

EL DERECHO LABORAL Y LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ:
ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y ANÁLISIS DE LAS IMPLICANCIAS DE LA
LEY GENERAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y SU REGLAMENTO

LABOR LAW AND THE DISABLED IN PERU: INTERNATIONAL STANDARDS AND
ANALYSIS OF THE IMPLICATIONS OF THE GENERAL LAW OF PEOPLE
WITH DISABILITIES AND ITS REGULATION

ELARD RICARDO BOLAÑOS SALAZAR*

«Una sociedad que tuviera como valor decisivo de eficiencia empresarial o administrativa tener determinado porcentaje en plantilla de personas con discapacidad que superara los actuales esquemas productivos y decidiera apostar por una estructura laboral similar a la estructura social existente, daría como resultado un trato más adecuado al cliente o administrado.»**



Reconocimiento - No comercial - Sin obra derivada
CC BY-NC-ND

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

* Alumno de pregrado y del Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres (Lima). Practicante en el Instituto de Derechos Humanos y Desarrollo de la Universidad de San Martín de Porres. Primer Puesto y Mejor Orador en la XVII Competencia “Eduardo Jiménez de Aréchaga (CEJA)” organizada por la Asociación Costarricense de Derecho Internacional (ACODI) con auspicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos celebrada en San José - Costa Rica. Semifinalista y Mejor Orador del Estado en Español en el 19° Inter-American Human Rights Moot Court Competition organizado por la American University Washington College of Law celebrado en Washington DC - Estados Unidos de América. Segundo Puesto en el Concurso Internacional Medellín Protege los Derechos Humanos organizado por el Instituto Colombiano de Derechos Humanos, Universidad Pontificia Bolivariana de Colombia y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos celebrado en Medellín - Colombia. E-mail: ricardo.92b@hotmail.com.

** Cfr. GIMÉNEZ, David. 2011. “Las medidas a favor de las personas con discapacidad y de las personas adultas mayores en España: ¿Acciones positivas o medidas de igualdad positiva? En SANTIAGO, Mario. Acciones afirmativas. México D.F.: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, p. 163.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN 2. PRECISIONES CONCEPTUALES 3. EL MODELO SOCIAL COMO NUEVO PARADIGMA PARA ABORDAR LA DISCAPACIDAD 4. LOS AJUSTES RAZONABLES: GARANTÍA COMPLEMENTARIA PARA LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD 5. EL PRINCIPIO-DERECHO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN RESPECTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD 6. ASPECTOS LABORALES IMPORTANTES A TOMAR EN CUENTA EN LA NUEVA LEY GENERAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y SU REGLAMENTO. 6.1. LAS EMPRESAS PROMOCIONALES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD 6.1.1. BENEFICIOS PARA LAS EMPRESAS PROMOCIONALES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD 6.2. INFRACCIONES Y SANCIONES 7. CONCLUSIONES 8. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

El presente trabajo aborda un tema que no ha sido muy debatido en el Perú a pesar de su gran importancia. El desempeño de las personas con discapacidad en el ámbito laboral cobra un realce superlativo cuando nos damos cuenta que este grupo en situación de vulnerabilidad también necesita satisfacer necesidades propias de desarrollo y crecimiento, en efecto, es a través de un trabajo que la persona con discapacidad puede volverse realmente independiente y, en consecuencia, ser ella misma hacedor de su propio destino. En tal sentido, este artículo abordará cuales son la implicancias de la nueva ley general de la persona con discapacidad promulgada el año pasado y se hará una comparación con los estándares internacionales en la materia a efectos de poder crear una simbiosis normativa o demostrar incongruencias en la promoción y garantía de los derechos laborales de las personas con discapacidad.

ABSTRACT

This paper addresses a topic that has been debated not in Peru despite its great importance. The performance of people with disabilities in the workplace takes a superlative enhancement when we realize that this group vulnerable also needs the personal use of development and growth, in fact needs is through work that the disabled person can become truly independent and therefore, being herself maker of his own destiny. As such, this article will discuss what are the implications of the new general law of the disabled person enacted last year and provide a comparison with international standards in this area in order to be able to create symbiosis regulations or demonstrate inconsistencies in the promotion and protection of labor rights of people with disabilities.

PALABRAS CLAVE

Discapacidad, laboral, igualdad, despido, empresas

KEY WORDS

1. INTRODUCCIÓN

Sin duda los avances (y también los retrocesos) en la protección de los derechos de las personas con discapacidad viene siendo un tema en boga en el Perú pero que también ha captado gran atención en el hemisferio. Una de las cuestiones preocupantes es que este sector de nuestra sociedad se ha visto excluido de la dinámica laboral, tanto en la esfera pública como en la privada, pese a los numerosos esfuerzos en los terrenos legislativo, administrativo, político y económico.

Resulta ser una realidad peruana y, porque no decirlo, internacional, que la sociedad impide a las personas con discapacidad ejercer legítimamente el derecho fundamental al trabajo¹. Frecuentemente esto se debe a que los empleadores creen que las personas con discapacidad no están preparadas para trabajar y no les dan la oportunidad de demostrar lo contrario. Otras razones son que a menudo, como sostiene De Lorenzo, R. (2004), las personas con discapacidad no tienen acceso a la educación y a la formación profesional o a que los servicios de ayuda que requieren no están disponibles, ello sumado a que la legislación y las políticas públicas no facilitan su incorporación al mercado laboral o que los edificios y los medios de transporte no son accesibles (Pág. 75).

La importancia de abordar esta temática es fundamental en el contexto actual debido a que mediante el acceso al empleo se consigue el empoderamiento de las personas con discapacidad, combatiendo, de esta forma, una historia que les es desfavorable y que las ha discriminado en muchos aspectos de la vida social. Esta es una de las metas que pone sobre la mesa el “Plan de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad 2009 - 2018”² en el cual, como se desarrollará en líneas posteriores, se ve involucrado el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante “MTPE”).

¹ Al respecto, el artículo 2 inciso 15 de la Constitución Política del Perú dispone que: “toda persona tiene derecho a trabajar libremente, con sujeción a ley”.

² El Plan de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad 2009 - 2018 se aprobó mediante Decreto Supremo 007-2008-MIMDES publicado en el diario oficial El Peruano el día 23 de diciembre de 2008.

También causa preocupación que, según la Primera Encuesta Nacional Especializada sobre Discapacidad realizada en el año 2012, en nuestro país, tan solo el 21% de las personas con discapacidad tienen un empleo o son empleadores. De esta forma, conviene resaltar que garantizar el goce y ejercicio de sus derechos a todas las personas con discapacidad representa un reto para el Estado peruano, además de ser una obligación constitucional³ e internacional en virtud de los compromisos que el Perú ha asumido en soberanía⁴.

Así, la importancia del tema que abordará este estudio se acentúa con la Ley General de la Persona con Discapacidad o Ley N° 29973 (en adelante “LGPD”)⁵ del año 2012 que, junto a su reciente Reglamento⁶, demarcan horizontes para el derecho laboral en materia de protección de los derechos de las personas con discapacidad. Por ello, se analizarán las implicancias laborales de la LGPD y su respectivo Reglamento.

Sin embargo, antes de ello se debe recalcar también que el derecho laboral de las personas con discapacidad no solo ha cobrado importancia a nivel nacional pues la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, “ONU”) por medio del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, “Comité DESC”) ha manifestado en múltiples ocasiones su preocupación por el desempleo, obstáculos y contextos discriminatorios en el trabajo que enfrentan las personas con discapacidad en distintas partes del mundo⁷.

De esta manera, se evidencia la actual preocupación por procurar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, pues el trabajo en virtud de su naturaleza genuina, es una actividad

³ El artículo 7 de la Constitución Política del Perú establece que: “todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”.

⁴ Al respecto, el Perú ha ratificado: el Convenio N° 159 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) mediante Decreto Ley N° 25502 publicado en el diario oficial El Peruano el día 19 de mayo de 1992; la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad mediante Decreto Supremo N° 052-2001-RE, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada mediante Resolución Legislativa N° 29127.

⁵ La Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley N° 29973) fue publicada en el diario oficial El Peruano el día 24 de diciembre de 2012.

⁶ El Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP publicado en el diario oficial El Peruano el día 8 de abril de 2014.

⁷ Comité DESC. Observaciones finales respecto de Brasil. U. N. Doc. E/C.12/BRA/CO/2 (2009), párr. 13; Observaciones finales respecto de Djibouti. U. N. Doc. E/C.12/DJI/CO/1-2 (2013), párr. 15; Observaciones finales respecto de Bélgica. U. N. Doc. E/C.12/BEL/CO/4 (2013), párr. 12; Observaciones finales respecto de Kuwait. U. N. Doc. E/C.12/KWT/CO/2 (2013), párr. 13; Observaciones finales respecto de Bosnia & Herzegovina. U. N. Doc. E/C.12/BIH/CO/2 (2013), párr. 15; Observaciones Finales respecto de Austria. U. N. Doc. E/C.12/AUT/CO/4 (2013), párr.19, y Observaciones finales respecto de Indonesia. U. N. Doc. E/C.12/IDN/CO/1 (2014), párr. 11.

vital para el desarrollo de la persona humana (Pérez, 1983, pág. 71). Debido a tal relevancia, en los párrafos siguientes se expondrán los diferentes estándares nacionales e internacionales en materia de protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad, para concluir con el análisis de las implicancias laborales de la nueva LGPD y su Reglamento.

2. PRECISIONES CONCEPTUALES

De manera previa al análisis de los puntos que interesan en este estudio, resulta importante realizar algunas acotaciones terminológicas con la finalidad de comprender los conceptos que serán abordados.

Sobre el concepto que encierra el término “discapacidad” se han pronunciado diversos autores de la medicina, derecho, ciencias sociales y otras ramas de estudio. Comprender el significado de este término es trascendente porque dependerá del concepto que tengamos asociado a la palabra discapacidad, para saber si lo que hagamos o propongamos podrá o no alcanzar las metas previstas. Detrás de este término, y de la palabra que la enuncia, se esconden muchas interpretaciones, percepciones, maneras de pensar y concepciones que influyen no sólo en las políticas y leyes, sino también en los proyectos, planes o programas relacionados con la discapacidad. Estas diversas formas de pensar, a decir de Del Águila, L. (2007), pueden incluso determinar total o parcialmente el éxito o el fracaso de estos planes (Pág. 30).

El concepto que está vigente a nivel internacional es el que recoge la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, “CDPD”) de la cual el Perú forma parte. Respecto al concepto de la palabra “discapacidad” la CDPD señala que “las personas con discapacidad incluyen a 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”⁸.

Por otra parte, nuestra legislación también se ha preocupado por definir el término, así, la LGPD señala que “la persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus

⁸ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 en New York, artículo 1.

derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás”⁹.

Como se puede advertir, ambas regulaciones no presentan divergencias significativas en su redacción. Sin embargo, llama la atención que solo reconozcan a las personas con algún tipo de discapacidad de carácter permanente olvidando a aquellas personas que presentan una discapacidad temporal o transitoria. Esta acotación no es menor toda vez que importa para el estudio de los derechos laborales de las personas con discapacidad. Por ello, también sería conveniente resaltar la conceptualización que realiza la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (en adelante, “CIADDIS”), de la cual el Perú también forma parte la cual resulta ser más extensa al establecer que “el término “discapacidad” significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”¹⁰.

Por esta razón, para efectos de este estudio se tendrá en cuenta el concepto que encierra la LGPD pero con la salvedad de que, tal y como lo indica la CIADDIS, también se incluirá a las personas con alguna discapacidad temporal.

3. EL MODELO SOCIAL COMO NUEVO PARADIGMA PARA ABORDAR LA DISCAPACIDAD

El estudio sobre la discapacidad se ha dividido en tres modelos que han marcado el enfoque con el cual se ha abordado esta temática históricamente, los cuales son: el modelo de prescindencia; modelo médico o rehabilitador y el vigente modelo social. El derecho también ha tenido que acompañar cada nuevo enfoque creando instituciones jurídicas, mecanismos de protección y legislación. Tanto el modelo de prescindencia como el modelo médico o rehabilitador no se encargan de salvaguardar la dignidad humana que les es inherente a todas las personas con discapacidad. En estos momentos históricos a las personas con discapacidad se les denominaba, erróneamente, como “idiotas”, “imbéciles”, “incapacitados” o “minusválidos”.

⁹ Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley N° 29973), artículo 2.

¹⁰ Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Adoptada en la Ciudad de Guatemala el 7 de junio de 1999, artículo 1.

El modelo de prescindencia comprende a la persona con discapacidad como el producto de un castigo divino o mensajes diabólicos por culpa, supuestamente, de los errores o faltas de los padres y por lo tanto, la sociedad debe eliminarlas, es decir, “prescindir de ellas”. Por su lado, el modelo médico sostenía que es la persona con discapacidad quien presenta una diferencia física, mental o sensorial que ocasiona su falta de destreza y por ende su desenvolvimiento “normal” en la sociedad (Céspedes, 2005, pág. 110). Este modelo entendía que las personas con discapacidad debían ser “curadas de su enfermedad” para poder incluirse en la dinámica social. Como consecuencia de este modelo, las personas con discapacidad eran discriminadas y veían reducida su vida a una mera dimensión médica (Romañach, 2009, pág. 31).

Contrariamente a estos dos modelos vetustos surge el nuevo modelo social, según el cual, son las barreras sociales las que generan la discapacidad. Es decir, la discapacidad no es un atributo de la persona, sino un conjunto complejo de condiciones que son creadas por su entorno u ambiente (ODHAG, 2005, pág. 25). Esta nueva perspectiva es la que se impone en los diversos ordenamientos jurídicos a lo largo del planeta por estar acorde con el respeto y garantía de los derechos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, entendiendo que es la sociedad la que debe adecuarse a las personas con discapacidad y no a la inversa.

4. LOS AJUSTES RAZONABLES: GARANTÍA COMPLEMENTARIA PARA LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Los ajustes razonables, a decir del Reglamento de la LGPD, “son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas requeridas en un caso particular que, sin imponer una carga desproporcionada o indebida, sirven para garantizar a la persona con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”¹¹.

Ahora bien, para comprender mejor el carácter complementario de los ajustes razonables, en primer lugar, se debe enfocar el análisis en las obligaciones generales que tienen los Estados de prestar accesibilidad y un diseño universal a las personas con discapacidad. Entendiendo que la accesibilidad determina la obligación estatal de garantizar que las personas con discapacidad

¹¹ Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad Aprobado mediante Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP publicado en el diario oficial El Peruano el 8 de abril de 2014, artículo 3.

tengan acceso a los bienes y servicios en condiciones de igualdad con las personas sin discapacidad y, por lo tanto, que gocen por igual de todos sus derechos fundamentales¹². Es decir, el Estado está obligado a aprobar y promulgar normas nacionales de accesibilidad y a supervisarlas, además, en caso de no contar con legislación sobre la materia, el primer paso es aprobar un marco jurídico adecuado¹³.

Por otra parte, el diseño universal, hasta cierto punto, va más allá del concepto de accesibilidad, dado que es una estrategia encaminada a lograr que la concepción y la estructura de los diferentes entornos, productos, tecnologías y servicios de información y comunicación sean comprensibles y fáciles de utilizar para todos del modo más generalizado¹⁴.

Sin embargo, puede suceder que, debido al carácter abierto de las obligaciones estatales de prestar accesibilidad y diseño universal, no se logre garantizar el goce y ejercicio de los derechos de todas las personas con discapacidad, ello se debe, principalmente, a que la amplitud de la diversidad humana no se limita a reconocer que existen personas con discapacidad, sino también, a reconocer que dentro del mismo grupo también se puede encontrar una enorme variedad y tipo de discapacidades y, ante esta diversidad, se requieren soluciones concretas e individualizadas.

Ante esta necesidad, surge la obligación complementaria de adoptar ajustes razonables que, se despliegan ante el fracaso garantista, valga la expresión, de la accesibilidad universal y del diseño universal, que ha de gozar de precedencia y preferencia. Ello es así debido a que los ajustes razonables significan un medio para proteger el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad, por cuanto permiten, en casos concretos (tal y como regula el artículo 3 del Reglamento de la LGPD y el artículo 2 de la CDPD), asegurar este derecho cuando el dispositivo genérico de la accesibilidad universal y del diseño universal no alcanza a la situación particular que experimenta cada persona con discapacidad.

¹² Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 8 de junio de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa. Expediente T-427/12, pág. 27.

¹³ Cfr. CRPD. Observación General N° 2. Artículo 9: Accesibilidad. 11° período de sesiones, CRPD/C/G/C/2, 2014, párrs. 4 y 28.

¹⁴ Cfr. Consejo de Europa. Resolución ResAP (2001)1 sobre la introducción de los principios de diseño para todos en los currículos de todas las profesiones que trabajen en la construcción del entorno. Comité de Ministros. 15 de febrero de 2001.

En cuanto al terreno laboral, la LGPD menciona que “las personas con discapacidad tienen derecho a ajustes razonables en el lugar de trabajo”¹⁵. Existiendo de esta manera, una obligación tanto de los empleadores públicos como privados de llevar a cabo esos ajustes razonables, la cual desaparece cuando los empleadores logren demostrar que la realización de dichos ajustes supone una carga económica excesiva, de conformidad con los criterios fijados por el MTPE¹⁶.

Finalmente, es necesario aclarar que la evaluación de la carga excesiva del ajuste razonable no debe tomarse solo desde la perspectiva del costo económico, sino también, desde otros aspectos cruciales como el impacto que la adopción de tal ajuste tendrá en el resto de personas con y sin discapacidad; el beneficio inclusivo que supone su adopción; la viabilidad de su concreción; entre otros. Sin embargo, se debe tener en cuenta que al adoptar ajustes razonables, siempre se presentarán cargas, pero lo que no pueden ser indebidas o excesivas¹⁷.

5. EL PRINCIPIO-DERECHO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN RESPECTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La igualdad y no discriminación es un precepto recogido por nuestra Constitución Política cuyo artículo 2.2 dispone que “toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”. Asimismo, la LGPD precisa que la persona con discapacidad tiene derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminada por motivos de discapacidad. Pues, es nulo todo acto discriminatorio por motivos de discapacidad que afecte los derechos estas personas¹⁸.

¹⁵ Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley N° 29973), artículo 50.

¹⁶ Si bien el Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo aún no ha establecido los criterios a tomar en cuenta para determinar si una carga es excesiva respecto de los ajustes razonables, el Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley N° 29973) regula en su artículo 52 los ajustes razonables en los procedimientos de los concursos públicos y dispone: 52.1 La Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR dicta las normas técnicas para implementar en los procesos de selección de recursos humanos que realicen las entidades públicas, las condiciones adecuadas de acceso y los ambientes donde se desarrollan las etapas del proceso y adecuación de las pruebas y evaluaciones, tomando en cuenta los requerimientos y necesidades de los postulantes con discapacidad. 52.2 El CONADIS brinda a las entidades públicas que lo soliciten, asesoría para la adaptación de puestos de trabajo y del entorno a las capacidades y requerimientos de las personas con discapacidad, a fin de ampliar con ello la oferta de plazas concursables.

¹⁷ Cfr. Suprema Corte de Canadá. Caso Bhinder Vs. CN. Sentencia de 17 de diciembre de 1985. 2 S.C.R. 561, párrs. 10 y sgts.

¹⁸ Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley N° 29973), artículo 8.1.

De igual forma, para determinar que significa “discriminación” la LGPD señala que se considera como tal toda distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de uno o varios derechos, incluida la denegación de ajustes razonables. No se consideran discriminatorias las medidas positivas encaminadas a alcanzar la igualdad de hecho de la persona con discapacidad. Este es el concepto de discriminación que, de manera muy similar, figura en diversos instrumentos internacionales.

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano (en adelante, “TC peruano”) ha establecido que la igualdad debe ser comprendida como derecho y como principio¹⁹. En ese sentido, la igualdad como derecho constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional; la igualdad oponible a un destinatario²⁰. Asimismo, la igualdad es un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable²¹. La aplicación, pues, del principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual justificado²².

Luego de este esbozo general sobre la igualdad y no discriminación, se debe tener en cuenta que los actos discriminatorios contra las personas con discapacidad pueden presentarse tanto en el acceso al empleo como en el desarrollo y término de las relaciones laborales (Gonzales, 2013, pág. 24), aspectos que se expondrán a continuación.

5.1. La igualdad y no discriminación en el acceso al empleo

En primer lugar, se analizará el derecho-principio de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo por parte de las personas con discapacidad. Con relación a este punto, la nueva LGPD

¹⁹ Cfr. Tribunal Constitucional del Perú. Caso Rafael Guillermo Tejada Goicochea y otros. Expediente N° 09617-2006-PA/TC. Sentencia de 6 de abril de 2009, fundamento 4.

²⁰ Cfr. Tribunal Constitucional del Perú. Caso Empresa Pesquera San Fermín S.A. Expediente N° 02835-2010-PA/TC. Sentencia de 13 de diciembre de 2011, fundamento 38.

²¹ Cfr. Tribunal Constitucional del Perú. Caso Sindicato Nacional de Trabajadores de ALICORP S.A.A. Expediente N° 02974-2010-PA/TC. Sentencia de 24 de octubre de 2011, fundamento 7, y ÁLVAREZ, Enrique. 2003. Curso de derecho constitucional. Cuarta Edición. Madrid: Tecnos, p. 325.

²² Cfr. CDH. Observación general No. 18. No discriminación. 37° periodo de sesiones. CCPR/C/37, párr. 13.

establece en su artículo 49 una “cuota de empleo” según la cual todas las entidades públicas se encuentran obligadas a contratar personas con discapacidad en una proporción no inferior al 5% de la totalidad de su personal, mientras que los empleadores del sector privado con más de 50 trabajadores deben tener al menos el 3% de empleados con discapacidad en su planilla. Asimismo, la LGPD prevé sanciones para los empleadores que no cumplan con esta disposición las que luego serán objeto de análisis.

Esta constituye una de las principales medidas para fomentar la contratación de personas con discapacidad en el sector público y privado. Si bien, a nivel supranacional la CDPD no menciona expresamente las cuotas de empleo (hay divergencia de opiniones en las organizaciones internacionales de la discapacidad sobre su uso), parece fuera de toda duda, como bien afirman Monzón P., Tromel S. y Soto J. (2009), que las cuotas de empleo en el sector público y privado no contradicen ni la letra ni el espíritu de la CDPD (Pág. 415).

En la misma tónica, el Reglamento de la LGPD detalla que en caso que alguna entidad pública verifique que no cumple con la cuota de empleo, ésta debe considerar, para la convocatoria de selección de personal o concurso de méritos, que en caso de presentarse un empate entre postulantes con y sin discapacidad, se debe priorizar la contratación de personas con discapacidad, en cumplimiento del beneficio de la cuota laboral. Esta precisión que hace el Reglamento es relevante, pues cubre un vacío que, frecuentemente, en otras legislaciones se deja a la discrecionalidad de los empleadores.

Por ejemplo, en el año 2012, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “CIDH”) conoció el caso del señor Guevara Díaz²³, un hombre con discapacidad, que se desempeñó como trabajador interino en el Ministerio de Hacienda de Costa Rica durante ocho años, que postuló a un concurso público para ser nombrado titular en su cargo. Esta persona, luego del concurso, obtuvo la más alta calificación junto con otro postulante sin discapacidad. Ante esta situación, el personal del Ministerio de Hacienda de Costa Rica decidió no seleccionar al señor Guevara Díaz, escogiendo en su lugar al candidato que igualo con él en la puntuación y que no tenía alguna discapacidad. Los funcionarios del referido Ministerio defendieron esta decisión argumentando que la Ley costarricense les permitía, en caso de empate en un concurso público, escoger de manera “discrecional” a la persona que se desempeñaría en el cargo, por

²³ CIDH. Informe de Fondo N° 13/12. Luis Fernando Guevara Díaz. 20 de marzo de 2012.

consiguiente, el señor Guevara Díaz fue cesado. No obstante ello, Guevara Díaz argumentó que, en realidad, esta decisión se basó en su discapacidad dado que el Ministerio no expresó las causas por las cuales contrato a la persona sin discapacidad y no a él.

Este caso aún se encuentra en etapa de admisibilidad, y si bien no sabemos que podrá decidir la CIDH al respecto, es evidente que la discrecionalidad que se aplica en la contratación pública costarricense es abiertamente contraria al principio-derecho de igualdad y no discriminación que inspira el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y los diversos ordenamientos jurídicos internos. Entonces, es plausible la precisión que hace el Reglamento de la LGPD al ponerse en el supuesto de empate en un concurso público evitando, de esa manera, posibles actos discriminatorios contra las personas con discapacidad en el acceso a la función pública.

También en el Perú encontramos un caso paradigmático respecto al acceso al empleo de las personas con discapacidad. El caso en cuestión es el del abogado Edwin Béjar Rojas quien tiene una discapacidad visual bilateral y postuló, en el año 2009, en el marco de la Convocatoria N° 02-2009-CNM - Macro Región Sur del Consejo Nacional de la Magistratura (en adelante, “CNM”), al cargo de Fiscal Adjunto Provincial del Pool de Fiscales del Cusco. El CNM, al tomar conocimiento de su discapacidad visual, decidió separarlo del proceso de selección para el cargo al cual postulaba, bajo el argumento de que él no podría, en primer lugar, rendir el examen de selección y que las opciones que el señor Béjar planteó como, por ejemplo, que un tercero (designado por el CNM) le leyera el examen y marque las respuestas que él le indique o que se le brinde el examen en formato virtual para el resolverlo mediante un programa que le lea las preguntas, iban en contra del carácter “personal” del examen. El segundo argumento esgrimido por el CNM se centró, principalmente, en las labores propias de un Fiscal Adjunto que, a criterio del CNM, el señor Béjar no podría realizar por ser una persona con discapacidad visual.

Ante tal situación, el abogado Béjar presentó una demanda de amparo contra el CNM por la violación del derecho constitucional a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado laboralmente por ser una persona con discapacidad. En primera instancia²⁴, la jueza del Tercer Juzgado Civil de Cusco, Nelly Yábar Villagarcía, expuso que, no tomar en cuenta las múltiples

²⁴ Tercer Juzgado Civil de Cusco (Sede Central). Sentencia de 6 de noviembre de 2009. Expediente N° 2009-01890-0-1001-JR-CI-3.

opciones que el demandante planteó para rendir el examen de selección, implicaba una interpretación muy literal, por tanto insuficiente, del artículo 32 del reglamento de concursos del CNM²⁵ dejando de lado que ello, en el caso del señor Béjar, es perfectamente salvable y superable. De tal forma, las opciones que presentó el señor Béjar, que en buena cuenta no son otra cosa que ajuste razonables para poder rendir el examen, constituyen, en palabras de Silva C. (2009), una forma para que él pudiera ejercer su derecho de igualdad de oportunidades en la convocatoria del CNM (Pág. 165).

Contra la segunda parte argumentativa del CNM, la jueza determinó que no era razonable descalificar al demandante solo por aquellas funciones más importantes que le tocaría desempeñar como Fiscal Adjunto Provincial del Pool de Fiscales, existiendo otras, desde la perspectiva de la demanda, menos importantes que muy bien podría desempeñar el demandante sin que por ello su concurso no sea importante. Además, sostuvo que el señor Béjar tiene derecho a acceder a un empleo público en igualdad de condiciones que cualquier otra persona de la profesión de Derecho, rindiendo el examen escrito que para tal efecto se plantea y si acaso lograse un resultado positivo del mismo, a ser entrevistado en función de sus conocimientos y experiencia en la etapa de entrevista personal, previa evaluación de su hoja de vida; correspondiéndole a la Fiscalía, si acaso llega a ser su empleador, no solo brindarle al demandante las facilidades que como Estado debe brindar a un invidente, sino de asignarle en el denominado Pool de Fiscales, aquellas responsabilidades acordes a su capacidad profesional que la propia demandada reconoce.

En consecuencia, la jueza del Tercer Juzgado Civil de Cusco declaró fundada la demanda de amparo y ordenó que se le tome un examen escrito al señor Béjar y conforme sea el resultado de tal examen, incorporarlo al proceso de selección. Como comprobamos, esta sentencia constituye un hito importante en materia de protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad, recordemos que, en la etapa social actual, estamos ante la eliminación de toda clase de prejuicios contra las personas con discapacidad, por lo que el razonamiento ya no es

²⁵ En la época de los hechos del caso se encontraba vigente el antiguo reglamento de concursos del Consejo Nacional de la Magistratura cuyo artículo 32 se encuentra plasmado en el artículo 33 del reglamento actual que establece que “[e]l examen escrito es personal. La suplantación, plagio o intento de plagio, así como la invocación o uso de influencias, coacción o soborno o cualquier otro medio ilegítimo o irregular, se sancionan con la exclusión inmediata del postulante, sin perjuicio de las acciones legales correspondientes conforme a lo establecido en el artículo 13 del presente reglamento.”

“cómo puede una persona con discapacidad adaptarse al cargo que postula” sino, “como este cargo puede adecuarse a esta persona”.

Sin embargo, esta decisión fue apelada por el CNM y, en segunda instancia, la Primera Sala Civil de la Corte Superior del Cusco²⁶ confirmó la sentencia de la jueza Nelly Yábar Villagarcía pero revocó la misma en el extremo del fallo que ordenaba, sin paralizar la secuencia del proceso de selección, que se le tome un examen escrito al demandante y dispuso, dado que ya había terminado el proceso de selección quedando desierto el puesto de Fiscal Adjunto, que el CNM habilite nueva fecha y hora para que el señor Béjar rinda el examen escrito (con los ajustes razonables necesarios); y de aprobar el mismo, continúe con las demás etapas del concurso, con las consecuencias respectivas de dicha convocatoria.

Este caso confirma que, en relación a los derechos laborales de las personas con discapacidad en el ámbito público, no debe exigirse como premisa que la persona demuestre qué es lo que puede hacer o no; sino que es el Estado el que debe evaluar cuáles son las medidas que ha de implementar para que las personas con discapacidad puedan acceder, al igual que todos y todas, a los diversos ámbitos de la vida social, entre los que, por supuesto, se encuentran los diferentes espacios de la función pública (Silva, 2010, pág. 172).

Vemos entonces cuán importante resulta a nivel supranacional y a nivel nacional garantizar a todas las personas con discapacidad el poder postular a un cargo público y, de la misma forma, llevar esta garantía al terreno del sector privado. Una buena iniciativa para este fin es, como se ha plasmado, las cuotas de empleo que la nueva LGPD prevé como obligación general en el acceso al empleo para las personas con discapacidad y que el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad ha tomado como una práctica legislativa positiva en diversos informes²⁷.

5.2. La igualdad y no discriminación durante la relación laboral

²⁶ Corte Superior del Cusco. Primera Sala Civil. M.P. Pinedo Coa. Sentencia de 12 de enero de 2010. Expediente N° 2009-01890-0-1001-JR-CI-3.

²⁷ Cfr. CRPD. Observaciones finales respecto de Argentina. CRPD/C/ARG/CO/1 (2012), párr. 43; Observaciones finales respecto de Austria. CRPD/C/AUT/CO/1 (2013), párr. 45; Observaciones finales respecto de China. CRPD/C/CHIN/CO/1 (2012), párr. 41, y Observaciones finales respecto de Paraguay. CRPD/C/PRY/CO/1 (2013), párr. 63.

La nueva LGPD también ha reforzado los derechos que le asisten a las personas con discapacidad durante la relación laboral. Como se mencionó en el cuarto acápite de este estudio, el artículo 50 de esta ley establece que las personas con discapacidad tienen derecho a ajustes razonables en el lugar de trabajo²⁸. Por lo tanto, negarles tales ajustes razonables constituiría una forma de discriminación tal y como prevé la CDPD y la propia LGDP.

Un ejemplo que merece desarrollo sobre la igualdad y no discriminación contra las personas con discapacidad en la relación laboral es el caso de la ciudadana británica de apellido Coleman que resolvió, en el año 2008, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante “TJUE”)²⁹.

El caso versa sobre una mujer que trabajaba como secretaria jurídica para un despacho de abogados en Londres desde el año 2001. En el año 2002, la señora Coleman tuvo a su primer hijo quien tiene una discapacidad física, razón por la cual era necesario que ella le dispensara la mayor parte de sus cuidados y tiempo.

La señora Coleman tuvo que dejar su empleo debido a la constante discriminación y acoso que experimentó por parte de su empleador. De los hechos probados del caso se comprobó que, en similares circunstancias, la empresa trataba de modo diferente a los padres de hijos sin discapacidad. Ella demostró que su empresario se negó a reintegrarla, una vez finalizado su permiso de maternidad, en el puesto que había ocupado anteriormente. Asimismo, su empleador no le concedió flexibilidad horaria (que si le concedía a padres de hijos sin discapacidad) y que se dirigió, tanto a ella como a su hijo, con insultos.

En su sentencia, el TJUE señaló que si bien la persona objeto de discriminación directa por motivo de discapacidad no es ella misma una persona con discapacidad, no es menos cierto que el motivo del trato menos favorable del que la señora Coleman fue víctima lo constituye precisamente la discapacidad. Por tanto, concluyó que la Directiva 2000/78 (aplicable al caso concreto), que tiene por objeto, en lo que atañe al empleo y al trabajo, combatir todas las formas

²⁸ Asimismo, el inciso 2 del artículo 50 establece que “[e]l Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y los gobiernos regionales prestan asesoramiento y orientación a los empleadores para la realización de ajustes razonables para personas con discapacidad en el lugar de trabajo. Los empleadores públicos y privados generadores de rentas de tercera categoría tienen una deducción adicional en el pago del impuesto a la renta sobre los gatos por ajustes razonables para personas con discapacidad, en un porcentaje que es fijado por decreto supremo del Ministerio de Economía y Finanzas.”

²⁹ TJUE. Gran Sala. Sentencia de 17 de julio de 2008. Asunto C-303/06, Coleman y Attridge Law, Steve Law.

de discriminación basadas en la discapacidad, no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en el artículo 1 de la misma Directiva³⁰.

En síntesis, el caso de la señora Coleman tiene una trascendencia notable por varias razones. En primer lugar, se debe destacar que supone la consolidación del modelo social de discapacidad en Europa. Estrechamente vinculado con lo anterior, la sentencia del TJUE introduce una novedosa categoría jurídica como es la discriminación transferida que supone una ampliación de la tutela de la discriminación a aquellas personas asociadas con las personas con discapacidad, como por ejemplo sus cuidadores, precisamente por el particular riesgo de discriminación en el trabajo que tienen éstos últimos (Muñoz, 2009, pág. 326).

Este breve análisis demuestra que, durante la relación laboral, las personas con discapacidad merecen una salvaguarda efectiva de sus derechos y deben ser protegidas contra todo acto de discriminación. También se debe luchar contra los climas hostiles que se presentan en ciertos ámbitos laborales públicos y privados que impiden un goce real y efectivo de los derechos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad.

5.3. La igualdad y no discriminación al finalizar la relación laboral: ¿las personas con discapacidad tienen una protección especial frente al despido?

Existen diversas formas de culminar una relación laboral, como son la rescisión del contrato, la renuncia, el despido, entre otras. En el presente estudio se abordara la temática específica del despido con especial énfasis, evidentemente, en las personas con discapacidad.

Sobre el despido, Alonso, M. (1981), sostiene que éste es el acto unilateral de la voluntad del empleador por virtud del cual decide poner fin a la relación laboral (Pág. 559). Al respecto, tanto la CDPD y el Convenio N° 159 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) (sic) (en adelante, “Convenio N° 159”), señalan, ambos cuerpos normativos con redacción ligeramente distinta, que es un deber estatal promover programas de

³⁰ El artículo 1 de la Directiva 2000/78 del Consejo de la Unión Europea establece que: “[l]a presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.”

mantenimiento del empleo dirigidos a personas con discapacidad³¹. Por su parte, el inciso 2 del artículo 52 de la LGPD dispone que “[e]l personal que adquiere una discapacidad durante la relación laboral tiene derecho a conservar su puesto de trabajo cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, esta no es determinante para el desempeño de sus tareas. Caso contrario, dicho personal es transferido a un puesto que sea compatible con sus capacidades y aptitudes, en la medida que exista vacante, y que no implique riesgos para su seguridad y su salud o las de otras personas.”

Si bien, estas disposiciones no significan una protección absoluta contra el despido, si recalcan, como sostuvieron Monzón P., Tromel S. y Soto J. en el año 2009, que el simple hecho de que la persona tenga o adquiera una discapacidad no debe suponer la interrupción de la relación laboral (Pág. 418).

Al analizar las disposiciones anteriores, surge inmediatamente la interrogante sobre si las personas con discapacidad tienen una protección especial frente al despido. Respecto a este punto, antes de la entrada en vigencia de la nueva LGPD, el TC peruano tuvo ocasión de conocer el caso de un hombre con discapacidad física que trabajaba para el Ministerio de Relaciones Exteriores que se desempeñaba como asistente administrativo para la Dirección General de Desarrollo de Recursos Humanos de dicha entidad. Durante más de dos años, esta persona había trabajado para el Ministerio de Relaciones Exteriores, luego de este tiempo, fue despedido. El Ministerio de Relaciones Exteriores, justificó tal decisión en la política de austeridad en el gasto dispuesto por el entonces vigente Decreto Legislativo N°020-2006³².

El sumo interprete de nuestra carta política estableció que, si bien el Ministerio de Relaciones Exteriores debía ejecutar dicha política de austeridad, debió haberlo hecho con respeto de los derechos fundamentales del recurrente, lo cual implicaba, de acuerdo al principio de

³¹ La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad señala en la letra k de su artículo 27 que: “[l]os 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, entre ellas: (...) [p]romover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.” y el Convenio N° 159 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) señala en el inciso 2 de su artículo 1 que: “[a] los efectos del presente Convenio, todo Miembro deberá considerar que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad.”

³² Tribunal Constitucional del Perú. Caso Miguel Ángel Palomino Angulo. Expediente N° 5218-2007-PA/TC. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

razonabilidad, específicamente al subprincipio de necesidad³³, aplicar la disolución del vínculo laboral únicamente si es que no existen medidas menos gravosas para lograr tal fin, teniendo en cuenta que el recurrente, en su calidad de persona con discapacidad, goza de una protección especial ante medidas de esa naturaleza³⁴. En consecuencia, ordenó la reposición de la persona con discapacidad a su cargo.

Esta decisión evidencia que el deber del Estado de erradicar las desigualdades materiales existentes en las relaciones laborales del colectivo de personas con discapacidad, no se agota en las políticas de inserción y desarrollo en el empleo; sino que es perfectamente válido, de acuerdo con la especial protección que las personas con discapacidad merecen, aplicarla en el momento de la extinción de la relación laboral (Cáceres, 2008, pág. 351).

Finalmente, se puede concluir que las personas con discapacidad tienen una protección especial frente al despido ya se en el empleo público o privado. En efecto, si un trabajador es despedido por razón de su discapacidad se configura un despido nulo, el cual tiene como consecuencia inmediata la reposición del trabajador al centro de trabajo (Monereo y Moreno, 1994, pág. 194).

6. ASPECTOS LABORALES IMPORTANTES A TOMAR EN CUENTA DE LA NUEVA LEY GENERAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y SU REGLAMENTO

6.1. Las empresas promocionales de personas con discapacidad

Una de los aspectos que más resalta de la nueva LGPD es la creación de las denominadas empresas promocionales de personas con discapacidad. Las cuales son, según el artículo 54 de dicha ley, todas aquellas empresas constituidas como persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial, que cuenten por lo menos con un 30% de personal con discapacidad y que el 80% de este personal, desarrolle actividades directamente vinculadas

³³ Respecto al principio razonabilidad o test de proporcionalidad BERNAL, Carlos. 2007. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Tercera Edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; CLÉRICO, Laura. 2009. El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional. Buenos Aires: EUDEBA, y SÁNCHEZ, Rubén. 2007. El principio de proporcionalidad. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

³⁴ Cfr. Tribunal Constitucional del Perú. Caso Miguel Ángel Palomino Angulo, supra nota 47, fundamento jurídico 12.

con el objeto social de la empresa. La acreditación como empresa promocional está a cargo del MTPE quien además las inscribe en el Registro Nacional de Empresas Promocionales.

Estas llamadas empresas promocionales de personas con discapacidad representan un paso muy importante en la promoción e inserción laboral de las personas con discapacidad en nuestro país. En el año 2013, según la Dirección de Promoción Laboral para Personas con Discapacidad (en adelante, “DPLPD”) se registraron a nivel nacional 538 empresas promocionales de personas con discapacidad. Concentrándose el mayor número de estas en Lima con 149, mientras que en Arequipa se registraron 31.

Si bien resulta ser un número bastante menor, no se debe perder de vista que en relación con el año 2012, se evidenció un incremento nada despreciable de la cifra. Además, se debe resaltar que el mayor número de empresas promocionales de personas con discapacidad se concentra en el sector de construcción civil. Es destacable también que la propia LGPD y su Reglamento prevean incentivos y beneficios para estas empresas, los cuales analizaremos a continuación.

6.1.1. Beneficios para las empresas promocionales de personas con discapacidad

Como primer beneficio para las empresas promocionales de personas con discapacidad la nueva LGPD dispone en su artículo 56 que en los procesos de contratación de bienes, servicios u obras convocado por entidades públicas, las empresas promocionales de personas con discapacidad tienen preferencia en caso de empate entre dos o más propuestas, bajo sanción de nulidad, según lo señalado sobre la materia en el Decreto Supremo 184-2008-EF, Reglamento del Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado.

Es decir, según esta disposición, si existe un empate dentro de una convocatoria para prestar servicios, bienes o realizar obras, las empresas promocionales de personas con discapacidad tendrán preferencia respecto de aquellas que no lo son. Para acogerse a este beneficio, la empresa promocional de personas con discapacidad deben presentar ante la entidad pública contratante la constancia emitida por la Autoridad Administrativa de Trabajo que la acredita como tal, así como copia de la planilla de pago correspondiente al mes anterior a la fecha de

postulación al proceso de contratación de bienes, servicios u obras convocado por dicha entidad³⁵.

Adicionalmente, el inciso 1 del artículo 57 establece que el estado peruano promoverá el acceso de la empresa promocional de personas con discapacidad a créditos y otras fuentes de financiamiento ya sea prestando asistencia financiera orientada a reducir la información asimétrica o disminuir los costos de intermediación.

De tal forma, vemos como este conjunto de medidas que benefician a las empresas promocionales de personas con discapacidad significan un incentivo para que estas contraten a las personas con discapacidad y las inserten en el campo laboral de su empresa. De tal manera que esta deducción, como bien concluye Dávila, S. (2008), no solo busca aminorar la carga tributaria de las empresas sino también promover que las personas con discapacidad sean empleadas (Pág. 238).

Por otra parte, merece especial análisis que la nueva LGPD regula ciertos beneficios de carácter tributario para aquellas empresas que no son promocionales de personas con discapacidad. En tal sentido, el artículo 47.2 de la LGPD dispone que los empleadores públicos y privados generadores de rentas de tercera categoría que empleen a personas con discapacidad tienen una deducción adicional en el pago del impuesto a la renta sobre las remuneraciones que se paguen a estas personas, en un porcentaje que es fijado por decreto supremo del Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, “MEF”). Por su parte, el artículo 50.2 de dicha ley señala, en el terreno de los ajustes razonables, que los empleadores públicos y privados generadores de rentas de tercera categoría tienen una deducción adicional en el pago del impuesto a la renta sobre los gastos por ajustes razonables para personas con discapacidad, en un porcentaje que también será fijado por el MEF. Respecto a la regulación de los porcentajes, en noviembre del año 2013, el MEF emitió las “Normas Reglamentarias de las Disposiciones sobre Impuesto a la Renta contenidas en la Ley N° 29973”³⁶ que se encargan de regular y precisar los alcances de estos beneficios tributarios.

³⁵ Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad, artículo 61.1.

³⁶ Normas Reglamentarias de las Disposiciones sobre Impuesto a la Renta contenidas en la Ley N° 29973 - Ley General de la Persona con Discapacidad. Aprobadas mediante Decreto Supremo N° 287-2013-EF publicado en el diario oficial El Peruano el 22 de noviembre de 2013.

6.2. Infracciones y sanciones

Tal vez uno de los aspectos más llamativos y plausibles de la nueva LGPD y su Reglamento sea la posibilidad real de aplicar sanciones a determinadas infracciones de este cuerpo normativo, las cuales serán expuestas a continuación³⁷.

En primer lugar, el artículo 82 de la LGPD establece que las infracciones a dicha ley se clasifican en leves, graves y muy graves. Estableciendo, lógicamente, sanciones graduales dependiendo de la calidad de la infracción³⁸. Una forma de sanción prevista en la LGPD son las multas, de manera adicional, la LGPD también establece un régimen de sanciones a aquellos trabajadores que en representación de la empresa, actúen indebidamente vulnerando los derechos de los trabajadores con discapacidad las cuales pueden ser: sanción de amonestación³⁹; suspensión temporal sin goce de haber por un mes; suspensión sin goce de haber hasta por doce meses⁴⁰ y destitución del cargo⁴¹.

Respecto a las multas, según el artículo 83 de la nueva LGPD, cuando se trate de infracciones leves la multa será de 1 UIT como mínimo hasta 5 UIT como punto máximo. Asimismo, para las infracciones graves la multa mínima debe ser mayor a 5 UIT pudiendo aplicarse un máximo de 10 UIT, mientras que para las infracciones muy graves, la multa mínima es mayor a 10 IUT llegando en su estado máximo a 20 UIT. Lo valioso es que el monto de estas multas está destinado exclusivamente a financiar programas y campañas en beneficio de las personas con discapacidad y a la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones contenidas en la LGPD.

³⁷ Según el artículo 80 de la Ley General de la Persona con Discapacidad el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS) es la entidad competente para conocer y aplicar las infracciones y sanciones. Ello sin perjuicio de las competencias específicas que correspondan a los distintos sectores y niveles de gobierno.

³⁸ Cabe recalcar que las sanciones previstas en la Ley se imponen sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar según el artículo 91.4 del Reglamento de la nueva Ley General de la Persona con Discapacidad.

³⁹ Al respecto, el artículo 94 del Reglamento de la LGPD establece que: [l]a sanción de amonestación se impone al personal que presta servicios al Estado por incurrir en las infracciones leves contempladas en el numeral 81.2 del artículo 81 de la Ley. Asimismo, se impone a las instituciones o entidades del Estado y a las empresas e instituciones del sector privado, según corresponda.

⁴⁰ Al respecto, el artículo 93 del Reglamento de la LGPD establece que: [l]a sanción de suspensión temporal sin goce de haber por un mes se impone al personal que presta servicios al Estado por incurrir en los supuestos contenidos en el numeral 81.3 del artículo 81 de la Ley. La sanción de suspensión sin goce de haber hasta por doce meses se impone al personal que presta servicios al Estado por incurrir en los supuestos contenidos en el numeral 81.4 del artículo 81 de la Ley.

⁴¹ Al respecto, el artículo 92 del Reglamento de la LGPD establece que: [l]a destitución en el ejercicio del cargo de funcionario responsable a que se refiere el inciso d) del artículo 82 de la Ley, sólo procede ante el reiterado incumplimiento en las disposiciones contenidas en el inciso i) del numeral 81.3 e incisos f) y g) del numeral 81.4 del artículo 81 de la Ley, sin perjuicio de las sanciones pecuniarias que le corresponde a la institución por incumplimiento de las disposiciones contenidas en dicho artículo.

Si bien, la LGPD establece un mínimo y un máximo dependiendo de la gravedad de la infracción, es el Reglamento el que indica y precisa el monto de la multa en cada caso específico. Por ejemplo, el no aplicar la bonificación del 15% del puntaje final obtenido por las personas con discapacidad en los concursos públicos de méritos de las entidades de la administración pública, que según el artículo 81. 4 es una infracción muy grave, amerita una multa de entre 12 a 15 UIT según se dispone en el artículo 95 del Reglamento de la LGPD.

Este mecanismo de infracciones y sanciones a la LGPD es muy útil para hacer efectiva dicha ley a fin de garantizar de manera real los derechos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad antes, durante y después de la relación laboral. No obstante, debemos advertir que la experiencia comparada nos muestra que muchas veces la mayoría de los empleadores prefiere pagar una multa en lugar de cumplir, por ejemplo, con la cuota de empleo exigida⁴². Si bien, la primera alternativa para solucionar este problema posible sería incrementar las multas, esto solo crearía un problema al fisco antes de promover los derechos laborales de las personas con discapacidad.

7. CONCLUSIONES

En la etapa actual de la vida en sociedad, qué duda cabe, nos corresponde y le corresponde al derecho poner la vista en todos y todas los hombres y mujeres que por siglos han visto relegados su derechos y libertades. En ese sentido, es de suma importancia reconocer que las personas con discapacidad, al igual que las personas sin discapacidad, pueden desenvolverse en el ámbito laboral sin ningún problema siempre que se eliminen todas aquellas barreras que de manera caprichosa e injusta la sociedad les impone.

Por ello, la nueva LGPD junto a su Reglamento y sus implicancias laborales, representan un paso importante para el derecho peruano en el respeto a la dignidad humana de este colectivo social. Esta nueva legislación entiende que es la sociedad la que debe adaptarse a la persona con discapacidad y no la persona con discapacidad la que debe adaptarse a la sociedad y, por lo tanto, resulta también un aporte valioso, porque no decirlo, para el derecho latinoamericano en su contexto actual.

⁴² Véase al respecto: CRPD. Observaciones finales respecto de Austria, supra nota 39, párr. 45

Pues, que más autodeterminación e independencia se le puede otorgar a una persona con discapacidad sino mediante el trabajo, en condiciones de igualdad, que esta pueda realizar para ser parte activa de la sociedad.

Sin embargo, este es solo el primer paso para una tarea ardua que vislumbra un futuro prometedor para las personas con discapacidad y su acceso al empleo tanto en el sector público como privado.

8. BIBLIOGRAFÍA

➤ Libros, revistas y tesis

- Alonso, M. (1981), Curso de derecho del trabajo. 7ª Edición. Madrid: Editorial Ariel.
- Alonso, M. y C. Emilia. (198), Derecho del trabajo. 11ª Edición. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.
- Bernal, C. (2007), El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. 3ª Edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Campos, S. (2009), “Tratamiento laboral de los trabajadores con discapacidad”. Soluciones Laborales. Lima, año 2, número 15.
- Cáceres, J. (2008), “Los trabajadores con discapacidad ¿tienen alguna protección especial frente al despido? Jus Jurisprudencia. Lima, número 2.
- Céspedes, G. (2005), “La Nueva Cultura de la Discapacidad y los Modelos de Rehabilitación”. Revista Aquichan. Chía, año 5, número 1.
- Clérico, L. (2009), El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional. Buenos Aires: EUDEBA.

- Dávila, S. (2008), “La deducción adicional del Impuesto a la Renta como incentivo para la inserción laboral de personas con discapacidad”. Actualidad Jurídica. Lima, número 178.

- De Lorenzo, R. (2004), “El futuro de los discapacitados en el mundo, el empleo como factor determinante para la inclusión”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, número 50.

- Del Águila, L. (2007), El concepto de discapacidad y su importancia filosófica. Investigación sobre un aspecto fundamental de la condición humana. Tesis para optar el título profesional de Licenciado en Filosofía. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Letras y Ciencias Humanas.

- Giménez, D. (2011), “Las medidas a favor de las personas con discapacidad y de las personas adultas mayores en España: ¿Acciones positivas o medidas de igualdad positiva? En SANTIAGO, Mario. Acciones afirmativas. México D.F.: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

- Monereo, J. y Moreno, M. (1994), “Forma y procedimientos del despido disciplinario”. En BORRAJO, Efrén (director). La Reforma del Estatuto de Trabajadores: Comentarios a las Leyes Laborales. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

- Monzón, P., Tromel, S. y Soto, J. (2009), “El impacto de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”. En MARTÍNEZ, Andreu (director). El empleo público y las personas con discapacidad. Madrid: Grupo Editorial CINCA.

- Muñoz, A. (2009), “El caso Coleman: un paso más allá en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores”. Temas Laborales. Madrid, número 101.

- Gonzales, L. (2013), “Nueva ley general de la persona con discapacidad: implicancias laborales”. Revista Jurídica del Perú. Lima, número 143.
- Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala (ODHAG). (2005), *Personas con Discapacidad y Condiciones de Exclusión en Guatemala*. Ciudad de Guatemala: Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala.
- Romañach, J. (2009), *Bioética al otro lado del Espejo: La Visión de las Personas con Diversidad Funcional y el Respeto a los Derechos Humanos*. La Coruña: Ediciones Diversitas-AIES.
- Sánchez, R. (2007), *El principio de proporcionalidad*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Silva, C. (2009), “La discapacidad y la función fiscal sí son compatibles. Análisis de la decisión del Consejo Nacional de la Magistratura que separó del concurso de selección a un postulante por ser invidente”. *Actualidad Jurídica*. Lima, tomo 192.
- Silva, C. (2009), “La inclusión de las personas con discapacidad en el proceso de selección y nombramiento del Consejo Nacional de la Magistratura y el fallo judicial que protege sus derechos: el caso Béjar”. *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, número 135.
- Silva, C. (2010), “El acceso a la función pública en condiciones de igualdad para personas con discapacidad a propósito de la sentencia en segunda instancia del caso Béjar”. *Actualidad Jurídica*. Lima, tomo 197.

➤ Leyes, convenciones y planes

- Consejo de Europa. Resolución ResAP (2001)1 sobre la introducción de los principios de diseño para todos en los currículos de todas las profesiones que trabajen en la construcción del entorno. Comité de Ministros. 15 de febrero de 2001.

- Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad
 - Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
 - Convenio N° 159 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas)
 - Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley N° 29973)
 - Plan de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad 2009 - 2018 (Decreto Supremo 007-2008-MIMDES)
 - Normas Reglamentarias de las Disposiciones sobre Impuesto a la Renta contenidas en la Ley N° 29973 - Ley General de la Persona con Discapacidad (Decreto Supremo N° 287-2013-EF)
 - Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad (Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP)
- Observaciones de Comités de la ONU
- CDH. Observación general No. 18. No discriminación. 37° periodo de sesiones. CCPR/C/37.
 - Comité DESC. Observaciones finales respecto de Brasil. U. N. Doc. E/C.12/BRA/CO/2 (2009)
 - Comité DESC. Observaciones finales respecto de Djibouti. U. N. Doc. E/C.12/DJI/CO/1-2 (2013)

- Comité DESC. Observaciones finales respecto de Bélgica. U. N. Doc. E/C.12/BEL/CO/4 (2013)
- Comité DESC. Observaciones finales respecto de Kuwait. U. N. Doc. E/C.12/KWT/CO/2 (2013)
- Comité DESC. Observaciones finales respecto de Bosnia & Herzegovina. U. N. Doc. E/C.12/BIH/CO/2 (2013)
- Comité DESC. Observaciones Finales respecto de Austria. U. N. Doc. E/C.12/AUT/CO/4 (2013)
- Comité DESC. Observaciones finales respecto de Indonesia. U. N. Doc. E/C.12/IDN/CO/1 (2014)
- CRPD. Observación General N° 2. Artículo 9: Accesibilidad. 11° período de sesiones, CRPD/C/G/C/2, 2014.
- CRPD. Observaciones finales respecto de Argentina. CRPD/C/ARG/CO/1 (2012)
- CRPD. Observaciones finales respecto de Austria. CRPD/C/AUT/CO/1 (2013)
- CRPD. Observaciones finales respecto de China. CRPD/C/CHIN/CO/1 (2012)
- CRPD. Observaciones finales respecto de Paraguay. CRPD/C/PRY/CO/1 (2013)

➤ **Jurisprudencia nacional e internacional**

- CIDH. Informe de Fondo N° 13/12. Luis Fernando Guevara Díaz. 20 de marzo de 2012.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 8 de junio de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa. Expediente T-427/12.

- Corte Superior del Cusco. Primera Sala Civil. M.P. Pinedo Coa. Sentencia de 12 de enero de 2010. Expediente N° 2009-01890-0-1001-JR-CI-3.
- Suprema Corte de Canadá. Caso Bhinder Vs. CN. Sentencia de 17 de diciembre de 1985. 2 S.C.R. 561.
- Tercer Juzgado Civil de Cusco (Sede Central). Sentencia de 6 de noviembre de 2009. Expediente N° 2009-01890-0-1001-JR-CI-3.
- TJUE. Gran Sala. Sentencia de 17 de julio de 2008. Asunto C-303/06, Coleman y Attridge Law, Steve Law.
- Tribunal Constitucional del Perú. Caso Miguel Ángel Palomino Angulo. Expediente N° 5218-2007-PA/TC. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.
- Tribunal Constitucional del Perú. Caso Rafael Guillermo Tejada Goicochea y otros. Expediente N° 09617-2006-PA/TC. Sentencia de 6 de abril de 2009.
- Tribunal Constitucional del Perú. Caso Sindicato Nacional de Trabajadores de ALICORP S.A.A. Expediente N° 02974-2010-PA/TC. Sentencia de 24 de octubre de 2011.
- Tribunal Constitucional del Perú. Caso Empresa Pesquera San Fermín S.A. Expediente N° 02835-2010-PA/TC. Sentencia de 13 de diciembre de 2011.