacidad permanente contributiva» y el trabajo asalariado. En efecto, la institución de la incapacidad permanente contributiva está concebida para compensar económicamente la previsible pérdida de ingresos de una persona trabajadora que sufra reducciones anatómicas o funcionales graves previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral (art. 193 LGSS). Ciertamente, esta calificación responde —o, al menos, debería responder— a un análisis específico de la situación objetiva del trabajador y no a estereotipos o generalizaciones derivados de clasificaciones grupales relativas a la discapacidad; no obstante, aun así puede resultar discutible que esta declaración suponga automáticamente la exclusión del mercado de trabajo de una persona contra su voluntad.

34 BARRERO VELÁZQUEZ, I.M., «Aproximación a la integración laboral de las personas con discapacidad y al funcionamiento de los centros especiales de empleo», en AA. VV (Coord. S. PÉREZ DE GUZMÁN PADRÓN y M. IGLESIAS ONOFRÍO), *Precariedades laborales y desigualdades de género en Iberoamérica*, Dykinson, 2024, pp. 127-145; TORRALBA-TOPHAN, N., ORTIZ GARCÍA, P., GARCÍA ESCRIBANO, J.J. «La eficacia del enclave laboral en la inserción de las personas con diversidad funcional», *Revista Intersticios*, 18, 1, 2024, pp. 273-298.

35 Gutiérrez Colominas, D., *Op. Cit.*, p. 233, propugna una interpretación restrictiva de la «carga excesiva», por entender que se trata de una excepción a la obligación general de realizar ajustes razonables; sin embargo, a mi juicio, no se trata de una norma excepcional, sino de un criterio de delimitación de la «razonabilidad» de los ajustes que está incrustada en la obligación misma, puesto que esta ya apunta a la necesidad de ponderar los intereses de las partes. Desde luego, como indica el autor, debe evitarse una interpretación tan extensa que termine desvirtuando la previsión, pero, por otro lado, también hay que impedir que la contratación de personas con discapacidad se perciba por los empresarios como un coste económico verdaderamente significativo, pues ello incrementaría la vulnerabilidad de estas personas en el mercado de trabajo, que es justamente lo contrario a lo que se pretende.

Este problema se puso de manifiesto en la STJUE *Ca Na Negreta*³⁶, relativa a la normativa española que establecía la extinción automática del contrato de trabajo a partir del reconocimiento de una incapacidad permanente. En este caso, el trabajador había obtenido en juicio una declaración de incapacidad total para el ejercicio de su profesión habitual, disfrutando de una prestación de seguridad social destinada a sufragar la previsible disminución de sus ingresos. Sin embargo, se cuestionaba que se hubiera llevado a cabo una extinción automática de su contrato de trabajo, sin haber intentado antes realizar ajustes razonables; estos ajustes, por cierto, parecían posibles, porque de hecho se había podido reubicar al trabajador durante la duración del proceso judicial. Como es sabido, la sentencia declaró que la normativa española no se ajustaba a la Directiva 2000/78/CE, lo que ha llevado a una modificación muy significativa el Estatuto de los Trabajadores a través de la Ley 2/2025³⁷.

La nueva regulación permite a la persona trabajadora solicitar al empresario ajustes razonables que permitan el mantenimiento de la relación laboral, no solo en el caso de declaración de incapacidad permanente total —donde ciertamente es posible concebir que exista una vacante en la empresa que permita realizar funciones distintas a las de su profesión habitual—, sino también en la incapacidad permanente absoluta y la gran incapacidad [art. 49.1 n) ET], a pesar de que estas situaciones aluden a que la persona trabajadora no puede realizar ningún tipo de trabajo que requiera alta en la seguridad social. Esto puede producir una cierta perplejidad al intérprete, puesto que en estos casos no parece haber ningún espacio para los ajustes razonables, salvo que se admita la posibilidad de contradicción manifiesta entre la valoración del INSS y la de los servicios de prevención de la empresa, que, de hecho, podría generar responsabilidades posteriores en caso de que el estado de salud de la persona trabajadora se viera empeorado por el desempeño del trabajo³⁸. Ciertamente, en la STJUE *Ca Na Negreta* no se hace ninguna referencia al grado de discapacidad en la respuesta final a la cuestión prejudicial, pero también hay que tener en cuenta que en la fundamentación jurídica sí que se distingue entre la incapacidad total y la absoluta³⁹. Por

36 STJUE *Ca Na Negreta*, de 18-11-2024, Asunto C-631/22, ECLI:EU:C:2024:53.

37 Ley 2/2025, de 29 de abril, por la que se modifican el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en materia de extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente de las personas trabajadoras, y el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en materia de incapacidad permanente.

38 En este sentido, GOÑI SEIN, J.L., «La incapacidad permanente como causa de extinción del contrato de trabajo tras la Ley 2/2025: puntos críticos», *Diario La Ley*, n.º 10749, 2025 [ejemplar electrónico en la Legalteca] entiende que esta regulación es difícilmente aplicable a la incapacidad permanente absoluta y gran incapacidad; PINTO ARRANZ, J., «Los ajustes razonables para la continuación en el empleo: la recepción de la obligación en España y su deficiente incorporación», *Diario La Ley*, n.º 10795, 2025 [ejemplar electrónico en la Legalteca], entiende que en estos casos los ajustes deben entenderse como una carga excesiva; por su parte, LAHERA FORTEZA, J., «Incoherencias de la nueva regulación de la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente», *Briefs AEDTSS*, n.º 60, 2025, subraya la incoherencia entre estas previsiones y el régimen de la Incapacidad Permanente (también de la total, pero en mayor medida en la absoluta), destacando que la contradicción con la valoración de la Seguridad Social podría desencadenar responsabilidades empresariales en caso de accidente o enfermedad posteriores.

39 «Al asimilar una "incapacidad permanente total", que solo afecta a las funciones habituales, al fallecimiento de un trabajador o a una "incapacidad permanente absoluta" que, según las observaciones escritas del Gobierno español, designa una incapacidad para todo trabajo, dicha normativa

tanto, es razonable interpretar que la incompatibilidad con la Directiva 2000/78/CE se refería solamente al supuesto de incapacidad permanente total, que era precisamente al que se refería el caso enjuiciado.

Ahora bien, para dar sentido a esta llamativa inclusión de todos los grados de incapacidad permanente en la nueva regulación estatutaria hay que partir de la base de que la declaración de incapacidad permanente está funcionalmente orientada al pago de la correspondiente prestación de seguridad social, de manera que lo esencial es analizar la posible compatibilidad entre estas prestaciones y el trabajo asalariado. A este respecto, en la actualidad, el art. 198.2 LGSS, siguiendo la pauta de la jurisprudencia más reciente del TS⁴⁰, establece la suspensión del pago de la prestación durante la realización de un trabajo o actividad que dé lugar a la inclusión en un régimen de seguridad social. En tal caso, el INSS podría promover la revisión por mejoría o error de diagnóstico, de oficio o a instancias del propio interesado (art. 200.2.3.º y 4.º LGSS). En este contexto, en mi opinión es correcto que se haya previsto la posibilidad de que el trabajador inste la realización de ajustes razonables cuando se declare su incapacidad permanente absoluta o la gran incapacidad, siempre que se asuma que se trata de una posibilidad teórica que solo se aplicará en la práctica de manera residual en supuestos verdaderamente excepcionales. Desde luego, en la mayoría de los casos, a la propia persona trabajadora no le interesará eludir la extinción del contrato de trabajo, en la medida en que ello implicaría la suspensión del pago de la prestación por incapacidad permanente absoluta y una posible revisión del grado de incapacidad; por otra parte, aún en los casos en que fuera así, resulta francamente difícil que los servicios de prevención de la empresa terminen apreciando la posibilidad de mantener la relación laboral llevando a cabo ajustes razonables; por último, en caso de que la persona trabajadora impugnara la extinción por no haberse intentado estos ajustes razonables, la valoración formal de su incapacidad por parte del INSS dificultaría enormemente la posibilidad de obtener una respuesta favorable de la jurisdicción en la inmensa mayoría de los casos. Así pues, debe buscarse la máxima equiparación posible de las personas con discapacidad, pero sin dejar de reconocer que las deficiencias corporales en ocasiones deben recibir una atención protectora adecuada que no impida la inclusión plena en condiciones de igualdad en el mercado de trabajo allí donde sea materialmente posible.

V. Conclusiones

La reflexión desarrollada a lo largo de este trabajo permite afirmar que la «discapacidad» se sitúa en un punto de cruce entre la concurrencia de determinadas deficiencias que operan como manifestaciones concretas de la vulnerabilidad corporal humana y, por otro lado, la vulnerabilidad grupal generada por los procesos clasificatorios que se construyen directa o indirectamente en torno a estas deficiencias. Esta doble naturaleza explica la tensión permanente entre las dos «almas» de las políticas sociales y jurídicas en esta materia: la lógica de la protección y la lógica de la equiparación, que, si bien se complementan entre sí, también pueden entrar en conflicto.

nacional es contraria al objetivo de integración profesional de las personas con discapacidad a que se refiere el artículo 26 de la Carta». (Apdo. 50).

40 STS (Social) de 11-4-2024 (rec. 197/2023). Para un resumen de las oscilaciones jurisprudenciales, Vid., Aragón Gómez, C., «La nueva regulación...», *Op. Cit.*, pp. 168-174.

La lógica de la protección se dirige a asegurar la cobertura de las necesidades de las deficiencias corporales consideradas en sí mismas. Todas las sociedades se dirigen de algún modo a proporcionar recursos colectivos que permitan abordar la vulnerabilidad corporal inherente a la condición humana y por ello no es extraño que se establezcan instituciones y relaciones que permitan atender a las manifestaciones concretas de esta vulnerabilidad que, en su interacción con las funciones corporales socialmente relevantes, dificulten o impidan un desarrollo vital pleno, como sucede con aquellas que, en las sociedades capitalistas, obstaculizan la integración en el mercado de trabajo. Sin embargo, existe un riesgo de que esta protección termine instituyendo relaciones jerárquicas o de subordinación.

La lógica de la equiparación se vincula a los principios constitutivos de los estados sociales y democráticos de Derecho y pretende remover las barreras sociales con las que interaccionan las deficiencias corporales, garantizando así la igualdad de oportunidades hasta donde sea posible. Para ello se prohíbe tanto la discriminación directa —basada en estereotipos, prejuicios y sesgos capacitistas— como la discriminación indirecta, derivada de la aplicación de criterios aparentemente neutros que tienen un impacto desfavorable sobre las personas con discapacidad y no están justificados. También se establecen o promueven medidas de acción positiva o de igualdad de oportunidades que, en algunos casos, amplifican el alcance de la prohibición de la discriminación, generando responsabilidades por omisión, como sucede con la obligación de llevar a cabo ajustes razonables.

La transición de un modelo tradicional (médico-rehabilitador) de atención a la discapacidad a un modelo «social», sostenido sobre el paradigma de la igualdad implica que los poderes públicos deben poner el acento en la lógica de la equiparación, para conseguir que las personas con discapacidad puedan gozar de la máxima autonomía e independencia que sea materialmente posible. Así, en lo que respecta al ámbito laboral, la sociedad tiene que aspirar a conseguir la integración plena del mayor número posible de personas con discapacidad en el mercado de trabajo ordinario en condiciones de igualdad con el resto de la población trabajadora. Sin embargo, las políticas de equiparación encuentran sus límites, no solo en las posibilidades técnicas de la sociedad y en los condicionamientos estructurales para la redistribución de recursos, sino también en la propia materialidad de las deficiencias corporales, que potencialmente podrían dificultar o impedir por sí mismas el trabajo asalariado, por más que esto no pueda presumirse en abstracto en función de clasificaciones o etiquetas. Por ello es necesario mantener las políticas destinadas a la prevención, tratamiento y rehabilitación de las deficiencias corporales, así como proporcionar, cuando sea necesario, prestaciones económicas que compensen las dificultades constatadas para participar en el mercado de trabajo, así como prestaciones de cuidado y atención a la dependencia. Estas políticas no pueden sostenerse sobre relaciones de subordinación o jerarquía, sino sobre el reconocimiento de la dignidad de todos los seres humanos, con independencia de sus limitaciones corporales y de su menor o mayor capacidad productiva.