



FACULTAD DE DERECHO
SECCIÓN DE POSGRADO

**LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y EL DERECHO AL
TRABAJO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ
DE 1993**

**PRESENTADA POR
MARLY YOHANA AGUILAR BAZÁN**

**ASESOR
VÍCTOR OSCAR SHIYIN GARCÍA TOMA**

**TESIS
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA EN DERECHO
CONSTITUCIONAL**

LIMA – PERÚ

2020



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

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/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTIN DE PORRES

FACULTAD DE
DERECHO

POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO

**“LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y EL DERECHO AL TRABAJO EN LA
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE MAESTRA EN DERECHO
CONSTITUCIONAL**

Presentada por:

Marly Yohana Aguilar Bazán

Asesor:

Mg. Víctor Oscar Shiyin García Toma

Lima – Perú

2020

DEDICATORIA

A mis tíos, Pablo y Coty, por su apoyo incondicional e infinito; a Fox y Dally, quienes con su cariño me han acompañado a lo largo de esta gran meta.

INDICE

RESUMEN	vi
SUMMARY	viii
INTRODUCCIÓN	x
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO	1
1.1. Antecedentes de la investigación	1
a. Antecedentes bibliográficos.....	1
b. Antecedentes Históricos	3
1.2. Bases teóricas	11
1.2.1. Contrato Social (Pacto Social)	11
1.2.1.1. El Contrato Social y la Constitución Peruana	11
1.2.1.2. El Estado	12
1.2.1.3. Deber de protección	15
1.2.1.4. La Constitución como el Pacto Social en defensa de los Derechos Laborales de las personas con discapacidad	17
1.2.2. Personas con Discapacidad.....	21
1.2.2.1. La persona con discapacidad y la Constitución	21
1.2.2.2. Personas con Discapacidad	26
1.2.2.3. Principio de Igualdad y Derecho a la No Discriminación	29

1.2.2.4.	Inclusión Social.....	32
1.2.2.5.	Inclusion Laboral de las Personas con Discapacidad.....	35
1.2.2.6.	Las Personas con discapacidad tras la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad	37
1.2.2.7.	Decreto Legislativo N° 1384 - Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad	39
1.2.2.8.	Protección versus Autonomía.....	43
1.2.3.	Derecho al Trabajo	46
1.2.3.1.	El Derecho al Trabajo y la Constitución	46
1.2.3.2.	Derecho al Trabajo	54
1.2.3.3.	El Derecho de Acceso al Trabajo	60
1.2.3.4.	Convenio N° 111 Convenio Sobre La Discriminación (Empleo y Ocupación) de La Organización Internacional del Trabajo	63
1.2.3.5.	Posición Paternalista	655
1.2.4.	Casos Prácticos	666
1.2.4.1.	Derecho Constitucional a no ser discriminado.....	666
1.2.4.2.	Inclusión Laboral de las Personas con Discapacidad.....	744
1.3.	Marco Normativo	79
1.4.	Definiciones de términos básicos	833
CAPÍTULO II: DISEÑO METODOLÓGICO		85

2.1. Diseño de la investigación	85
2.2. Técnicas para la recolección de datos.....	86
2.2.1. Descripción de las técnicas e instrumentos.	86
2.2.2. Descripción de los instrumentos	887
2.3. Aspectos éticos.....	88
CAPITULO III: RESULTADOS	89
CAPITULO IV: DISCUSIÓN, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	109
4.1. Discusión	109
CONCLUSIONES.....	113
RECOMENDACIONES	117
ANEXOS	127
ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA.....	128
ANEXO 2: FICHA DE ENTREVISTA.....	131

RESUMEN

El trabajo de investigación titulado “La Persona con Discapacidad y El Derecho al Trabajo en la Constitución Política del Perú de 1993”, es un estudio de tipo cualitativo, de nivel descriptivo y de método deductivo. El diseño recurrido es el no experimental, pues no habrá manipulación de las variables, asimismo, se aplicó o el método exegético y el método dogmático.

El estudio basa sus resultados en una muestra, no probabilística e intencional, en tanto que han sido seleccionadas aquellas personas que cumplían con el criterio de inclusión y exclusión determinado.

Según las entrevistas realizadas a Jueces especializados en Derecho Constitucional, así como de funcionarios y trabajadores de la SUNFIL, se ha podido determinar ciertas falencias en el compromiso de las empresas, para con las personas con discapacidad.

Se llega a la conclusión que, existe una clara afectación, respecto del derecho al trabajo de la persona con discapacidad, pues el Estado, conforme a la normativa nacional así como de normativa internacional vinculante, que estipula el deber del estado en dar las garantías necesarias para que las personas con discapacidad puedan desarrollarse libremente (máximo desarrollo de su personalidad); asimismo, el Estado tiene el deber de promover su desarrollo e inclusión plena y efectiva en la vida política, económica, social, cultural y tecnológica; o al menos es lo que se pretende establecer, siendo aún algo que no se viene aplicando a la realidad, es decir contamos con una ley, pero la misma no viene siendo aplicada. Se tiene que

tener presente, que el desarrollo supone, principalmente, un adecuado nivel moral y material de los ciudadanos, correspondiente a la dignidad humana.

Palabras claves: Personas con discapacidad, Derecho al Trabajo, Autonomía, inclusión social, Derecho fundamental.

SUMMARY

The research work entitled “The Person with Disabilities and the Right to Work in the Political Constitution of Peru 1993”, is a qualitative study, descriptive level and deductive method, the design used is non-experimental, as there will be no manipulation of the variables; The exegetical method and the dogmatic method were also applied.

The study bases its results on a non-probabilistic and intentional sample, while those who met the inclusion and exclusion criteria determined were selected.

According to interviews conducted with Judges specialized in Constitutional Law, as well as officials and workers of SUNAFIL, it has been possible to determine certain shortcomings in the commitment of companies, towards people with disabilities.

Concluding that there is indeed a clear affectation, regarding the right to work of the person with disabilities, as the state in accordance with national regulations as well as binding international regulations, which stipulate the duty of the state to give the necessary guarantees so that people with disability can develop freely (maximum development of their personality); likewise, the state has the duty to promote its full and effective development and inclusion in political, economic, social, cultural and technological life; or at least it is what is intended to be established, still being something that has not been applied to reality, that is, we have a law, but it is not being applied. It should be borne in mind that development implies, above all, an adequate moral and material level of citizens, corresponding to human dignity.

Keywords: Disabled person, Right to Work, Autonomy, social inclusion, Fundamental right.

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política, ha sido considerada, tanto por el derecho como por la filosofía, como aquel documento donde se han expresado las voluntades generales, así como los valores y principios comunes de una sociedad, entendida de esta forma, viene a la expresión normativa del Contrato Social.

El contrato social políticamente determina el origen y el propósito que tiene el Estado, frente a la sociedad, es decir frente a sus conciudadanos; parte del contrato social es la defensa de los Derechos Humanos, los cuales sirven como pautas y principios direccionales de cada estado.

Asimismo, parte del contrato social, es el otorgamiento de derechos a cambio de pérdidas de libertades; por tanto, estamos ante derechos y deberes de cada ciudadano. Es de considerar que, es deber del estado, cumplir con las expectativas de los ciudadanos, en sus realizaciones personales, como lo es el tema de la educación. En este caso, se sabe que, en el Perú la educación es gratuita, entonces contar con Colegios Nacionales es de vital importancia, por lo que se tiene que adecuar a las necesidades de las personas, de la misma manera, sin embargo, se debe incidir en el tema de la educación de las personas con discapacidad, ya que no se les da la correcta atención y es por eso que, frente a ello, se puede hablar de una inclusión social de dichas personas para poder acceder a un empleo digno.

El derecho al trabajo, tal como lo establece el artículo 2, en su inciso 15 de nuestra Constitución Política, determina que el trabajo es un Derecho fundamental, que no discrimina condición alguna en ese sentido, estamos ante un Estado, que

teóricamente debiese dar un respeto irrestricto y cumplimiento de derechos a las personas con condiciones especiales, es decir a las personas con discapacidad.

Conforme al artículo N° 2 de nuestra Constitución, podemos catalogar al trabajo como un derecho fundamental, para lo cual el Estado, deberá de imponer las medidas suficientes para el cumplimiento efectivo de dicho derecho, sin discriminación alguna, sin importar condición o género, entre otras circunstancias que se puedan apremiar.

Asimismo, el artículo N° 22 de nuestra Constitución Política, señala que el trabajo es un deber y un derecho, por tanto, debemos tener presente lo que menciona este artículo, pues el acceso al trabajo no solo es un derecho, sino un deber en sí mismo, teniendo en cuenta que el trabajo es la base de bienestar social, así como de realización personal.

También el artículo N° 23, determina la protección prioritaria de la madre, menor de edad, y del discapacitado; debiendo el Estado, velar por las condiciones de trabajo, así como del acceso del mismo, de las personas mencionadas, al menos de una manera especial. Por tanto, estamos ante un deber del estado de garantizar el derecho al trabajo, de las personas con algún tipo de discapacidad, con la finalidad de que la vida que llevan no se vea afectada, con ningún tipo de discriminación.

El Perú, forma parte de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el cual es un tratado internacional en el que se reconocen los derechos de las personas con discapacidad, así como las obligaciones de los Estados Partes con el fin de promover, proteger y asegurar esos derechos; dentro

de este contexto y conforme a la problemática planteada, la Convención obligaría a que el país que la ratifique, proteja el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, prohibir la discriminación y garantizar la adaptación razonable de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo; así como de garantizar que la personas con discapacidad gocen de un nivel de vida adecuado y tengan derecho a la protección social.

La Ley N° 29973 “Ley general de la persona con discapacidad”, reglamentada por el Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP, fue emitida a fin de proteger y promover la inclusión de las personas con discapacidad a diversos ámbitos, tanto políticos, económicos, sociales, culturales y tecnológicos.

En ese sentido, buscando alcanzar la igualdad de condiciones, se incluyó la promoción de contratación de personas con discapacidad en el ámbito laboral, tanto en el sector público, como en el sector privado, creándose una cuota de empleo que debería ser cubierta en un 5% y 3% respectivamente. Emitiéndose, para dicho fin, la Resolución Ministerial N° 107-2015-TR que aprueba las “Normas complementarias para la aplicación y fiscalización del cumplimiento de la cuota de empleo para personas con discapacidad aplicable a los empleadores privados” y el Decreto Supremo N° 12-2013-TR que en su art. 48° contiene la cuantía y aplicación de las sanciones dividiéndolas en razón de: microempresa; pequeña empresa y No MYPE; con multas que van de leves a muy graves. Por lo que, le corresponde a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL y a los Gobiernos Regionales, la fiscalización en el ámbito privado y a la Autoridad Nacional del

Servicio Civil, en coordinación con el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS), en el sector público.

No obstante, si bien se cuenta con las herramientas e instrumentos para la aplicación de la normativa vigente, actualmente, vemos que los objetivos de esta ley, no se han cumplido a cabalidad por parte de los empleadores; lo cual se podría deber a diversos factores, tanto por la falta de información al momento de la publicación de la ley, desconocimiento del cálculo para el cumplimiento de la cuota de empleo o por prejuicios en general. Escenario que se incrementaría aún más en el sector público, dado que, se encuentra menos reglamentado en comparación con el sector privado.

Lo mencionado en párrafos anteriores, se puede ver reflejado en las cifras de la Autoridad Nacional del Servicio Civil que establecen: “El 77% de las personas con discapacidad, que están en edad de trabajar, no trabaja ni busca trabajo, reflejando una alta tasa de inactividad laboral que dificultaría el cumplimiento de la cuota de 5% en las entidades públicas”. (Autoridad Nacional del Servicio Civil, 2015)

Asimismo, la Autoridad Nacional del Servicio Civil, observó en el año 2012 (el año de publicación de la Ley N° 29973) que: “el 1.5% de servidores públicos, unas 21 mil personas, eran personas con discapacidad. Serían necesarias aproximadamente 49 mil personas con discapacidad adicionales para cumplir la cuota de contratación de 5% en el sector público”. (Autoridad Nacional del Servicio Civil, 2015).

Ante esta situación, el Estado debe tomar las acciones necesarias a fin de que la inclusión social no sea solo formal sino que, garantice la inclusión social real de las personas con discapacidad y así el sector público, el cual tendría en sí más responsabilidad ante la problemática que el sector privado, pueda cumplir con su deber de protección y su finalidad sustancial de servir a la persona humana en aras de que se alcance los más altos grados de desarrollo personal posible, debiéndose dar, especial atención a las personas con discapacidad, dado que se encuentran en situación de desventaja, siendo que se obstaculiza o se deja sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de sus derechos.

Debemos tener presente que, el propósito de la Ley N° 29973 es promover, proteger y concretizar las condiciones de igualdad, de los derechos de la persona con discapacidad, a fin de promover su desarrollo e inclusión plena y efectiva en la vida política, económica, social, cultural y tecnológica; o al menos es lo que se pretende establecer, siendo aún algo que no se viene aplicando a la realidad, es decir contamos con una ley, pero la misma no viene siendo aplicada.

Akiko Ito, jefa de la Secretaría de la ONU, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, refiere que: “De hecho, es una buena economía garantizar que las personas con discapacidad puedan vivir a la altura de su potencial (...) cuando no existen obstáculos en su camino, las personas con discapacidad son empleados, empresarios, consumidores y contribuyentes, al igual que todos los demás”.

Todo lo manifestado, debería estar ceñido con el artículo 1 de nuestra Constitución, el cual establece que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Este artículo, constituye la piedra angular de los derechos fundamentales, así como el soporte estructural de todo el sistema constitucional, y, en consecuencia, de todo el sistema normativo.

En ese sentido, debemos de precisar, si se viene dando un respeto efectivo al derecho fundamental al trabajo de las personas con discapacidad, si bien se emitió la norma para que pueda haber un porcentaje de trabajadores con alguna discapacidad dentro del ámbito privado o público, consideramos que esta no se viene aplicando de manera eficaz y válida, pues las empresas no vienen contratando este porcentaje, prefiriendo optar por el pago de multas. Adicional a ello, es que las personas con discapacidad, prefieren someterse a trabajos informales que le puedan generar mayores ingresos, pero solo para el presente, sin pronosticar gastos futuros, como sí lo haría en un trabajo formal.

Conforme a lo expuesto, es posible hacernos la siguiente pregunta ¿De qué manera se sustenta el derecho al trabajo en la Constitución Política del Perú de 1993, de la persona con discapacidad?

Frente a la situación expuesta, es pertinente conocer qué es lo que ha establecido la doctrina al respecto. Su justificación radica en que, si bien se dice que el trabajo dignifica a la persona humana, a razón de que la persona por medio de este, se siente capaz, útil, necesaria, autosuficiente, siente que pertenece a una sociedad, a la cual aporta, como sujeto económicamente activo, es un modo de realización

personal; aunado a ello debemos de tener en cuenta que toda persona es igual ante la ley, de igual manera no debe de haber discriminación alguna. Por tanto, todas las personas deben de tener las mismas oportunidades al momento de poder encontrar un trabajo, aunque es claro que las personas discapacitadas tengan menos oportunidades en el mercado laboral, donde quizá no haya una discriminación, pero si una clara diferenciación.

En la actualidad, el mercado laboral nacional, tanto público como privado, está regido bajo cierta normativa, que no solo avala los derechos laborales, sino que también asimila la participación de las personas con discapacidad, y pese a que la norma se encuentra establecida, la participación de las personas con discapacidad en el mercado laboral no es cumplida, o no tiene mayor incidencia, sea por la informalidad o porque las empresas prefieren pagar las multas por el incumplimiento de la cuota de trabajadores, estipulada por la Resolución Ministerial N° 107-2015-TR y Decreto Supremo N° 12-2013-TR.

El presente proyecto, se justifica de manera que el Perú, forma parte de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en donde se establece que las personas con discapacidad, tienen derecho a que puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, asimismo, establece que los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás personas a acceder a un lugar de trabajo; así como tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laboral que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las

personas con discapacidad; y que si bien es cierto, lo mencionado está establecido por la Convención mencionada, debemos analizar de qué manera esto se viene cumpliendo en la realidad jurídica de nuestro país, y de existir la normatividad, que viene sucediendo para que se sigan afectando los derechos laborales de las personas con discapacidad.

Respecto de la metodología, debemos tener en claro que el tipo de investigación que se aplicó, fue el cualitativo. El nivel o alcance de la investigación, fue el descriptivo, y el método de investigación es el deductivo. El diseño que se utilizó fue el no experimental; asimismo, se aplicó el método exegético y el método dogmático.

Sucintamente se puede decir que, la presente investigación fue dividida en capítulos, tales como “Marco Teórico”, en donde se hace un desarrollo teórico doctrinario de los temas y puntos de mayor interés para nuestra investigación. También, encontramos un capítulo denominado como “Hipótesis”, las cuales son determinadas como las posibles respuestas a la problemática planteada, y que estarán debidamente justificadas. El tercer capítulo, se encuentra bajo el nombre de “Metodología”, en donde se hace mención al diseño de investigación, así como el tipo muestral, la técnica de recolección de datos y aspecto ético de la investigación.

El capítulo cuarto, denominado como resultados, es a nuestra consideración el capítulo más importante de nuestra investigación, en donde se realiza la validación de las hipótesis planteadas, conjugadas con la teoría analizada.

El capítulo quinto, denominado como discusión, parte del análisis y comparación entre los resultados obtenidos con las bases teóricas desarrolladas. Finaliza la investigación, con las conclusiones y recomendaciones propias de un estudio.

CAPÍTULO I:

MARCO TEÓRICO

1.1. Antecedentes de la investigación

a. Antecedentes bibliográficos

Se ha realizado una búsqueda en los principales repositorios físicos y virtuales de las diferentes universidades a nivel nacional, tales como Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Universidad Nacional Federico Villarreal, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima, entre otras, en donde si bien es cierto, no se pudieron encontrar trabajos de investigación idénticos al que vengo planteando, se pudieron encontrar trabajos similares, que en cierta medida coadyuvaran a un desarrollo adecuado de la investigación; por tanto, procederé a mencionar los siguientes:

Del Aguila Umeres (2011), quien presentó la tesis titulada “Análisis y Evaluación del Plan de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad Aportes de la Gerencia Social para mejorar las políticas de discapacidad en el Perú” tesis para obtener el grado de Magister Gerencia Social, trabajo presentado ante la Pontificia Universidad Católica de Perú– Escuela de Posgrado; el cual llegó a la conclusión que, el proceso de diseño, implementación, monitoreo y evaluación del Plan de Igualdad de Oportunidades, es débil y defectuoso, ello se basa en el trabajo de la Comisión Multisectorial encargada de la implementación del plan antes mencionada, sumado a ello las debilidades técnicas e institucionales del CONADIS, además de la falta de conocimientos, prejuicios y falta de voluntad política de los tomadores de decisión de los diferentes sectores del Estado. Esto se traduce en

discriminación y carencia de compromisos presupuestales para ejecutar las actividades identificadas en el Plan de igualdad de oportunidades, finalmente se debe tener en cuenta a la escasa participación y compromiso de las propias personas con discapacidad y sus organizaciones, en este proceso de diseño, implementación y monitoreo de las políticas públicas sobre discapacidad.

Cortez Segura (2015), quien realizó la tesis: “Análisis de las principales medidas implementadas por el Estado peruano para promover el acceso al empleo de las personas con discapacidad”; presentado ante la Pontificia Universidad Católica del Perú – Escuela de Posgrado, con la finalidad de optar el grado de Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, arribando a la siguiente conclusión, En 1999 el Gobierno promulgó la Ley N° 27050, Ley General de la Persona con Discapacidad, la cual pretendió abordar integralmente el tema de la discapacidad. Siendo que bajo su vigencia se aprobó el primer Plan de Igualdad de Oportunidades 2003-2007, la cual representó un esfuerzo por contar con una política pública que brinde pautas generales que orienten las acciones del estado para promover y asegurar la igualdad de oportunidades hacia las personas con discapacidad, especialmente hacia aquellas en situación de pobreza. Sin perjuicio de sus magros resultados, lo más saltante del Plan de Igualdad de Oportunidades 2003-2007 fue reconocer la necesidad de adoptar una definición de “discapacidad” que supere la visión de la discapacidad como un problema médico individual, para dar paso a una definición que considere a la discapacidad como una situación esencialmente social, que surge cuando una persona con una deficiencia física, mental o sensorial interactúa con su entorno y se topa con barreras que la limitan o le impiden ejercer

sus derechos y libertades. Finalmente, el Estado peruano, de alguna forma promovió el acceso al empleo de las personas con discapacidad, que buscan la ejecución de programas de empleo temporal y mejora de la empleabilidad, la implementación de un servicio de empleo y acciones de fiscalización.

Velarde Talleri (2015) quien presento la tesis titulada, “La inclusión de personas con discapacidades sensoriales y físicas en el mercado laboral: El caso de Lima-Perú”, ante la Universidad Politécnica de Catalunya – y – Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, con la finalidad de optar el grado académico de Doctor en Administración y Dirección de Empresas, llegando a la conclusión, de que, las principales empresas de Lima metropolitana solamente tienen un 0.084% de personas con discapacidad, trabajando en sus planillas; casi 35 veces menos de lo que manda la ley, asimismo dejó al descubierto la poca información y buenas prácticas que tienen los empleadores en Lima Metropolitana, que a pesar que indican que estarían de acuerdo con contratar PCD y que disponen de un determinado número de puestos de trabajo que ha previsto para este grupo

b. Antecedentes Históricos

b.1. El trabajo y las personas con discapacidad

Respecto a la discapacidad, las tasas habituales de desempleo en este grupo de personas suelen ser más altos que las de la población en general al margen de las posibles tareas y del nivel de discapacidad, sin duda alguna por el estigma social asociado a sus limitaciones. (Moreno & Rodriguez, 2017).

Esta problemática, viene prevaleciendo desde los albores de la sociedad humana, puesto que, genera mucha discusión si aquellas personas con ciertas discapacidades podrán ejercer en su totalidad alguna labor encomendada, ya que esto genera que las personas con discapacidad sean vistas con lástima dentro de su entorno, al no poder ejecutar con total cabalidad sus quehaceres, sin embargo los empleadores pueden y deben generar métodos, y formas de la inserción al régimen laboral común a fin de garantizar su no discriminación por sus carencias ya sean físicas o mentales y el goce de un sistema de oportunidades igualitario y de trato.

Dado la precariedad de estos métodos, existen grandes índices de discriminación laboral por discapacidad, ya que estas personas son asignadas con labores simples y sencillas de baja categoría que no requieren mucho esfuerzo y como consecuencia una retribución económica baja, en donde las empresas lo consideran como un “Justiprecio”.

Debemos tener en cuenta el proceso histórico de evolución de la Discapacidad en las personas, por ello según Hernández, Elsa manifiesta que:

...En las épocas históricas la naturaleza impuso siempre su ley, sin embargo “se han encontrado huesos con señales de intervenciones quirúrgicas que indican la preocupación del hombre primitivo para solucionar las alteraciones físicas”. En los primeros tiempos de la historia, la fuerza física era decisiva para la supervivencia, por lo cual los niños que presentaban una deficiencia

se dejaban morir y los adultos con limitaciones eran excluidos de los grupos.
(Hernandez, 1999).

En la época antigua, no existía la palabra “Discriminación”, pero se evidencia el alejamiento ante estas personas con diferentes discapacidades, eran considerados como “No Humanos” y fueron duramente rechazados.

También, debemos tener en cuenta que a través de la historia han existido personas con malformaciones y/o problemas mentales, que en los últimos siglos lo han catalogado como “Discapacidad”, por ello es necesario entender el auge de ello, en tal sentido podemos decir que actualmente es configurado como un problema político-social, dado que quebranta la subsistencia, igualdad y legalidad.

Según Pérez Marranzini indica que:

“En las tribus de los indios Salvias de América del Sur, se daba muerte a las personas con limitación física, por considerarlos marcados por un “Espíritu Maligno”, costumbre que aún persiste en algunas tribus del litoral Pacífico Latinoamericano”.
(Pèrez Marranzini, 1998).

Estas costumbres solían ser muy radicales, pero con el tiempo dicha costumbre evolucionó al convertirse en una ley propia de ciertas tribus, teniendo una aplicación imperante dentro de sus territorios.

Edad Media

Durante la Edad Media, la deformidad física era considerada un castigo de Dios, la sociedad no tenía sentido de responsabilidad con las personas con discapacidad.

Durante este período, no hubo progresos en el mejoramiento y bienestar de esta población, por el contrario, se llegó incluso a su persecución. En el campo científico, en cuanto a la cirugía ortopédica, se vio estancado debido a la inclinación de la cultura romana y a la influencia de la cultura árabe que, por preceptos del Corán, prohibía las mutilaciones o muerte de animales vivos, lo cual restringió los estudios de anatomía y de técnicas quirúrgicas. (Barros, 1999).

En dicha época y en la actualidad, la ley divina, “Ley de Dios” era y es considerada como Supraterrenal, pero su interpretación era netamente costumbrista, donde también vulneraban los preceptos del Corán, siendo su principal pilar:” La Declaración de Fe”; dado que era aquí donde el devoto debía pronunciar su fe, sin embargo, la respuesta del todo Poderoso sería la protección y Bienestar de su familia; es por ello que era considerado una aberración, un castigo de Dios.

Época del Renacimiento

Entre los mediados del siglo XIV hasta el siglo XVI, se reconoció la problemática sobre el fracaso económico laboral tal como lo refiere Checkland, manifestando:

...con la llegada del Renacimiento se dieron cambios notables en la actitud hacia las personas con discapacidad. Se reconoció que la sociedad tenía responsabilidad ante esta población. En Inglaterra, se les incluye en la Ley de los pobres, siendo este el primer estatuto que, en Europa, hace referencia a las personas con discapacidad y su cuidado. En España Isabel La Católica, creó el primer hospital donde se facilitaba a los soldados, prótesis y aparatos ortopédicos y se les reconocía el pago de su salario. La burguesía

mercantilista, apartó de las calles a las personas con discapacidad y se crearon instituciones para atender niños ciegos, sordos y con retardo mental. (Checkland, 1974, pág. 180).

En Gran Bretaña, entre los 1600 y los 1838 la creación de normativas fue basada en la protección y asistencia a los pobres y discapacitados a fin de generar y dar a conocer al pueblo que están en total desventaja laboral frente a la crisis económica siendo su principal benefactor el propio estado, al cual para poder ser acreedores de dichas “ayudas” solo debían elegirlos y consecuentemente a ello renunciar a cualquier derecho civil o laboral que este genere.

SIGLO XVIII

El siglo XVIII marcó un gran cambio actitudinal, el cual se dio gracias a la influencia de grandes pensadores como Locke, Voltaire, Rosseau, etc. quienes llevaron a la sociedad a examinar la vida y el mundo con base en la experiencia humana.

Como resultado de la revolución Industrial, las personas con discapacidad empezaron a ser vistas como una responsabilidad pública. Ya no se las concebía como diferentes. Se arraigó el concepto de igualdad y se empezó a creer en la posibilidad de que pudieran llevar una vida normal en tanto se les proporcionaran los medios adecuados para ello. (Oneca Agurruza, 2004).

La sociedad, empieza a asumir una mayor responsabilidad frente a esta situación, y va adquiriendo más conciencia sobre el problema social que representan las personas con discapacidad para desempeñarse en cualquier ámbito.

SIGLO XIX

Álvarez señala que:

En el siglo XIX, se inicia el estudio de las causas de la discapacidad. Sin embargo, prevalece en la sociedad la idea de que los hijos con limitaciones representan los pecados de la familia, por lo cual el aislamiento y la reclusión son considerados la mejor curación. El médico francés Esquirol, habló de la deficiencia mental como una situación caracterizada por el desarrollo defectuoso de las facultades intelectuales. Es por esta época, con sus grandes avances en el campo de la medicina cuando las personas con discapacidad empiezan a situarse en una mejor posición, aunque se da un enfoque asistencial y de institucionalización. (Álvarez, 2012, pág. 2).

Es claro que, la ideología de una discapacidad aún era propia referencia Teológica y que estas personas eran consideradas como un peligro para la familia y la sociedad, sin embargo, con avances de la ciencia se determinó que estos problemas eran psicomotrices dando un enfoque especial de educación y reeducación.

SIGLO XX

En muchos momentos de la historia, la actitud de las personas con discapacidad, etiquetadas como minusválidos, impedidos, inválidos, etc. ha sido de total sometimiento y dependencia, siempre han desempeñado el papel y ocupado el sitio que la sociedad les ha asignado. Han sido objeto de rechazo y muerte por considerárseles expresión del mal, este rechazo con el tiempo ha cambiado por

sobreprotección, convirtiéndose en objetos de caridad, más tarde en objetos de asistencia, para irse transformando poco a poco en objetos de estudio psicomédico-pedagógico, al ser considerados como sujeto-problema, sin embargo, en esta época se tenía las siguientes consideraciones:

Los presupuestos en los que se basa este nuevo paradigma son dos, uno relacionado con las causas de la discapacidad, y el otro con el rol de la persona en la sociedad: en primer término, las causas de la discapacidad ya no son religiosas sino científicas y, en segundo lugar, las personas con discapacidad dejan de ser consideradas inútiles respecto de las necesidades de la comunidad y, siempre que sean rehabilitadas, pueden tener algo que aportar. (PALACIOS VEASE, 2008, p. 66)

Aun, en el siglo XX, se observa una discriminación de las personas con discapacidad, si bien es cierto se tuvo iniciativas para el apoyo y sustento Funcional de estas personas, su exclusión en los diferentes ámbitos permaneció hasta la época, si bien es cierto se intenta erradicar teniendo como nuevo método en los inicios de El Modelo Médico Rehabilitador, aún se evidencia que persistía en sus mayores rasgos la discriminación por discapacidad.

EDAD CONTEMPORANEA.

En la edad contemporánea, surge lo que se entiende como Rehabilitación Profesional, se inició con gran énfasis en el mundo occidental a partir del 1914, cuando los países europeos y más tarde los Estados Unidos, vieron regresar del frente a numerosos jóvenes integrantes de sus ejércitos, con secuelas físicas y

mentales adquiridas en los enfrentamientos bélicos. En 1919, se firmó el Tratado de Paz de Versalles y se creó la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), entidad que ha tenido un papel decisivo en la promulgación de leyes y normas gubernamentales que buscan proteger los derechos de las personas con discapacidad, en promoción y desarrollo de programas de Rehabilitación Profesional en el mundo.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, un número no inferior a doce países concentraron sus esfuerzos médicos y científicos en la curación y reintegro de las personas con limitaciones lo que facilitó aún más el desarrollo formal de la Rehabilitación. *“A su vez la O.I.T. desde su creación, en todos sus documentos internacionales, promulgó disposiciones referentes a las personas con limitaciones. Estas disposiciones dispersas son las que finalmente en 1955, en la Conferencia Internacional del Trabajo, dieron pie a la Recomendación No. 99, sobre la Rehabilitación y el Empleo de los Inválidos”.* (CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 1955).

Esto plantea, en su esencia la necesidad de poner a disposición de las personas con discapacidad medios de adaptación y readaptación profesional independientemente de su origen, naturaleza y edad siempre y cuando puedan ser preparados para ejercer un empleo adecuado y tengan perspectivas razonables de obtener y conservar tal empleo.

1.2. Bases teóricas

1.2.1. Contrato Social (Pacto Social)

1.2.1.1. El Contrato Social y la Constitución Peruana

El contrato social, visto desde un ámbito político, es entre otras cosas, el origen del Estado, así como de su propósito “los Derechos Humanos”, es decir los individuos de una sociedad determinada, reúnen y determinan/constituyen las cláusulas de un contrato social, en donde se plantearán los deberes y derechos de los mencionados, y dentro de estas cláusulas se dará paso a la creación de un Estado.

El mayor artífice y considerado como precursor del tema, fue el filósofo Jean Jacques Rousseau, quien tenía la idea de que, para vivir en sociedad, las personas acuerdan un contrato social implícito, dicho acuerdo otorga una serie de derechos a cambio de abandonar la libertad originaria, propia del estado de naturaleza

Según la Constitución Política, de nuestro país, el Estado es democrático, social, independiente y soberano; uno e indivisible; con un gobierno unitario, representativo y descentralizado; que se organiza por medio de la separación de poderes.

El artículo N° 44 de la Constitución Política, señala que el Estado tiene el deber de velar y garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación; dentro de este contexto y conforme al articulado mencionado, debemos tener en cuenta, que la Constitución otorga un deber especial al estado, el de garantizar los derechos humanos y fundamentales, promoviendo el bienestar general, respecto de

este último punto, debemos tener en cuenta, los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, que hasta cierto punto han sido olvidadas, pensé que el Contrato social las tuvo en cuenta, y determino al Estado un deber, que poco a cumplido, sin embargo no es único articulado que los tiene en cuenta, si bien los tuvo en cuenta de manera genérica, también encontramos el artículo N° 7 de la Constitución Política, en donde se establece:

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. (Constitución Política del Perú, 1993)

Con ello vemos que las personas con discapacidad, por su status, tienen un trato especial, por sus propias circunstancias; que, si la relacionamos con el trabajo, y sus posibilidades de poder encontrar uno, disminuyen, de tal forma que el Estado tiene que entrar a tallar con la creación de diferentes normas, como por ejemplo la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, con la finalidad de establecer las condiciones para la promoción, protección y realización, en condiciones de igualdad, de los derechos de las personas con discapacidad.

1.2.1.2. El Estado

Según Rafael Calduch Cervera, podemos definir al Estado como: "(...) toda comunidad humana establecida sobre un territorio y con capacidad para desarrollar

sus funciones políticas y económicas, mediante la generación y organización de relaciones simultáneas de poder y de solidaridad que institucionaliza en su interior y proyecta hacia el exterior”. (Calduch Cervera, 1991, pág. 6).

Según Mario Andrés Ospina Ramírez, refiere que “(...) el Estado de derecho es aquel modelo de organización política que reconoce los derechos en documentos de carácter público y que además establece reglas de procedimiento para controlar la actuación de todas las instancias del Poder” (Ospina Ramírez, 2018, pág. 38).

De esta forma, Francisco Vite- Talledo, manifiesta que:

En lo que concierne al Estado y en estricto al poder político se debe subrayar que su finalidad consustancial es la de servir a la persona humana a fin de que ésta alcance los más altos grados de perfección posibles, por ello se dice que los derechos constitucionales o fundamentales son el principio que fundamenta y legitima al Estado, a un nivel tal que le obliga a desarrollar una labor prestacional que irradia la promoción y el favorecimiento en la vigencia de dichos derechos. (Vite- Talledo, 2014, pág. 18)

Asimismo, Magdiel Gonzáles Ojeda, refiere que:

El Estado no puede ser sólo un orden jurídico, tiene que ser también un orden social y económico, una institución que garantice el libre desarrollo de todos y cada uno de los seres humanos en una sociedad, fundamentado en el respeto de los Derechos Fundamentales, puesto que su desarrollo supone, principalmente, un adecuado nivel moral y material de sus ciudadanos, correspondiente a la dignidad humana. (Gonzáles Ojeda, 2004)

En ese sentido, Mario Ospina señala que:

El Estado social del Derecho- surge- como el principal promotor de las aspiraciones sociales y como catalizador de las necesidades específicas de la población (...) en tanto que a través de la misma se procura corregir las desigualdades y los desequilibrios que se crean en la colectividad, para así evitar que dicha alteración en las estructuras sociales redunde en detrimento de las propias libertades individuales. (Ospina Ramírez, 2018, pág. 39)

Por su parte, Daniel Elgueta manifiesta lo siguiente:

El Estado social y democrático de Derecho define un rol activo del Estado en la economía y en la sociedad civil, con la finalidad de satisfacer las necesidades colectivas básicas, como trabajo, seguridad social, vivienda y salud. En este sentido, dentro de un Estado social y democrático de Derecho, el Estado no se limita a reconocer y otorgar derechos a los ciudadanos, sino que establece mecanismos para garantizar los derechos de los ciudadanos, asumiendo en muchos casos el costo que implica hacerse cargo del derecho de un ciudadano. (Elgueta, 2009, pág. 106).

A lo largo de la historia, se ha tenido varias definiciones sobre Estado y pues resulta difícil llegar una definición exacta y precisa; sin embargo, a propio criterio se puede inferir que el estado es la agrupación humana establecida en un territorio determinado en el que predomina el orden social, político, jurídico y económico con la finalidad de satisfacer necesidades colectivas.

1.2.1.3. Deber de protección

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹, se dispuso en su Artículo 2° numeral 1 que:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. (Pacto Internacional de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 1966).

En la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad², se dispuso en su Artículo 4° numeral 2 que:

Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional. (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad , 2006).

¹ Ratificado por Perú en el año 1978

² El Perú firmó la Convención y su Protocolo el 30 de marzo del 2007 y la ratificó el 30 de enero del 2008, ambos documentos entraron en vigor el 3 de mayo de 2008.

El deber del estado es proteger y salvaguardar los derechos de las personas, tal y como lo refiere el Dr. Pedro Salazar:

...la obligación de proteger impone al Estado el deber de asegurar que las personas no sufran violaciones de sus derechos, cometidas por las autoridades o por parte de algún particular. (Salazar Ugarte, 2014).

En ese sentido, cuando nos hacemos la pregunta: ¿Cuáles son las obligaciones de los Estados respecto de los derechos económicos, sociales y culturales? Observamos que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas ha señalado que:

Si bien, los Estados pueden dar efectividad de manera progresiva a los derechos económicos, sociales y culturales, también han de adoptar medidas de inmediato, independientemente de los recursos de que dispongan, en cinco esferas: eliminación de la discriminación; derechos económicos, sociales y culturales no sujetos al logro progresivo de la efectividad; obligación de “adoptar medidas”; prohibición de medidas regresivas; y obligaciones mínimas esenciales. (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos , 2009, pág. 19)

De esta forma, respecto a los derechos económicos, sociales y culturales se han generado obligaciones al Estado, dado que:

(...) si bien su plena efectividad puede lograrse progresivamente (...) tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas a objetivos que sean lo más claro posibles, utilizando todos los medios apropiados,

particularmente, aunque no de manera exclusiva, la adopción de medidas legislativas (...) medidas que los Estados deben adoptar con miras al logro progresivo de la efectividad- siendo algunas de ellas: Aprobar las leyes y políticas necesarias y asignar fondos suficientes para poner en práctica los planes y estrategias; Supervisar y evaluar periódicamente los progresos realizados en la ejecución de los planes y estrategias. Asimismo, establecer mecanismos para que los particulares puedan formular quejas cuando el Estado no cumpla sus obligaciones. (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos , 2009, pág. 20 y 21)

Asimismo, Mario Andrés Ospina Ramírez, señala que:

Los derechos económicos y sociales son expresión de la dimensión material de la igualdad, al tiempo que se constituyen en prerrogativas indispensables para el logro de esta. Dicha dimensión de la igualdad conlleva brindar un trato diferenciado a las personas que se encuentran en posición de desventaja para así garantizar el disfrute generalizado de los derechos en condiciones de dignidad. (Ospina Ramírez, 2018, pág. 41)

1.2.1.4. La Constitución como el Pacto Social en defensa de los Derechos Laborales de las personas con discapacidad

Las Constituciones Políticas, son considerados, tanto por el derecho como por la filosofía, como aquel texto fundamental el cual se expresa la voluntad general, los valores y principios de una sociedad, que son elevados como la suprema norma

jurídica, en donde se establecen los derechos y deberes que quienes componen el estado, así como la manera de limitación del ejercicio de poder.

En ese sentido, es posible afirmar que la Constitución Política es una manera de expresar normativamente el contrato social, estableciéndose una serie de derechos y deberes, que han de regir a una comunidad determinada.

La Constitución, como expresión jurídica, constituiría esa voluntad y valores que adquieren las normas fundamentales, a fin de regular el comportamiento de una comunidad y de las personas que la constituyen; asimismo establece las formas de cómo se debe de ejercer el poder sin vulnerar los derechos y garantías fundamentales de cada uno de las personas que componen un Estado; dicho de otra manera, busca limitar el ejercicio de poder.

Ahora, enfocándonos en la Constitución, y su relación con los derechos laborales de las personas con discapacidad, es necesario mencionar, respecto a los Derechos Fundamentales de la Persona, señala en su Artículo 1° que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Asimismo, el artículo N° 2.2 “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”, a su par la Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley N° 29973), N° artículo 8.1 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 personas. (Constitución Política del Perú, 1993)

Frente a esa situación, el Tribunal Constitucional por medio de la Sentencia N° 0537-2006-AA en el Fundamento jurídico 11; ha manifestado que: “Los poderes públicos, en general, tienen un deber especial de protección de los derechos fundamentales de la persona. Tal deber de protección exige la actuación positiva de aquellos”. (Expediente N° 0537-2006-AA).

Al respecto, Ferrajoli ha señalado que:

Las características de estos derechos fundamentales, siendo estos universales, vale decir, consustancial a todos los sujetos por su sola condición, atribuible a todos por igual; inalienables, es decir, indisponibilidad, porque no podría ser disponibles ni por el mismo trabajador ni por el empleador, y se encuentran recogidos en normas generales y abstractas.

El artículo 23° de la Constitución política del Perú de 1993 señala: “...ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador... (Constitución Política del Perú, 1993)

Al respecto, hemos encontrado el Expediente N° 1124-2001-AA/TC:

En la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional, se proyecta en sentido

tuitivo hacia el trabajador. (...) Es por esto que la Constitución precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o disminuir la dignidad del trabajador. (Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú , 11)

El artículo N° 26, de la Constitución Política, señala que: “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación...” (Constitución Política del Perú, 1993)

Asimismo, debemos de tener en cuenta a la Cuarta Disposición Final Transitoria de nuestra Constitución Política, en donde se señala que todas aquellas normas relativas a los derechos a las libertades que la Constitución reconoce, serán interpretadas de acuerdo a los tratados y acuerdos internacionales, sobre las mismas materias ratificadas por nuestro país. Generándose así el bloque de constitucionalidad.

Finalmente, debemos de tener claro que el Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, debe de servir como parámetro de interpretación de los artículos constitucionales antes mencionado, relativos a la discriminación en materia laboral, la misma que se determina bajo cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

1.2.2. Personas con Discapacidad

1.2.2.1. La persona con discapacidad y la Constitución

El modelo social, que ha adoptado nuestro país, propugna la defensa de los derechos fundamentales de las personas, los mismos que ya han sido reconocidos, y por tanto se otorgó la facultad de exigir su cumplimiento, y las personas con discapacidad no son ajenas a ello, y sobre todo dentro de un Estado democrático de derecho, sin embargo pese a que la Constitución lo pueda determinar, y a ello que existan tratador internacionales, buscar la inclusividad de las personas con discapacidad, aun es distante.

Nuestra Constitución, si bien tiene una serie de principios y derechos que conlleven a la protección de la persona, y dentro del término de persona, se incluye a las personas con discapacidad, no ha tenido mucho éxito en la realidad, pues somos conscientes, que las personas con discapacidad, son un sector que aún sufre una especie de discriminación.

En el artículo N° 2.2 de la Constitución Política, se ha determinado de manera constitucional que nadie debe de ser discriminado o por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. Si bien, no se considerado directamente a las personas con discapacidad, ello no inhibe su inclusión innominada, pues las premisas establecidas, tienen un carácter orientador; a ello debemos tener en cuenta, que se establece la premisa “de cualquier índole”, incluyéndose aquí a las personas con algún tipo de discapacidad; esta ultimas como aquel sector de la población que merece un tipo de protección especial de parte del Estado; sin embargo somos de la idea que la

Constitución debe de incluir de manera explícita, la prohibición de cualquier tipo de discriminación contra las personas con discapacidad; permitiéndose así, una tutela jurisdiccional realmente efectiva.

Respecto de la igualdad constitucional, debemos tener en cuenta, que el Estado, no solo tiene el deber evitar los tratos desiguales e irrazonables, sino que también tiene el deber de buscar abolir aquella exclusión, que de manera histórica y sistemáticamente ha segregado ciertos sectores sociales, tales como el de las personas con discapacidad, buscándose así, su inclusión. La igualdad, es vista como doble condición, como principio y como derecho, la primera como un componente axiológico de fundamento para nuestro ordenamiento jurídico constitucional, la segunda, que es como derecho fundamental, reconocida como un derecho subjetivo propio de la persona natural, basada en el derecho a no ser discriminado, por las razones ya expuestas.

El Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, ha señalado que:

La igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2º de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: “(...) 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 cualquiera otra índole”. Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás,

sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación.

Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación...

(Caso: Walter Manuel Viavaca Gamboa , 2011)

De la misma forma el Tribunal Constitucional, ha señalado que:

...la noción de igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero, se constituye como un principio rector de la organización y actuación del Estado Social y Democrático de Derecho. En el segundo, se erige como un derecho fundamental de la persona.

Como principio implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica que, como tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. Como derecho fundamental comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de la persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en hechos, situaciones o acontecimiento coincidentes; por ende, deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias. (Caso Manuel Sales Urrutia , 2009, pág. 3)

La persona con discapacidad, también han sido objeto de normativa internacional, tal como la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, y su

impacto en el Perú. El acceso a diferentes tratados internacionales, y sobre todo de Derechos Humanos, que permitido que los operadores jurídicos, tengan, como lo mencionaba Landa Arroyo, en un “jardín de derechos” (2016, pág. 15). La llegada e internalización de los Tratados Internacionales, sobre Derechos humanos, son de aplicación directa para el Estado, sujetándose así a la supremacía de estos tratados, debido a que se regula materia constitucional.

La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que entró en vigor el 3 de mayo del 2008; está compuesta por un preámbulo y 50 artículos que consagran distintos derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad.

Rafael de Asís, señala que:

...resulta necesario el reconocimiento de algunos derechos de los individuos pertenecientes a los grupos sociales que están en situaciones de indefensión, en ese sentido, es posible referirse a cuatro nuevos derechos: derecho a la accesibilidad universal, derecho a una igual capacidad jurídica, derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en comunidad y el derecho al uso de lengua de señas. (2013, pág. 45)

El Artículo N° 9, de la Convención de la Persona con Discapacidad, que trata sobre la accesibilidad, se refiere a que se deben adoptar las medidas necesarias, para que las personas con discapacidad, puedan vivir de forma independiente, y participar plenamente de los aspecto de la vida, todo ello con la finalidad de que puedan ejercer un tipo de igualdad de condiciones con los demás, ello se relaciona

con el entorno físico o, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso.

Ahora bien, relacionado a nuestro tema de investigación, tenemos el artículo N° 27, sobre Trabajo y Empleo, de la ya mencionada Convención, en donde los Estados reconocen el derecho al trabajo de la persona con discapacidad, con igualdad de condiciones frente a los demás, a ello se debe sumar el derecho a la oportunidad de ganarse la vida, mediante un trabajo elegido libremente, dentro de un mercado y entorno laboral abierto, inclusivo y accesible; para ello se prohíbe la discriminación por motivos de discapacidad, asimismo se debe buscar proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables; asegurándose así que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales. Asimismo, el Estado, tiene el deber de otorgar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo, el fomento de empleo será tanto a nivel público como nivel privado.

Finalmente, el Estado, se asegurará que las personas con discapacidad no sean sometidas a esclavitud ni servidumbre y que estén protegidas, en igualdad de condiciones con las demás, contra el trabajo forzoso u obligatorio.

1.2.2.2. Personas con Discapacidad

Debemos de tener en cuenta que, una discapacidad es una condición otorgada a una persona para que sea considerada como persona con dicha condición, ésta puede tratarse de una discapacidad física o mental, o de cualquier otro tipo, que puede tener su origen en una enfermedad mental o por una enfermedad que tenga características crónicas, o que también haya podido ser originada por algún tipo de agente externo, es decir accidental.

En ese sentido, podemos decir que una persona con discapacidad, es aquella persona que tiene cualquier tipo de restricción o impedimento, en su capacidad de realizar una cosa determinada, como cualquier otra persona, el tipo de restricción o impedimento, puede ser de manera temporal o permanente.

Dentro de este contexto y en aras de un respeto irrestricto de los derechos humanos, y derechos fundamentales, y con la finalidad de concretar en una sociedad justa, y en paz, aunque ello sea un reto para nosotros, es necesario otorgar un respeto a todas las personas, ni muchos menos cometer actos discriminatorios, éstos son entendidos como una forma de actuar de las personas que tienen un trato desfavorable o de desprecio hacia otras a causa de circunstancias específicas.

El Tribunal Constitucional, ha determinado que:

La defensa de la persona con discapacidad y el respeto de su dignidad deberían ser también el fin supremo de la sociedad y del Estado. Este es uno

de esos casos que no solo refleja el drama humano que padecen aquellas personas con una enfermedad mental, sino la enorme responsabilidad o irresponsabilidad de quienes se encargan de su cuidado y protección, ya sean los padres, familiares, terceros e incluso el Estado (administración, fiscales y jueces). (Caso Juan José G. Dóminguez, 2019, pág. 35)

Miguel Navas, señala que:

La discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras de vida a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás (convención de la Organización de las Naciones Unidas, 2006). El dinamismo social nos ha llevado al desarrollo de políticas públicas en materia de discapacidad, como consta en el documento. (Nava Xochitiotzi, 2019)

Debemos tener en claro, que la discapacidad, no es un concepto nuevo, pero si uno preciso, en comparación con los determinados en el pasado, en donde no había un respeto irrestricto de los derechos de las personas, teniendo en cuenta que se basaban en el derecho natural.

Por ende, consideramos necesario mencionar a la periodista Irene Gil, quien refiere que:

El concepto de discapacidad ha experimentado una extraordinaria evolución a lo largo de nuestra historia. Remontándonos muy atrás en el tiempo, en las

culturas antiguas se asociaba a intervenciones de poderes sobrehumanos o castigos divinos, siendo una condición que generaba rechazo y aislamiento. Por fortuna, esta concepción fue cambiando paulatinamente. En el siglo XV la discapacidad se seculariza y aparecen las primeras instituciones denominadas manicomiales, como su propio nombre indica, desde un punto de vista discriminatorio, segregador y estigmatizante

Asimismo, la Organización Mundial de la Salud, indica que:

Discapacidad es un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales. Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive. (Organización Mundial de la Salud, 2019)

Es preciso mencionar que, no hay un solo concepto respecto al tema de la discapacidad de una persona, puesto que existen diversos autores que tienen su propio punto de vista respecto a la misma. Por ejemplo, el autor Mario Ospina Ramírez, indica lo siguiente:

La discapacidad se concibe como un problema dentro de la sociedad y no como una característica de la persona, por lo tanto, no es una situación que tiene

efectos estrictamente particulares, sino que es una cuestión que concierne derechos humanos. (Ospina Ramírez., 2010, págs. 143-164)

El autor José Antonio Seoane, menciona que:

No existe una noción única sobre discapacidad, y esto ha quedado demostrado con la evolución terminológica, conceptual y normativa que ha demostrado la historia. (Seoane, 2011, págs. 143-161)

1.2.2.3. Principio de Igualdad y Derecho a la No Discriminación

De acuerdo a Francisco J. Eguiguren Praeli:

Al abordar el tema de la igualdad desde una perspectiva constitucional, conviene empezar señalando que la conceptuamos en una doble dimensión: de un lado, como un principio rector de todo el ordenamiento jurídico del estado democrático de derecho, siendo un valor fundamental y una regla básica que éste debe garantizar y preservar. Y, de otro lado, como un derecho constitucional subjetivo, individualmente exigible, que confiere a toda persona el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación. (Praeli, 1997, pág. 63).

Siguiendo a Neves Mujica, tenemos que, con relación a la proscripción de la discriminación, existe:

(i) Discriminación directa, cuando se produce un trato desigual e injustificado basado en un motivo prohibido como la discriminación por sexo; y (ii) discriminación indirecta, cuando se adopta una medida aparentemente

neutra, pero que tiene un impacto adverso en un colectivo protegido y no se encuentra justificada en una necesidad empresarial. (Neves Mujica, Los principios del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pág. 339).

También lo refiere el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 26 nos refiere:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación. (Pacto Internacional de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 1966)

Asimismo, el Tribunal Constitucional por medio de la Sentencia N° 05540-2007-PA del 15 de octubre de 2008. Fundamento jurídico 8; señaló que:

(...) sobre protección de los minusválidos, pues toda persona afectada por una disminución en sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad y ser protegido especialmente por el Estado; con el respeto a su dignidad personal y laboral. (Expediente N° 05540-2007).

De la misma forma, en un caso donde se alega la violación de los derechos de igualdad, a no ser discriminada y a la educación, el Tribunal Constitucional por medio de la Sentencia N° 01423-2013-PA del 9 de diciembre de 2015, fundamento jurídico 14; manifestó que:

No hay discusión de que en el Estado constitucional existe un compromiso serio con la igualdad, el mismo que encuentra reconocimiento en los textos constitucionales y que las autoridades tienen el deber de materializar con hechos concretos, a fin de contrarrestar las desigualdades manifiestas haciendo posible que todas las personas disfruten de sus derechos en la misma medida. (Expediente N° 01423-2013-PA).

De la misma forma, el Tribunal Constitucional, por medio de la Sentencia N° 00889-2017-PA del 17 de abril de 2018. Fundamento jurídico 27; en atención a un caso sobre la vulneración de los derechos al trabajo y a la igualdad y no discriminación, manifestó que:

Este Tribunal ha referido en relación al derecho a la libertad de trabajo que: (...) en cuanto derecho fundamental, detenta una doble faz. Por un lado, constituye derecho de defensa y, por otro, derecho de protección. (...) En cuanto derecho de protección, la libertad de trabajo reconoce a la persona el derecho a una acción positiva, que vincula al Estado a la protección activa del bien fundamental protegido - libre trabajo- través del establecimiento de normas, procedimientos e instituciones orientadas a hacer posible el ejercicio de tal derecho fundamental. En virtud de ello se constituye para el Estado y el poder público en general lo que el Tribunal Constitucional alemán ha denominado en su jurisprudencia como deber de protección. Tal deber de protección ha sido acogido por la doctrina jurisprudencial de este Tribunal. Ahora bien, dado que la libertad de trabajo constituye también un derecho de protección, se configura un deber de protección de tal derecho, conforme al

cual, el Estado y las municipalidades deben desarrollar o adoptar normas, procedimientos e instituciones, orientadas a la posibilidad de su real, efectivo y pleno ejercicio (...). (Expediente N° 00889-2017-PA).

1.2.2.4. Inclusión Social

Según el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, la inclusión social: “Es la situación que asegura que todos los ciudadanos sin excepción, puedan ejercer sus derechos, aprovechar sus habilidades y tomar ventaja de las oportunidades que encuentran en su medio”. (MIDIS, s.f.)

La Dra. Maryse Robert, por su parte, refiere que: “La inclusión social es el proceso de empoderamiento de personas y grupos, en particular los pobres y los marginados, para que participen en la sociedad y aprovechen las oportunidades”. (Robert, 2015, pág. 38).

Según Efraín Gonzales de Olarte, señala que:

La inclusión significa incorporar a todos los peruanos en el sistema social, económico y político, y, para ello, crear oportunidades iguales para todos, compensando y haciendo que los que tienen menos participen de la solución de sus propios problemas. En suma, inclusión significa tener un empleo formal y bueno; derecho a un mínimo alimentario, educativo y de salud; reconocimiento de la identidad cultural adecuada; buenos servicios públicos, entre otros derechos. (Gonzales de Olarte, 2014, pág. 18).

A nivel nacional e internacional existen diferentes normas y tratados que protegen los derechos de las personas con discapacidad, sin embargo, esto resulta todo un fracaso al momento de su ejecución, y más aun sabiendo que uno de las principales recomendaciones del Informe Mundial sobre la Discapacidad es: “(...) se debe invertir en programas y servicios específicos para las personas con discapacidad”. (Organización Mundial de la Salud, 2011).

Sin duda alguna, el estado a través de sus poderes tiene la plena capacidad de garantizar la protección y no vulneración de estos derechos, y más aún está en la obligación de promoverlos y generar inversiones a fin de garantizar un desarrollo sustentable de las personas con discapacidad.

Bien se sabe que, la empleabilidad empresaria está tomando mayor preponderancia, sin embargo, resulta útil y sobre todo beneficioso que estas empresas legalmente constituidas comiencen a contratar de una manera más renuente a personas que padecen de diferentes discapacidades generando así un inmensurable apoyo moral, social, y económico, favoreciendo el pleno y constante desarrollo de sus capacidades, motivación e interacción social y a su vez generando una dependencia económica estable.

Para el pleno desarrollo de una persona adulta que, padece de cualquier discapacidad es haber adquirido los conocimientos básicos y que la propia enseñanza básica (colegios) sea acorde a sus capacidades y limitaciones,

Según el SAANEE (Servicio de Apoyo y Asesoramiento a las Necesidades Educativas Especiales) creado por el MINEDU (Ministerio de Educación), nos refiere

que: “La educación inclusiva asumida como un nuevo enfoque, exige que el trabajo pedagógico se centre en brindar apoyo a las necesidades educativas y al fortalecimiento de las cualidades de todos y cada uno de los estudiantes, para que se desarrollen seguros y con éxito”. (Servicios de Apoyo y Asesoramiento para la Atención de las Necesidades Educativas - SAANEE, 2018).

El Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 00194-2014-PHC/TC ha señalado que:

...jueces, juezas y Tribunales Constitucionales la atención sobre las políticas públicas que puedan contribuir a generar inclusión social, en la medida que ello se desprende de la propia Constitución. No quiere decir que toque a los Tribunales en principio dictar o materializar las políticas correspondientes a cada situación, no es aquella su función. Es más bien ante la inoperancia o indiferencia de otros actores que corresponde a los Tribunales llamar la atención y hasta tomar medidas (y entre ellas, sentencias estructurales) sobre los mandatos constitucionales que deben ser cumplidos por todos los poderes públicos y privados. (Caso Juan José G. Dóminguez, 2019, pág. 43)

Nos indica que, la educación inclusiva en personas discapacitadas resulta necesaria para el apoyo educativo y el fortalecimiento de sus cualidades para lograr un desarrollo con seguridad y éxito en las diferentes etapas de sus vidas, generando una real aplicación y ejecución de Políticas Públicas, así como la protección e incentivo de los Derechos Fundamentales.

1.2.2.5. Inclusion Laboral de las Personas con Discapacidad

Una de las barreras más importantes para ingresar a la vida laboral por parte de las personas con discapacidad es su brecha educativa frente a las personas sin discapacidades. En promedio para 2007, la cantidad de personas con discapacidad con un nivel de educación inferior a secundaria era casi el doble de la proporción de personas sin discapacidad con este nivel educativo. Esto se vuelve particularmente preocupante en un entorno donde los cambios tecnológicos sesgados por las habilidades han tenido un impacto negativo en las oportunidades laborales de los trabajadores menos calificados. Estos desarrollos son aún más grandes para las personas con discapacidad, dado que tienen en promedio menores niveles de educación comparados con el resto de la población. (FEDESARROLLO, 2018, págs. 4-5).

El Estado, mediante reglamentos y gestiones económicas deberá promover la inserción de las personas con discapacidad, se deberá preparar y capacitar previamente para su propia ejecución laboral, sin embargo al realizar análisis en la tasa de empleos a nivel nacional, se observa que aun para los puestos más sencillos y básicos se requiere indispensable una educación mínima “Secundaria Completa”, situación que genera mucha controversia y problema en las personas con este déficit, dado que es casi nulo la existencia de colegios especiales y peor aún el intento de acceso a estos pocos centros educativos resulta ser demasiado caro, con procedimientos largos y complejos.

La propia condición de aquellas personas que padecen alguna Discapacidad genera complicaciones al momento de insertarse en el mundo laboral, tal y como lo refiere Zondek Darmstadle, quien cita a Montero Catalina:

La desventaja laboral corresponde a la situación que enfrenta una PCD en relación a otras personas, debido no solo a sus características asociadas a la discapacidad, sino más bien a las dificultades que haya presentado en el acceso a las oportunidades educacionales, de formación profesional, de movilidad en el entorno y otros aspectos como la discriminación. Estos factores terminan restringiendo su posibilidad de desempeñarse en una actividad productiva que garantice independencia económica y autonomía personal. (Zondek Darmstadler, 2015)

Por ello, aunque no exista una institucionalización sobre Responsabilidad Social Empresarial, Inés Forcada nos comenta que:

...forma de gestión que consiste en la relación ética de la empresa con todos los públicos con los cuales ella se relaciona, y el establecimiento de metas empresariales compatibles con el desarrollo sostenible de la sociedad, preservando recursos ambientales y culturales para las generaciones futuras, respetando la diversidad y promoviendo la reducción de las desigualdades sociales. (Forcada Rojkin, 2015).

Si bien es cierto, existen bases normativas para ejecutar la inclusión laboral en personas con discapacidad, lo cierto es que la Responsabilidad Social Empresaria

es una de las primeras en gestionar e intentar concretizar dichas intenciones a mayor cabalidad.

Asimismo, en diversos países se crean programas, técnicas y estrategias para incentivar, promover y sobre todo ejecutar una efectiva Inclusión Laboral en Personas con Discapacidad, sin embargo, es necesario tener en cuenta que para su ejecución efectiva es necesario recurrir a ciertos pasos y procedimientos.

1.2.2.6. Las Personas con discapacidad tras la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad

La Convención, pone en marcha todo un sistema tendente a valorar y promocionar la autonomía de la persona con discapacidad, situándola en el mismo plano de igualdad que al resto de los individuos de la sociedad. La discapacidad deja de ser un problema, desde aquel momento en que la capacidad de la persona se enarbola como baluarte de su autonomía. El convenio analizado, lo que hace es garantizar mediante la prohibición de toda discriminación a la persona con discapacidad, promoviendo un cambio de sensibilización.

También planteó la situación de la discapacidad, no como una cuestión que discriminara, como hasta ahora había sucedido, sino como una situación enmarcada en el ámbito de los derechos fundamentales, a través de los que se trataría de promocionar la igualdad, la autonomía y la independencia de todas las personas con discapacidad.

La Convención, ha incorporado dos elementos esenciales en el marco de la discapacidad; el primero de estos el papel determinante de la persona con

discapacidad en la sociedad en igualdad de condiciones que los demás, independientemente de la disfunción física o psíquica que padezca; y por otro, la necesidad de apoyos puntuales con los que habrá de contar la misma, a fin de poder ejercitar todos y cada uno de sus derechos, sin tener que sustituir la voluntad.

Asimismo, la presente Convención obliga a los Estados a tratar la discapacidad como una cuestión de derechos como una cuestión de derechos humanos distinguiéndose tres grandes proyecciones.

La primera hace referencia a los derechos, pues la Convención exige que se trate a la persona con discapacidad desde una perspectiva basada en sus derechos y no desde un punto de vista asistencial; dejándose de lado la solidaridad y caridad que son mal entendidas, a fin de que la discapacidad propiamente asuma un rol más fuerte.

La segunda se refiere, a la adopción del modelo social y del modelo de la diversidad, en base a que la discapacidad no es producto tanto de la enfermedad como de la situación en la que se encuentran ubicadas esas personas en la sociedad.

La tercera, hace referencia a un concepto de capacidad jurídica, si bien ello aún no ha sido determinado en nuestra legislación, prueba de ello es la incapacitación como el mecanismo judicial a través del cual quedará constatada la discapacidad de la persona. Es cierto que actualmente la discapacidad también se puede determinar a través del certificado expedido reglamentariamente por la Administración, si bien, este no sirve para constituir un estado civil distinto.

El artículo N° 12 de la Convención, hace referencia al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en condición de igualdad con los demás en todos los aspectos de la vida. Asimismo, y sin eludir expresamente la capacidad de obrar, se refiere a ella, aunque utilizando una terminología diferente, esto es “ejercicio de la capacidad jurídica” en aras de mayor interés de la persona con discapacidad, estando aquí el límite la voluntad de la persona con discapacidad.

1.2.2.7. Decreto Legislativo N° 1384 - Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad

Las personas con discapacidad, no pueden ser consideradas, como personas que no aportan a la sociedad, por el contrario, estos sí pueden tener grandes aportes, para ello, es necesario normalizarlas y en la medida rehabilitarlas; el supuesto problema de las personas con discapacidad, si sitúa en las limitaciones, sea física, mental, intelectual, o sensorial, las mismas que deberán ser determinadas por el personal de la salud, quienes conciben y catalogan el fenómeno desde un diagnóstico médico.

En base a lo señalado, es posible afirmar, que los límites de la discapacidad, no necesariamente están determinados por las antes mencionadas, sino que estas son constituidas por las barreras sociales, por lo que se concibe a la discapacidad, como una limitación social, que se gesta dentro de las barreras que impone la sociedad.

Angel de las Heras García, señala que:

según este prototipo, la discapacidad, en realidad, radica en la propia sociedad y nunca en la persona, de manera que aquello que pueden aportar

a la sociedad las personas con discapacidad se halla estrechamente vinculado con la inclusión y la aceptación de la diferencia de modo tal que, junto a una variante denominada modelo de la diversidad, el discapacitado es una persona diversa a otra y su presencia en la sociedad, en igualdad de derechos, implica un elemento de enriquecimiento. (2010, pág. 6)

Conforme a lo antes mencionado, la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, exige en cierto modo, la derogación de todas aquellas normativas que vulnere sus postulados, y se emitan normas que den complemento a la Convención, así como la implementación de las Políticas Públicas en la materia, desde la visión de los Derechos Humanos, siendo una de ellas, el Decreto Legislativo, propio de este subtítulo.

El Decreto Legislativo N° 1384 – ley que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones; por lo que debemos mencionar, primeramente, a la persona que padece de retardo o deterioro mental, quienes ejercerán capacidad de ejercicio plena, en este caso, si el acto a realizarse, se realiza con la voluntad de la persona, se hará con el apoyo y salvaguardias judicial o notarial, si no hay voluntad de por medio, se realizara con el apoyo y salvaguardias judicial; en caso de las personas con discapacidad que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable; en este caso, el Decreto Legislativo, otorga capacidad de ejercicio plena, sin embargo se precisa que, si no se cuenta con voluntad para realizar el acto jurídico, se requerirá apoyo y salvaguardias judicial; de lo contrario, si se tiene voluntad para realizar el acto jurídico, se requerirá de apoyo y salvaguardias judicial o notarial.

Es posible afirmar, que lo anterior, se basa en la modificación del artículo N° 42 del Código Civil, en el que refieren:

Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad.

Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad.

Dentro de este contexto, podemos decir, que la discapacidad y la capacidad, son elementos relativamente diferenciados, pues un sujeto con discapacidad, no necesariamente será incapaz, por lo que se agrega a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, para que se le determine capacidad de ejercicio; por tanto, los sujetos con discapacidad son considerados plenamente capaces, por lo tanto, ya no está en discusión la capacidad.

Es preciso señalar, que antes de la emisión del Decreto Legislativo N° 1384, las personas con discapacidad, no podían realizar contratos de trabajo, disponer de su patrimonio, o simplemente casarse, pues, jurídicamente era consideradas como incapaces, en base a su discapacidad, razón por la cual, era necesario el nombramiento de un curador, que tome las decisiones convenientes, suprimiéndose la voluntad y la autonomía de la persona; por ende, este Decreto Legislativo

establece medidas para garantizar el ejercicio de los derechos de esta población en condiciones de igualdad.

Dentro de las modificaciones habidas por el Decreto Legislativo 1384, es la eliminación de la figura de la incapacidad absoluta; asimismo se reemplazó la figura de incapacidad relativa, por capacidad restringida, dejándose así de lado, la incapacidad, y reconociendo la capacidad de ejercicio para todas las personas mayores de 18 años.

Asimismo, el artículo N° 45, señala que “Toda persona con discapacidad que requiera ajustes razonables o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede solicitarlos o designarlos de acuerdo a su libre elección.” Haciéndose referencia aquí al apoyo judicial o notarial.

La modificación del artículo N° 140, tiene que ver mucho con el anterior párrafo, pues plantea, que, para la validez de un acto jurídico, se requiere, “Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley”.

El artículo N° 221, que también fue modificado por el Decreto, ya mencionado, plantea que, “El acto jurídico es anulable: 1.- Por capacidad de ejercicio restringida de la persona contemplada en los numerales 1 al 8 del artículo 44.”

La incorporación al artículo N° 45, “Designación de apoyos y salvaguardias”; permite a las personas con discapacidad, elegir libre y voluntariamente quienes la apoyaran, en lo relacionado con su capacidad de ejercicio, así como requerir los mecanismos de protección adecuados.

Roca señala que:

Las personas con discapacidad conforman un grupo diverso, de modo que el apoyo de cada individuo dependerá del grado de discapacidad en cada caso y será tarea del juez considerar aquello para definir qué actos puede realizar la persona por sí misma y dar cuenta de aquellos actos en los que necesite asistencia. De igual manera, el apoyo deberá ser designado a alguien de confianza para la persona con discapacidad y la intensidad de este apoyo variará según los requerimientos de quien lo solicite; y, en caso de que la discapacidad cambie, se modificarán, a la par, las medidas de apoyo. (2015, pág. 131)

En suma, es posible decir, que el Decreto Legislativo N° 1384, ha causado resonancia a nivel jurisdiccional y social, partiendo del reconocimiento de la capacidad de ejercicio de manera global, lo que implica también el reconocimiento de la manifestación de voluntad, plena, autónoma y privada; atribuyéndoseles, capacidad de negocio, así como la de actuar delictualmente. A esto debemos agregar, a aquellos que suplen a los curadores, o representantes ahora denominados como salvaguardas o apoyos, que son un soporte para la realización y ejercicio de sus derechos.

1.2.2.8. Protección versus Autonomía

Existen muy pocas discusiones sobre el difícil equilibrio entre la protección jurídica de la persona con discapacidad y la promoción de su autonomía; la autonomía de la voluntad. A razón de que, anteriormente la autonomía de la voluntad se ha

levantado como estandarte en defensa del ejercicio autónomo de los derechos de las personas con discapacidad.

El respeto a la autonomía de la persona con discapacidad, se fundamenta en el respeto irrestricto de su dignidad, convirtiéndose en el pilar fundamental de todo el engranaje legal.

La dignidad que se predica de todo ser humano como derecho nato de este, se encuentra reconocido en el artículo 1 de nuestra Carta Magna, cuyo desarrollo legal servirá como base del marco normativo de protección de las personas en general. La Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad, tiene una característica muy especial, la cual es el reconocimiento de la persona, no como objeto, sino como sujeto de derechos a los que se reconoce personalidad jurídica en iguales condiciones que los demás, cambiando en ese sentido el paradigma de la discapacidad rehabilitadora a la discapacidad social.

La dignidad reconocida a la persona con discapacidad, implicará decidir sobre sus propias incumbencias personales. Y esto es así, si toda persona tiene reconocido una serie de derechos a ella inherentes, como la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de su personalidad y, en atención a ellos, se presume que puede decidir sobre su persona en los diferentes ámbitos de la vida.

Nuestro sistema legal y político, se ha basado en la constatación de la ausencia de capacidad de la persona concretada a través de la adopción de medidas de guarda legal fijadas legalmente.

La voluntad de las personas con discapacidad, no han sido considerados por mucho tiempo, y si en caso se ha conocido de algo, han sido meros reclamos habidos ante la administración pública, por ende, fue necesaria la protección legal, sin embargo, se fueron encontrando con el ambiguo paternalismo en bastantes ocasiones, priva totalmente de capacidad, quedando restringidos los ámbitos de decisión personal.

Tras la convención, el paradigma de la discapacidad cambia. Se dice que no hay personas incapaces sino personas que necesitan apoyos. Se considera que, la discapacidad es una cuestión de derechos fundamentales. Y que, ante situaciones de impacto directo en los derechos inmediatos de las personas es preciso actuar, modificando legislaciones que resultan incompatibles con el espíritu de la Convención. Comenzando de esa manera, la sensibilización hacia la discapacidad, considerándose en ese sentido a la persona con discapacidad como una persona con personalidad jurídica a la que se le reconoce capacidad jurídica en igualdad de condiciones que a los demás.

El empuje definitivo a la defensa y promoción de la autonomía de las personas con discapacidad, se produce tras la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que en su artículo N° 12 ha señalado que “las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

Dentro de este contexto, debemos hacer unas diferencias, sobre la autonomía psíquica o volitiva. La autonomía volitiva es aquella que permitirá a la persona decidir aun en supuestos en los que su capacidad se encuentre mermada por la

enfermedad mental que padezca. Aun así, ante el supuesto en el que haya intervenido un tutor o curador, dependiendo del caso, este deberá cumplir con dicho mandato, basándose en la dignidad de la persona; tomando así en cuenta la voluntad de su representado.

1.2.3. Derecho al Trabajo

1.2.3.1. El Derecho al Trabajo y la Constitución

Como bien sabemos el Estado Peruano de acuerdo a los artículos 3, 43 y 44 de la Constitución Política del Perú de 1993 sigue el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho, el cual permitió que la Constitución se legitimara como una norma democrática suprema con carácter vinculante tanto para los poderes públicos como para los ciudadanos y a su vez se incorporaron a esta valores, principios constitucionales y derechos socioeconómicos.

Dentro de dicho modelo la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y del Estado, eso se encuentra en el artículo 1 de nuestra Constitución Política de 1993.

La dignidad humana vendría a ser como una piedra angular de los derechos fundamentales de la persona, es como el soporte estructural de todo el edificio constitucional; ahora bien, son precisamente los derechos fundamentales quienes cumplen la función de tutelar de manera óptima al hombre en su libertad y dignidad.

En la misma línea el Tribunal Constitucional ha señalado: “Los derechos fundamentales son aquellas instituciones reconocidas por la Constitución y susceptibles de protección que permiten a la persona desarrollar sus

potencialidades en la sociedad” (Colegios de abogados del Cusco y del Callao y mas de cinco mil ciudadanos c/. Congreso de la República, 2004, pág. 64)

Landa Arroyo señala que “los derechos fundamentales se constituyen no sólo como atribuciones jurídicamente exigibles con las que cuentan las personas en tanto sujetos con dignidad, sino que también son valores que el Estado y la comunidad deben tutelar y resguardar” (Landa Arroyo, Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 2010, págs. 15-17)

Y es que los derechos fundamentales implican la máxima protección jurídica frente al Estado y a los particulares, pues son a la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos

Ahora no solo encontramos únicamente a los clásicos “derechos de libertad” sino que también encontramos el reconocimiento de los derechos sociales cuya finalidad es procurar la existencia y vida digna de los ciudadanos, especialmente a favor de quienes se encuentran en situación de desventaja económica y/o social.

Dentro de la amplia gama de derechos fundamentales sociales encontramos a los derechos que rigen en el marco de la relación laboral que existe entre un trabajador y su empleador, esto surgió gracias a la constitucionalización del Derecho de Trabajo. Los derechos fundamentales sociales son de vital importancia dentro de nuestra sociedad debido a que son un medio importante para lograr el bienestar y el desarrollo de las personas, garantizando así las condiciones dignas de su existencia.

El Derecho del Trabajo es aquella disciplina que surgió como consecuencia de una evidente desigualdad entre el empleador y el trabajador debido a que este último se veía sumido en condiciones precarias e indignas para realizar sus labores.

Frente a tal situación, “el Derecho del Trabajo se erigió como una rama necesaria a fin de equiparar condiciones entre trabajador y empleador, y de esa forma restablecer el desequilibrio contractual derivado de la desigualdad económica entre las partes, mediante la regulación de condiciones mínimas en beneficio del trabajador” (Victor Hugo Calvo Duran y otros, 2007, pág. 3)

Es decir, el Derecho del Trabajo inicialmente surgió para equilibrar la relación de trabajo, señalando que todo trabajador debía contar con ciertas condiciones mínimas en el marco de una relación laboral, las cuales debían ser respetadas por el empleador. Si bien es cierto que hasta la fecha aún persiste la desigualdad, los derechos laborales tienen por finalidad llegar a equilibrar dicha relación.

De acuerdo a Neves Mujica el Derecho del Trabajo busca “...regular la utilización del trabajo ajeno por un empresario y la obtención de ganancias de él, permitiéndola, pero controlándola, y de encauzar los conflictos individuales y sociales que se originan en esa relación.” (Neves Mujica, Introducción al Derecho Laboral, 2007, pág. 11)

El trabajo en términos generales es vital para el ser humano toda vez que se encuentra en el centro de aspiraciones de las personas pues es el medio para obtener su sustento, el mejoramiento de la calidad de sus vidas y su realización

personal, en esa misma línea el trabajo también es importante para la sociedad ya que abre la puerta al progreso económico y social.

Empero, debemos tener en cuenta que la protección que brinda el Derecho del Trabajo se hará efectiva siempre y cuando se cumplan las siguientes características: (i) Trabajo humano, (ii) productivo, (iii) libre, (iv) por cuenta ajena y (v) subordinado, de tal modo que solo aquellas relaciones laborales que cumplan con dichas características serán tuteladas por el Derecho de Trabajo y su reconocimiento constitucional.

En consecuencia, como señala Boza Pro "...el Derecho del Trabajo es la disciplina que se encarga de regular la relación laboral, es decir, la relación jurídico-económica de carácter contractual entre dos sujetos denominados empleador y trabajador" (Boza Pro, 2011, pág. 16)

En la Constitución Política del Perú de 1993, tenemos dos artículos referidos al derecho al trabajo.

Artículo 22° Protección y fomento del empleo: El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

Artículo 23° El Estado y el trabajo: El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.

Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.

Por su parte el Tribunal Constitucional ha precisado el contenido esencial del derecho al trabajo de la siguiente manera:

El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22º de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa. (Sindicato unitario de trabajadores de Telefónica del Perú S.A y FETRATEL, 2002)

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos el artículo 23 puntualiza que:

- Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

- Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
- Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.
- Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Con ese mismo espíritu, la Organización Internacional de Trabajo (OIT) impulsa el “trabajo decente”, que se conceptualiza en la importancia de que los hombres y mujeres tengan las mismas oportunidades para tener un trabajo que sea productivo y les genere un ingreso para poder vivir con dignidad. También incluye a sus familiares, en el sentido de que puedan contar todos con un seguro de salud y a que el trabajador adquiera una pensión digna al momento de jubilarse o al sufrir algún accidente que le genere una discapacidad dentro del centro de labores.

Convenios Fundamentales en el Trabajo

En 1998 se adoptó la “Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo” que compromete a los Estados miembros de la Organización Internacional del Trabajo a promover y respetar la libertad de asociación y sindical, la abolición del trabajo forzoso, la erradicación del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en el trabajo.

Esos principios se expresan en ocho convenios, declarados como Convenios Fundamentales en el Trabajo, los cuales han sido ratificados por los países de Centroamérica y República Dominicana. Ratificar un convenio quiere decir que el Estado se compromete a garantizar el respeto del mismo por medio de la adecuación de las leyes y las prácticas. La ratificación de un convenio es importante, pero es más importante aún que efectivamente se aplique.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador, de 1988, también abordan el derecho al trabajo, así como otros instrumentos internacionales.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales

Artículo 6:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.
2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en

condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana

Protocolo Adicional a La Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador

Artículo 6. Derecho al trabajo

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.
2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

La legislación peruana en materia de derechos del trabajador se encuentra muy dispersa, ya que no contamos con un texto unificado, existen varios regímenes laborales tales como son:

- El que regula a los trabajadores del Estado, regulado por el **Decreto Legislativo (D.L.) 276;**

- El régimen para los trabajadores de empresas privadas, regulado el **D.L. 728**;
- El régimen de los Contratos Administrativos de Servicios (CAS), regulado por el **D. L. 1057**.
- Además, están el régimen especial para las empresas con contratos de exportación no tradicional, el régimen para los trabajadores de la agroindustria, así como el que regula a las pequeñas y medianas empresas.

1.2.3.2. Derecho al Trabajo

Tal y como lo refiere el Maestro Sessarego sobre la tutela de los derechos de las personas humana:

(...) El ser humano, como sabemos, tiene exigencias existenciales básicas como las de protección de su libertad y de su vida, de su integridad psicosomática o de su identidad, entre otros. Ellas requieren imperativamente su tutela jurídica para que los seres humanos puedan subsistir y vivir pacíficamente en sociedad. Es entonces que ellos crean, desde su comunitaria aparición en la tierra, los derechos que las protegen y que penalizan sus violaciones. (FERNANDEZ SESSAREGO, DERECHO DE LAS PERSONAS, 2012, pág. 92).

Como se apreciará de lo expresado lo precedente, la persona, considerada como un ser libre, idéntico a sí mismo y poseedor de una estructura psicosomática, exige contar con la posibilidad de poseer y ejercer los derechos los derechos fundamentales que hacen viable su existencia. Por ello, si se impidiese conseguir

un trabajo, también limitaría contar con servicios de salud o educarse, por ejemplo, no podría cumplir con su proyecto de vida. De ahí que los Derechos “Fundados” se encuentran en función y al servicio de los derechos “Fundantes”, es decir, de la vida, la libertad, la identidad y la integridad psicosomática del ser humano. (Fernandez Sessarego, 2001, pág. 84)

Los derechos de la persona, se perfilan, desarrollan y profundizan en la primera mitad del Siglo XX al comprenderse, por un sector de juristas, la trascendencia de la nueva concepción del ser humano, surgida en dicho momento histórico, como un “Ser Libertad”, en vez de aquella actualmente superada de constituirse como un “Ser Racional”.

El Estado tiene la obligación de promover, respetar y proteger los derechos Inherentes a la persona humana, tal es así que:

Al ser la persona el fin supremo de la sociedad y del Estado no cabe titubeo alguno sobre el deber de ambos de lograr eliminar la miseria y la extrema pobreza mediante la incorporación al trabajo de todas las personas a fin de que logren, al menos un mínimo de bienestar. Por ello advertimos que la preocupación de todos los gobiernos es eliminar la desocupación o buscar formas de aliviarla mediante fórmulas alternativas. (FERNANDEZ SESSAREGO, DERECHO DE LAS PERSONAS, 2012, pág. 101).

Carlos Sessarego comenta que:

La libertad permite que cada persona puede obtener, por consiguiente, el “Libre Desarrollo de la persona y de su personalidad”, a alcanzar su proyecto

de vida, a realizar sus aspiraciones y expectativas [...]. Sin libertad no es posible vivir como un ser humano. Por esta razón lo importante es proteger la libertad pues todo lo demás viene por añadidura. (FERNANDEZ SESSAREGO, DERECHO DE LAS PERSONAS, 2012, pág. 102).

El artículo 5° del Código Civil, prescribe el derecho a la integridad física. Nosotros utilizamos en vez de esta expresión la más amplia y comprensiva de “Integridad Psicosomática. Es decir, aquella que comprende tanto la integridad corporal como la psíquica en tanto conforman una unidad. Esta unidad es uno de los instrumentos de los que se vale el ser humano para su realización personal. (FERNANDEZ SESSAREGO, DERECHO DE LAS PERSONAS, 2012, pág. 102).

El Derecho laboral ha venido evolucionando con el pasar de los años, y el profesor Cesar Landa en un contexto más detallado nos manifiesta:

...dentro de este marco constitucional, correspondía al Estado promover las condiciones económicas y sociales para fomentar el empleo, crear igualdad de oportunidades, eliminar la pobreza y proteger al trabajador frente al desempleo y el subempleo. Dicha Constitución prohibía, en toda relación laboral, la existencia de cualquier condición que impidiese el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores o que desconociese o rebajase su dignidad. (Landa Arroyo, LA CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO PERUANO, 2013, pág. 30).

El Tribunal Constitucional por medio de la Sentencia N° 10777-2006-PA del 7 de noviembre de 2007. Fundamento jurídico 4; manifestó que: “(...) el Derecho del

Trabajo se erigió como una rama necesaria a fin de equiparar condiciones entre trabajador y empleador, y de esa forma restablecer el desequilibrio contractual derivado de la desigualdad económica entre las partes, mediante la regulación de condiciones mínimas en beneficio del trabajador”. (Expediente N° 10777-2006-PA).

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional por medio de la Sentencia N° 02016-2004-AA del 5 de octubre de 2004. Fundamento Jurídico 9; señaló que los derechos fundamentales sociales están direccionados: “(...) a favorecer a aquellos grupos humanos (...) que se encuentran en situación de desventaja por razones económico-sociales, es decir, con una posición o ubicación depreciada en sus estándares de vida, no acordes con la dignidad humana”.

El tribunal Constitucional mediante Sentencia N° 00263-2012-AA/TC del 22 de octubre del 2012 en la Parte considerativa 3, señala que:

Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa. (EXPEDIENTE N° 00263-2012-AA/TC, 2012).

Debemos tener en cuenta que el derecho al trabajo es ante todo un derecho humano derivado de la dignidad de la persona y reconocido como tal en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, recoge a este derecho humano, bajo la categoría de derecho económico, social y cultural, estableciendo que comprende "...el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado..." contemplándose así la obligación de los Estados parte a tomar las medidas adecuadas para garantizarlo; asimismo en el Pacto Internacional mencionado, se hace referencia a que los Estados parte deben reconocer el derecho de toda persona a gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren una remuneración equitativa que proporcione condiciones de vida dignas para el trabajador y su familia, seguridad e higiene en el trabajo, el descanso, entre otras.

Dentro de este contexto debemos hacer mención al Protocolo de San Salvador, que en su artículo N° 6, inciso 1, determina que "toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada"; en ese sentido se infiere que todos los estados parte, tienen el deber de adoptar medidas que garanticen la plena efectividad de este derecho en especial el pleno empleo, orientación vocacional, desarrollo de proyectos de capacitación, así como la ejecución de programas que permitan que la todas las personas, y sobre todo las personas discapacitadas puedan ejercer su derecho al trabajo.

Nogueira, señala que:

...los derechos económicos, sociales y culturales conforman junto con los derechos individuales y políticos los soportes básicos del sistema de derecho fundamentales, como, asimismo, todos ellos constituyen derivaciones de la dignidad intrínseca de la persona humana y se fundamentan en ellos.
(Nogueira Alcalá, 2009, pág. 151)

Con lo señalado anteriormente, pues la conceptualización del derecho al trabajo como derecho económico, social y cultural, no supone su degradación o consideración como un derecho de segunda categoría frente a los derechos civiles y políticos.

Un sector de la doctrina considera que los derechos económicos, sociales y culturales son relativos y no absolutos, pues su naturaleza es íntimamente prestacional y, por ende, dependen de la existencia de recursos económicos. Discrepamos de dicha afirmación o posición, toda vez que el enfoque prestacional no es privativo de los derechos económicos, sociales y culturales, en tanto la eficacia de algunos derechos civiles y políticos no se agota con la abstención del Estado en caso del derecho a la vida, el respeto de su dignidad, y el derecho a la igualdad.

La equivocada concepción que se tiene de los derechos económicos, sociales y culturales como meras aspiraciones pareciera omitir la íntima relación entre estos y los derechos civiles y políticos al punto de ser considerados como derechos interdependientes en tanto se fundan en la dignidad de hombre.

La obligación de respeto de los derechos fundamentales, supone su no afectación con acciones del Estado, esta protección implica evitar que terceros los afecten a través de acciones u omisiones, en ese sentido la promoción ocurriría cuando el Estado realiza acciones positivas para la remoción de obstáculos que impidan el goce efectivo de un derecho fundamental.

1.2.3.3. El Derecho de Acceso al Trabajo

La persona natural es considerada como aquella persona frente a la que se puede ejercer o se encuentra el estado obligado a satisfacer el derecho al trabajo, la doctrina sostiene al respecto, que se cuenta con dos dimensiones:

- **Público**

Se refiere al deber de los poderes públicos de generar una política de fomento de pleno empleo. Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en el Exp. N° 01124-2001-AA/TC, proceso de amparo seguido por el Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú y Fetratel, al señalar que el derecho al trabajo “supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo”; debemos indicar que discrepamos de dicha premisa, pues no basta con la adopción y aplicación de una política en concreto, pues en incidencia con todos los instrumentos internacionales de los que el Perú es parte, nuestro país debe adoptar las medidas tendientes a la efectiva realización el contenido público del derecho al trabajo empleando el máximo de los recursos que disponga para ello.

Gorelli, señala que:

Asimilar la condición de derecho programático al contenido o manifestación pública del derecho al trabajo supondría equipararlo a una política de empleo sin considerar su condición de derecho fundamental. Esta postura es objetable en tanto implícitamente recoge la concepción de que el pleno empleo es el único contenido del derecho al trabajo pese a que el pleno empleo es solamente uno de los contenidos del mismo, pero no el único, como se ha visto. (Gorelli Hernández, 1995)

- Privado.

En el ámbito privado, se hace referencia al derecho concreto del trabajador, quien tiene el derecho a ocupar y mantener un puesto de trabajo, hasta que exista una causa justificable por la cual se asuma la pérdida de dicho puesto, si bien lo anterior tiene relación también con el ámbito privado, debemos de tener en cuenta, que son las empresas privadas, quienes en su mayoría no respetan los derechos de los trabajadores, tratando de evitar sus responsabilidades, por cuanto las causales de despidos por estas, suelen ser creadas por ellos mismos, o incluso buscan que los trabajadores renuncien a sus puestos. En ese sentido, debemos tener en cuenta no mencionado por Neves Mujica, quien ha señalado que es "...el Estado quien deberes generar una serie de políticas económicas y sociales, tendientes a la generación de empleo. (Neves Mujica, 2001)

Neves Mujica, señala que:

La acepción del derecho al trabajo coincide parcialmente con la protección contra el despido arbitrario, reconocida por la doctrina como parte del derecho a la estabilidad laboral. La coincidencia es parcial, pues la estabilidad laboral comprende a la estabilidad de entrada o preferencia por la contratación a plazo indefinido, y a la estabilidad de salida, o protección contra el despido arbitrario. (Neves Mujica, 2001, pág. 25)

Dentro de este contexto, es menester mencionar al contrato de trabajo, el cual es un contrato de tracto sucesivo, o sea, que la relación laboral no se agota mediante la realización instantánea de cierto acto, sino que dura en el tiempo. La relación laboral no es efímera, sino que presupone una vinculación que se prolonga.

Al momento de determinar una estabilidad laboral, debemos tener en cuenta que el beneficiario no solamente sería el trabajador y su familia, sino también su empleador, tal como lo menciona De los Heros, quien manifiesta que:

Se trata de otorgar la mayor seguridad, dentro de la racionalidad de la relación jurídica laboral, al trabajo humano, entendiendo que tal seguridad redundara en beneficio no solo del trabajador y su desarrollo personal y familiar, sino también en beneficio del empleador para quien trabaja, todo lo cual tiene una proyección indudable en términos económicos y de promoción social... (De Los Heros Pérez Albela, 2004, pág. 196)

Asimismo, Plá Rodríguez, señala que:

Todo lo que tienda hacia la conservación de las fuentes de trabajo, al darle seguridad al trabajador, no solo constituye un beneficio para él, en cuanto le transmite una sensación de tranquilidad, sino que redundará en beneficio de la propia empresa y, a través de ella de la sociedad, en la medida que contribuye a aumentar el rendimiento y a mejorar el clima social de las relaciones entre las partes... (Plá Rodríguez, 1998, pág. 216)

1.2.3.4. Convenio N° 111 Convenio Sobre La Discriminación (Empleo y Ocupación) de La Organización Internacional del Trabajo

El convenio mencionado, tiene su esencia en la discriminación en materia laboral, tanto en empleo como en ocupación.

Para la emisión del mencionado Convenio, se tiene en consideración a la Declaración de Filadelfia, en donde se afirma que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual, en respeto de la libertad y dignidad, seguridad económica, así como en la igualdad de oportunidades; sumado a ello se tiene en cuenta que la discriminación constituye una violación de los derechos enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Conforme al convenio mencionado, por discriminación se entiende como cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que conlleve a anular o alterar la igualdad de oportunidades en la ocupación de un empleo. Haciéndose claramente

una diferenciación entre la distinción exclusión o preferencias respecto de la discriminación, pues las primeras no podrán ser consideradas como tal.

El convenio analizado, establece que todo miembro queda obligado a realizar una política nacional que promueva la imposición de métodos adecuados en la determinación de la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación; a fin de eliminar cualquier tipo de discriminación.

Debemos tener claro, que, dentro de este contexto, están ubicados también las personas con alguna discapacidad, por tanto, es deber del estado velar por la defensa de derechos y no discriminación laboral de estas personas.

Asimismo, el convenio obliga a que los estados miembros, fomenten políticas que conlleven a la cooperación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores; también deberán emitir leyes y programas educativos que garanticen el cumplimiento de las políticas.

En consecuencia, también deberán derogarse toda disposición legislativa que sea incompatible con las políticas a imponer, asimismo se deberá modificar las disposiciones prácticas administrativas incompatibles.

En ese sentido, podemos ver que el convenio N° 111 de la OIT, determina la no discriminación por cualquier índole, entrando a tallar también las personas con discapacidad, quienes no podrán ser discriminadas por su condición, debiendo tener igualdad de oportunidades frente a los demás; en consonancia a que ello es deber del estado, velar por la igualdad de oportunidades, conforme a lo establecido en el convenio mencionado.

1.2.3.5. Posición Paternalista

Advierte Jeffrie Murphy “Un juicio de incompetencia es una condición necesaria para una intervención paternalista justificada, dicho juicio de incompetencia nunca tiene que ser considerado como una condición suficiente para dicha intervención” (Murphy, 1974).

Gerald Dworkin, define el paternalismo como un modo de acción consistente en una interferencia en la libertad del individuo; motivado (o con el fin de) beneficiar o evitar daños a ese mismo individuo (Dworkin, 1987). Ernesto Garzón Valdés, refiere sobre el paternalismo jurídico “prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño de la persona a quien se impone la medida” (Garzón Valdés, 1988).

En ese sentido debemos tener en cuenta que incluso en algunas de las transacciones más sencillas de la vida se ha creído necesario dar a los hombres la protección del estado, tal es así que se dispuso que “todo volante (...) y toda grúa o montacargas en cuya proximidad pueden pasar o trabajar niños o jóvenes, deberán estar provistos de cercos adecuados, ante esto se pudo inducir que la infinidad de máquinas usadas solo por hombres también deberían cercarse como si afectasen también a mujeres y niños , sin intención alguna, dicha regla implica el Principio de Protección Legal de los Hombres Adultos. De modo que se dejaba a los hombres adultos a merced de morir aplastados por culpa de un descuido, cuando un gasto exiguo haría casi imposible que se produjese un accidente de este tipo. Hizo falta que pasaran veinte años para que se viera lo absurdo e inhumano de esta limitación.

1.2.4. Casos Prácticos

1.2.4.1. Derecho Constitucional a no ser discriminado

- Expediente Judicial N° 2009-1890 de la Corte Superior de Justicia de Cusco

La Corte Superior de Justicia de Cusco a fin de analizar el caso del expediente antes mencionado, en donde se tiene a Edwin Romel Bejar Rojas como demandante y al Consejo Nacional de la Magistratura, en el proceso de amparo, señalándose que se habrían vulnerado derechos fundamentales, tales como a la igualdad y no ser discriminado laboralmente por persona con discapacidad, derecho a la protección del Estado al impedido que trabaja y a un debido proceso, dirigida contra el Consejo Nacional de la Magistratura, toda vez que se determinó la exclusión del demandante de la Convocatoria No. 002-2009-CNM fue por no reunir los requisitos para el cargo al que postulaba, pues tratándose de una persona con discapacidad visual bilateral permanente, no era posible atender su pedido de rendir el examen escrito con las alternativas propuestas por él, habiendo ocurrido por tanto solo una diferenciación y no una discriminación como indebidamente se alega, de allí que la medida cuestionada es idónea, necesaria y proporcional señala que se debe:

(...) establecer si la exclusión de una persona (declara apta inicialmente) por sufrir de discapacidad visual o ceguera bilateral permanente, para rendir su examen de conocimientos y en perspectiva (si aprueba los exámenes y alcanza el puntaje requerido) pueda ser nombrado fiscal adjunto, constituye un acto discriminatorio. (Expediente N° 2009-1890-Cusco, pág. 4)

Ante este hecho, el CNM argumenta lo siguiente: “(...) que la LOPJ y la Ley de Carrera Judicial, establecen una diferenciación entre los aspirantes, en razón a la existencia de una discapacidad visual que imposibilita el ejercicio de sus funciones propias de su cargo”. (Expediente N° 2009-1890-Cusco, pág. 6)

Bajo ese concepto, se realiza el test de igualdad del Tribunal Constitucional, donde en un pool se encuentran los fiscales que no presentan la discapacidad visual y en el otro se encuentran los fiscales que sí tiene una discapacidad visual, viéndose la premisa de que sí solo los primeros pueden participar del proceso de selección. Tomando en consideración, los fines legítimos del cargo mismo, como son la justicia y la seguridad jurídica.

El Tribunal Constitucional resalta el hecho de que se encuentra: “(...) ante una intervención de intensidad grave, en la medida que pone en cuestión los derechos-laborales de las personas con discapacidad, el derecho a la protección del estado y principio-derecho de dignidad humana”. (Expediente N° 2009-1890-Cusco, pág. 7) Señalando también que: “(...) la desigualdad basada en la discapacidad (criterio potencialmente discriminatorio); se ubica dentro las categorías sospechosas de discriminación”. (Expediente N° 2009-1890-Cusco, pág. 7)

- Expediente Judicial N°03461-2010 de la Corte Superior de Justicia del Callao

El Señor Sergio Fermín Cornejo interpone demanda de amparo contra el Director General de Capitanías y Guardacostas por haber visto vulnerado su derecho

constitucional a no ser discriminado, dado que se le impidió el uso del aparcamiento que utilizó por 15 años, por encontrarse como personal en situación de retiro, siendo que este espacio de aparcamiento ha sido reservado para que el hijo de un Comandante pueda usarlo.

Producto del análisis del caso, el Tribunal Constitucional señala en su fundamento 2, que teniendo en consideración lo dispuesto por el artículo 2, inciso 2 de la Constitución de 1993, hay que entender claramente que:

(...) contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, **“sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación”**. Fuente especificada no válida.

En ese sentido, expone que la diferencia de trato solo resulta correcta cuando versa sobre bases razonables y objetivas, estableciéndose que no necesariamente todo trato diferenciado constituye discriminación. Ante el caso en concreto, el órgano jurisdiccional declara infundada la demanda, dado que existe una Orden Interna N° 008-2009 que establece que el personal y socios de la institución pueden usar del aparcamiento; aun así, exhorta a la Dirección General de Capitanías y Guardacostas a tener en consideración que en dicho documento no figura, lo expuesto por el Procurador Público, sobre la permisión del uso del aparcamiento para miembros y familiares de una entidad privada, por lo que deberá adoptar las medidas legales necesarias.

- **Expediente de Proceso de Amparo N°00393-2013-PA/TC del Tribunal Constitucional**

El señor Damián Tocas Leiva presenta una demanda de amparo contra el Complejo Turístico Baños del Inca a fin de que se deje sin efecto la Carta N° 036-2011/CACTBI, la cual señalaba que debe retirarse del mencionado complejo turístico y reubicarse junto a los otros artesanos del distrito de Baños del Inca. Ante este hecho, el recurrente manifiesta que es una persona con discapacidad, lo cual se corrobora con su inscripción en el CONADIS, asimismo, alega que viene trabajando al interior del mencionado complejo por aproximadamente 20 años; todo esto con autorización de las autoridades de la municipalidad de Cajamarca, por lo que la Carta N° 036-2011/CACTBI vulneraría sus derechos constitucionales a su dignidad, a la igualdad, al trabajo y a la motivación de las resoluciones.

La demandada, responde aduciendo que el recurrente no es un trabajador estable ni contratado por su complejo; como tampoco es un inquilino o concesionario del Complejo Turístico Baños del Inca y la carta emitida se da en atención a las disposiciones municipales contenidas en la Ordenanza N° 026-MDBI, donde se establece una zona autorizada por la Municipalidad Distrital de los Baños del Inca para el ejercicio del comercio ambulatorio de artesanías. Por lo que, el recurrente tendría que cumplir con la reubicación, siendo que se le ha designado un *stand* en un sector determinado para realizar esa actividad.

En ese sentido, al análisis del caso, el Tribunal Constitucional manifiesta que:

(...) si bien la reubicación cuestionada por el demandante no lesiona *per se* derecho constitucional alguno (...) sí resulta relevante en el presente caso establecer los ajustes razonables en el lugar de trabajo que debe considerar la emplazada, lo que comprende, entre otras cosas, que en la zona destinada a la venta de artesanías, don Damián Tocas Leiva sea ubicado en un puesto cercano al ingreso de dicha zona, ya que ello permitirá que el demandante, pese a ser una persona con discapacidad, pueda tener el mismo acceso al público que desee adquirir artesanías en el Complejo Turístico Baños del Inca.

De lo expuesto, se observa que sí bien se acepta lo dispuesto por la Carta N° 036-2011/CACTBI se toma en consideración la limitación física que padece el recurrente, en ese sentido se adopta un trato preferencial para con el demandante a fin de no obstaculizar su ejercicio del derecho a la libertad de trabajo, lo que cabría en lo que conocemos como discriminación positiva, cuando ante un hecho se opta por utilizar medidas efectivas para la inclusión de las personas que se encontrarían en desventaja, como por ejemplo, cuando padecen de una discapacidad.

No obstante, el Tribunal Constitucional también fue enfático en señalar que:

(...) se colige que la discapacidad que padece el demandante no puede ser utilizada para tratar de beneficiarse de manera exclusiva y excluyente utilizando un espacio no propicio para la venta de artesanías; más aún si dentro de la zona destinada a dicha actividad cuenta con un “puesto o *stand*”.

Ante ello, concluye que no se afectó el principio-derecho a la igualdad, como tampoco los derechos a la libertad de trabajo y de motivación de las resoluciones administrativas. Sin embargo, exhortó a la demandada se permita disponer de un *stand* ubicado cerca al ingreso del Complejo Turístico Baños del Inca, y bajo esas consideraciones, declaró infundada la demanda.

- Expediente del Proceso de Cumplimiento N°04104-2013-PC/TC del Tribunal Constitucional

En este caso, el recurrente, Señor Diomedes Luis Nieto Tinoco, Presidente de la Federación Regional de Personas con Discapacidad de Junín, interpone una demanda de cumplimiento solicitando que el Gobierno Regional de Junín, en atención al artículo 10 de la Ley N° 27050 y al artículo 2 de la Ley N° 28164, cree e implemente la Oficina Regional para la Atención de las Personas con Discapacidad, en adelante OREDIS, a fin de contratar personas con discapacidad que cumplan con las condiciones de idoneidad para el cargo, cumpliendo con el porcentaje establecido en el artículo 33 de la Ley N° 27050.

El recurrente fundamenta su pedido, señalando que el Gobierno de Junín expidió el Plan Regional Concertado para el Desarrollo de las Personas con Discapacidad, el cual no puede ser correctamente ejecutado o materializado si no cuenta con un órgano técnico que permita su ejecución; lo cual es necesario debido a la alta tasa de personas con discapacidad en la Región de Junín.

En el análisis del Tribunal Constitucional se ve la posibilidad de exigir, por medio del proceso de cumplimiento, la creación de dicha oficina. En ese sentido, manifiesta que ante la complejidad de materialización de algunos procedimientos se debe tener en claro que: "(...) no significa que el mandato se encuentre condicionado, sino tan solo que el mandato es de implementación compleja, pero que su cumplimiento es perentorio". Esto debido a que el proceso de cumplimiento, debe verificar, que la realización de un acto administrativo o de una norma legal no se dé de forma demasiado tardía, deficiente o insuficiente, evitando así la vulneración de derechos fundamentales.

No obstante, en atención a la complejidad de lo solicitado, el Tribunal Constitucional, consideró en su fundamento 27 que:

(...) el cumplimiento de dicho mandato requiere por parte de los gobiernos regionales el desarrollo de ciertas acciones para la creación de dichas oficinas y para su implementación efectiva. Por ejemplo, la expedición de la ordenanza regional que así lo disponga, la modificación del ROF, y del MOF del Gobierno Regional de Junín, la habilitación de plazas presupuestadas para el personal a cargo de dicha oficina, el concurso público para la asignación de dichas plazas, y la habilitación de un presupuesto para el funcionamiento de dicha oficina.

Ante ello, se entiende que la renuencia de cumplimiento por parte de la autoridad municipal puede ser entendida por la complejidad desprendida de la obligación legal de implementar dichas oficinas en el proceso de cumplimiento, pero, aun así, la

exigibilidad de dicho mandato va ligada a un proceso de seguimiento en vía de ejecución a fin de verificar el cumplimiento de todas las acciones encaminadas a cumplir con el mandato contenido en la ley. Bajo esa idea, se advierte que los gobiernos regionales, conforme a ley, tuvieron un plazo de 120 días para la creación de las OREDIS y a la fecha de la sentencia habrían transcurrido 10 años, sobrepasándose de manera prolongada el plazo, por lo que se observa que la razón del incumplimiento se debía más a la falta de voluntad del municipio para cumplir con la ley, que por razones de presupuesto. Por ello el Tribunal Constitucional, expresa en su fundamento 41 que:

(...) no invade la competencia del GORE de Junín para definir el modo de su organización política interna, al forzar la creación de una oficina dentro de su estructura orgánica. Antes bien (...) en estricto seguimiento de sus funciones, rescata el cumplimiento de lo prescrito en aquella ley (...) atendiendo la difícil situación que enfrentan las personas con discapacidad en nuestro país, debían crear oficinas especializadas que permitan la formulación, ejecución y seguimiento adecuado de las políticas a favor de este grupo poblacional.

De esta forma, manifestó la necesidad de establecer una oficina en el Gobierno Regional de Junín para atender de forma especializada casos sobre discapacidad, con la finalidad de brindar tutela judicial urgente. Es así que declara fundada la demanda y se ordena al GORE Junín cumpla con crear la OREDIS, conforme a lo establecido en la Ley General de la Persona con Discapacidad.

1.2.4.2. Inclusión Laboral de las Personas con Discapacidad

SECTOR PÚBLICO

- Directiva N° 002-2016-SERVIR/GDSRH “Normas para la gestión de los procesos de selección en el régimen de la Ley N° 30057, Ley de Servicio Civil”.

En esta directiva se puede observar que en su numeral 5.2.5., se indica que, en atención al artículo 48° en concordancia con la Séptima Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29973 “Ley General de la Persona con Discapacidad” se establece que la persona con discapacidad que haya participado del concurso público de méritos, luego de haber pasado la evaluación de la entrevista final y haber alcanzado el puntaje mínimo aprobatorio en la evaluación, tiene derecho a la bonificación del 15% en la entrevista final, esto en atención al candidato elegido por el Comité de selección o en su defecto por el Jefe de la oficina de recursos humanos. Ante este procedimiento, se debe tener en consideración lo dispuesto por el artículo 54° del Reglamento de la Ley N° 29973 que señala que cuando haya un empate en un concurso público de mérito, se debe optar por seleccionar a la persona con discapacidad. Pudiéndose observar que existe un trato preferente, como anteriormente señalamos, discriminación positiva, cuando se trata de tomar medidas orientadas a proteger a las personas que se encontrarían de alguna forma en desventaja.

Debiéndose tener en cuenta, que el no cumplimiento de esta bonificación acarrearía una multa de hasta 20 UIT, considerándose como una infracción muy grave, según 81° del Reglamento previamente mencionado.

- Expediente de Acción de Inconstitucionalidad N°0008-2005-AI del Tribunal Constitucional

En la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Señor Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos contra la Ley N° 28175 “Ley Marco del Empleo Público”, se analiza si al omitir la inclusión del derecho a los servidores públicos a la carrera administrativa de la Constitución de 1993, se estaría vulnerando una serie de derechos fundamentales.

Es así que el Tribunal Constitucional considera pertinente precisar que referente a los derechos laborales siempre se debe garantizar la igualdad de oportunidades de acceso al empleo, por ello manifiesta que: “La igualdad de oportunidades –en estricto, igualdad de trato– obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria”.

Además, señala que, dentro del derecho laboral, en consideración de lo expresado por los autores Miguel Rodríguez Piñeiro y Mejía Fernández López, se establece si una conducta en una empresa es discriminatoria o de diferenciación razonable cuando dos situaciones reales son equiparables, pero ante ello predominan sus diferencias.

Asimismo, también señaló que: “(...) la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución”.

Por tanto, si bien el caso mencionado, no guarda íntima relación con los derechos laborales de las personas con discapacidad, en este caso el Tribunal Constitucional ha mencionado el deber de garantizar la igualdad de oportunidades de acceso al empleo, y si esto lo interpretamos no un sentido restringido, sino en un sentido amplio, también debería de componer a las personas con discapacidad a quienes tampoco y bajo ninguna circunstancia se les debería de discriminar.

- Expediente de Proceso de Amparo N°0217-2004-AA/TC del Tribunal Constitucional

En el proceso de acción de amparo interpuesto por Ángel Berrios Flores contra la Municipalidad Provincial de Tacna, solicitando la reposición a su centro de trabajo, dejándose sin efecto el despido de hecho del que había sido objeto. Esto a razón, de que al haber cumplido un año de servicios interrumpidos en dicha entidad señalaba que era aplicable a su caso lo dispuesto en la Ley N° 24041 en su artículo 1° que establece lo siguiente:

Los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de la misma ley.

En ese sentido, el recurrente manifestaba que se habían visto vulnerados sus derechos al trabajo, al debido proceso, de defensa y a la igualdad ante la ley; no considerándose además que al tener un impedimento físico se encontraría en desventaja frente a otras personas para acceder a un empleo.

La emplazada por su parte señala que el actor no ha cumplido cabalmente un año ininterrumpido de servicios y que a su caso es aplicable lo dispuesto en el artículo 2 de la ley mencionada previamente, manifestando a su vez que el trabajador se encontraba bajo el régimen de la actividad laboral privado, que se rige con el Decreto Legislativo N° 728.

Ante el recurso extraordinario interpuesto; y para la correcta evaluación del caso, el Tribunal Constitucional toma en consideración el Acta de Inspección Especial, observándose que el recurrente se desempeñaba en el puesto de Asistente de Obras desde 1999 hasta 2002 cuando se le prohibió el ingreso a su centro de trabajo, viéndose además, que la emplazada no emitió ninguna carta de despido o de cese previo al despido y que el trabajador había sido calificado con un desempeño satisfactorio y óptimo en la Evaluación Integral realizada anteriormente por la demandada, pese a su condición de discapacitado. Por lo que, al haberse acreditado la relación de subordinación, dependencia y continuidad del empleado, como también, en atención al Principio de la Primacía de la Realidad se resolvió declarar fundada la demanda y reponer al recurrente al puesto de trabajo que desempeñaba u a otro de igual nivel o categoría.

SECTOR PRIVADO

- Resolución de Superintendencia N° 141-2016-SUNAFIL.

Emitida en atención a los artículos N° 7, 23 y 26 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, conforme a los Convenios celebrados con la Organización Internacional del Trabajo N° 111, 159, como también a la Ley General de la Persona con Discapacidad N° 29973 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 002-

2014-MIMP, viéndose la Ley N° 29981 que crea a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 009-2013-TR, se expide el presente documento a fin de, como señala su artículo 1°:

Contar con un instrumento técnico normativo que establece de forma clara y precisa las reglas y criterios específicos para el adecuado ejercicio de la función inspectiva, con la finalidad de coadyuvar a la verificación eficiente del cumplimiento de la cuota de empleo para personas con discapacidad aplicable a los empleadores del sector privado.

En ese sentido, se desarrolla en el cuerpo normativo, diversas consideraciones a tomar en cuenta cuando se fiscaliza el sector privado referente a la inserción laboral de las personas con discapacidad, viéndose: las actas de infracción, los alcances del procedimiento sancionador, la fiscalización posterior aleatoria, entre otros conceptos.

En dicho protocolo encontramos en el Anexo 1 “Casos prácticos sobre el cálculo de la cuota de empleo”, donde se ven dos casos donde se aplica y no aplica la obligación de la cuota de empleo. En el primer ejemplo, se hace referencia a una empresa denominada como Guille S.A., quien tiene a 30 trabajadores que han laborado 1 año, 30 trabajadores que han laborado 6 meses y 30 trabajadores que han laborado 20 días, de tales cifras se saca un ponderado que sumado sale 46.67, monto que del cual no corresponde aplicar la cuota del 3% de trabajadores con discapacidad; a diferencia del segundo ejemplo, en donde se tiene a una empresa denominada bajo el nombre de Fernanda S.A.C. en donde se tiene a 30

trabajadores que han laborado 1 año, 20 trabajadores que han laborado 6 meses y 15 trabajadores que han laborado 20 días, que sacando el ponderado por cifra, da una suma redondeada de 55.8, cifra a la que si aplicaría la cuota del 3%, que ascendería a 1.7 de personas como cuota.

1.3. **Marco Normativo**

Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo

El convenio mencionado, tiene su esencia en la discriminación en materia laboral, tanto en empleo como en ocupación.

Para la emisión del menciona Convenio, se tiene en consideración a la Declaración de Filadelfia, en donde se afirma que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual, en respecto de la libertad y dignidad, seguridad económica, así como en la igualdad de oportunidades; sumado a ello se tiene en cuenta que la discriminación.

Conforme al convenio mencionado, por discriminación se entiende como cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que conlleve a anular o alterar la igualdad de oportunidades en la ocupación de un empleo. Haciéndose claramente una diferenciación entre la distinción exclusión o preferencias respecto de la discriminación, pues las primeras no podrán ser consideradas como tal.

El convenio analizado, establece que todo miembro queda obligado a realizar una política nacional que promueva la imposición de métodos adecuados en la

determinación de la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación; a fin de eliminar cualquier tipo de discriminación.

Debemos tener claro, que, dentro de este contexto, están ubicados también las personas con alguna discapacidad, por tanto, es deber del estado velar por la defensa de derechos y no discriminación laboral de estas personas.

Asimismo, el convenio obliga a que los estados miembros, fomenten políticas que conlleven a la cooperación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores; también deberán emitir leyes y programas educativos que garanticen el cumplimiento de las políticas.

En consecuencia, también deberán derogarse toda disposición legislativa que sea incompatible con las políticas a imponer, asimismo se deberá modificar las disposiciones prácticas administrativas incompatibles.

En ese sentido, podemos ver que el convenio N° 111 de la OIT, determina la no discriminación por cualquier índole, entrando a tallar también las personas con discapacidad, quienes no podrán ser discriminadas por su condición, debiendo tener igualdad de oportunidades frente a los demás; en consonancia a que ello es deber del estado, velar por la igualdad de oportunidades, conforme a lo establecido en el convenio mencionado.

Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad

Artículo 27.- Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el

derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación.

Artículo 28.- Nivel de vida adecuado y protección social 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad. 2. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho.

Constitución Política Del Perú

Artículo 2°. - Toda persona tiene derecho:

15. A trabajar libremente, con sujeción a ley.

Artículo 23°. - El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad **y al impedido de trabajar.**

El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.

Artículo 26°. - En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.
2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.
3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

Ley General de la Persona Con Discapacidad

De conformidad con lo contenido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, se expidió la Ley N° 29973 “Ley General de la persona con Discapacidad” a fin de promover, proteger y viabilizar las condiciones de igualdad de las personas con discapacidad. En ese sentido, el Capítulo VI de la precitada ley abarca el derecho al trabajo y promoción del empleo, estableciéndose en el artículo 49° una cuota de empleo, que señala lo siguiente:

Artículo 49.- Cuota de empleo

49.1 Las entidades públicas están obligadas a contratar personas con discapacidad en una proporción no inferior al 5% de la totalidad de su

personal, y los empleadores privados con más de cincuenta trabajadores en una proporción no inferior al 3%.

1.4. Definiciones de términos básicos

- 1) **Acción.-** Derecho potestativo, con reconocimiento a nivel de legislación internacional, que tiene por contenido la potestad atribuida a todo sujeto de acudir al Estado, para hacer valer un derecho que considera vulnerado por otro sujeto (Monroy Gálvez , 2013).
- 2) **Derecho laboral.** - El derecho del trabajo es el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto conseguir el equilibrio y la justicia social en las relaciones de trabajo.
- 3) **Dignidad.** - Aquello inexpropiable que hace al individuo resistente a todo, incluso al interés general y al bien común: el principio con el que nos oponemos a la razón de Estado, protegemos a las minorías frente a la tiranía de la mayoría y negamos al utilitarismo su ley de la felicidad del mayor número.
- 4) **Discapacidad.** - Discapacidad es un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales.

Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive.

- 5) **Inclusión Social.** - “Es la situación que asegura que todos los ciudadanos sin excepción, puedan ejercer sus derechos, aprovechar sus habilidades y tomar ventaja de las oportunidades que encuentran en su medio”. (MIDIS, s.f.)
- 6) **Tutela jurisdiccional efectiva.** - Es aquel por el cual toda persona, como integrante de una sociedad, puede acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a que sea atendida a través de un proceso que le ofrezca las garantías mínimas para su efectiva realización.

CAPÍTULO II:

DISEÑO METODOLÓGICO

2.1. Diseño de la investigación

- **Tipo**

El tipo de investigación que se aplicará será el **Cualitativo**, ya que realizaremos un conjunto de procesos, partiendo de una idea, la cual una vez definida, procederemos a redactar una perspectiva teórica. Tal y como menciona Hernández Sampieri, “el investigador plantea un problema de estudio delimitado y concreto” (Hernandez Sampieri, Fernandez Collado, & Baptista Lucio, 2010).

- **Nivel**

El Nivel o alcance la investigación será el **Descriptivo**, debido a que se busca describir todos los elementos principales de una realidad, es decir busca describir el fenómeno objeto de estudio en materia de investigación, sobre la persona con discapacidad, y su derecho al trabajo.

- **Método**

El método de investigación será el **Deductivo**, ya que de afirmaciones generales se busca llegar a afirmaciones específicas a través de la aplicación de la lógica.

- **Diseño**

El diseño que se utilizará será en **No Experimental**, porque no habrá manipulación de las variables, solo se realizará una descripción de estas, se observan los fenómenos en su ambiente natural para analizarlos científicamente por otro lado el

tipo de diseño es correlaciona causal. (Hernandez Sampieri, Fernandez Collado, & Baptista Lucio, 2010)

Asimismo, se aplicarán:

- **El método exegético**

En tanto se investiga recurriendo al texto de la normativa de fuente legislativa como son la Constitución Política de 1993, Ley N° 29973 “Ley General de la persona con Discapacidad”; a fin de resolver las disyuntivas ocurridas, con el Convenio sobre los derechos de las personas con discapacidad.

- **El método dogmático**

Este método es el conjunto de fundamentos o principios por los que se rige una doctrina o sistema determinado, en ese sentido se recurrirá a la doctrina constitucional y laboral a fin de profundizar en la noción la de los derechos laboral, así como en la concertación de la protección de la dignidad de la persona, lo que será explicado en el desarrollo de la tesis.

2.2. Técnicas para la recolección de datos

2.2.1. Descripción de las técnicas e instrumentos.

Las técnicas de recolección de información y análisis a emplear para el desarrollo de esta investigación son:

- a) **Análisis documental**, donde se utilizó libros, normas y jurisprudencia como fuente primaria; y como fuentes secundarias, fichas bibliográficas y fichas electrónicas.

- b) **La entrevista**, considerada como una conversación, en donde se realizan preguntas y se escuchan las respuestas; en donde influye en demasía las características del entrevistado, por ser especialistas y conocedores en el tema.

Organizar una entrevista implica:

- a) Planear, dirigir, coordinar y controlar su aplicación
- b) Determinar por muestra las unidades de análisis a encuestarse.
- c) Establecer las estrategias a seguir para seleccionar las utilidades de análisis.
- d) Asignar a los entrevistadores para el presente trabajo de investigación
- e) Ordenar el material de las entrevistas.

2.2.2. Descripción de los instrumentos

Instrumentos

- A. Ficha de recojo de información** utilizada en la técnica de información.
- B. El fichaje**, que será utilizado principalmente para el desarrollo de la información obtenida de obras y artículos.
- C. El cuestionario estructurado**, se utilizará un cuestionario de preguntas abiertas, el cual será validado por 02 Doctores en DERECHO y será aplicado a jueces, profesionales que trabajen en la SUNAFIL que permitirá obtener información valiosa de una muestra representativa dirigida a nuestra unidad

de análisis. Debemos señalar que la muestra estuvo constituida de la siguiente manera:

- a. 5 jueces Especializados en lo Constitucional
- b. 10 trabajadores de la SUNAFIL

Quienes prestaron su apoyo de manera incondicional y anónima.

2.2.3. Descripción de los instrumentos

Instrumentos

- a) **Ficha de recojo de información** utilizada en la técnica de información
- b) **El fichaje**, que será utilizado principalmente para el desarrollo de la información obtenida de obras, artículos, sentencias, etc.

2.3. Aspectos éticos

En el presente trabajo de investigación, se cumplirán con todos los requisitos y condiciones para la elaboración del mismo, de conformidad con los lineamientos y normas que establezca la Facultad de Derecho de la USMP. En ese sentido preciso en indica que la presente investigación será de producción auténtica e inédita, respetando los derechos de autor de los especialistas mencionados.

CAPITULO III:

RESULTADOS

3.1. Análisis de Entrevistas

PRIMERA PREGUNTA

¿Cree Ud. que se viene afectando el Derecho al trabajo de las personas con discapacidad?

Resumen de las entrevistas a los profesionales de la SUNAFIL

Uno de los problemas que se encontraron, fue que las empresas en general aprovechan la falta de una definición clara de lo que es la una discapacidad, pues ella puede ser considerada como una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión en la sociedad en igualdad de condiciones; en ese sentido, existen empresas que inscriben ante el Registro Nacional de la Persona con Discapacidad, a quienes no necesariamente pueden tener una discapacidad, o al menos para quienes está dirigida la ley de la materia.

En ese sentido, y a fin de que las empresas puedan aprovechar dichas circunstancias, por ejemplo, registran como personas discapacitadas a personas que no tienen una falange en algún dedo de la mano; que necesariamente no es una discapacidad; pero estarían cumplimiento con la cuota del 3% de contratación de personas con discapacidad.

Resumen de las entrevistas realizadas a los Jueces Constitucionales

Los jueces han confirmado que existiría una afectación del derecho al trabajo de la persona con discapacidad, dicha afirmación ha sido de manera directa; pero ello no solo parte de las empresas privadas que con argucias buscan esquivar las cuota de empleabilidad de las personas con discapacidad, sino que el estado mismo, por medios de sus gobiernos regionales o locales, ejercen un evidente desasosiego con las personas con discapacidad, pues las calles en general, no tienen plenas señalizaciones para las personas con ceguera, o veredas debidamente asfaltadas para personas que andan en sillas de ruedas.

En una de las entrevistas realizadas, se pudo confirmar que las empresas confunden mucho el termino de discapacidad con incapacidad, subestimando en ese sentido a las personas con discapacidad, siendo un reto, el cambiar la mentalidad de las empresas respecto de este punto, a fin de que, de alguna forma se pueda generar puestos de empleo para este sector de la población.

Análisis final

De las entrevistas realizadas, tanto a profesionales que laboran en la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL); así como de magistrados de los juzgados constitucionales de la Corte Superior de Justicia de Lima, consideran que, en efecto, existe un grave problema con el acceso al trabajo de las personas con discapacidad, pero que es algo que se está trabajando.

En efecto, se ha podido comprobar que existe una afectación, del derecho al trabajo, de las personas con discapacidad, esta afectación no solo viene de las empresas

privadas, sino también del sector público, respecto de este último, se incidió en los gobiernos locales, quienes tienen el deber de adecuar el camino de las personas con discapacidad es decir adecuar las calles para que las personas con discapacidad, puedan deambular libremente, sin embargo, esto es algo que no se viene cumpliendo. Sumado a ello, y respecto del ámbito laboral, existe un problema con el término de discapacidad, pues su conceptualización puede ser demasiado amplia, a modo de determinársele a una persona, por lo que debe restringirse su concepto.

SEGUNDA PREGUNTA

¿Considera que actualmente se viene afectando la dignidad de la persona con discapacidad, al no poder encontrar un centro de trabajo formal?

Resumen de las entrevistas a los profesionales de la SUNAFIL

Han señalado que, si bien existe normativa que obligue de alguna manera a las empresas a cumplir con una cuota de trabajadores con alguna discapacidad, esta no se viene cumpliendo como se proyectaba.

Dentro de este contexto, hacen mención a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, para que el Estado determine políticas públicas sobre la materia, a fin de promover el acceso al empleo de las personas con discapacidad, a fin de que pueda asegurarse su dignidad, así como la igualdad material de oportunidades a fin de acceder a un empleo libremente elegido; tanto en el ámbito privado como en el ámbito estatal, y que este último también ejerza una adecuada fiscalización.

Resumen de las entrevistas realizadas a los Jueces Constitucionales

Los jueces constitucionales, han afirmado que el estado no solo puede ser un emisor de normativa, sino que este también debe ejercer un orden en el ámbito social y económico, una institución que garantice el libre desarrollo de todos y de cada uno de los seres humanos, dentro de una sociedad, lo cual supone un desarrollo adecuado a nivel moral y material de los ciudadanos, en base a la dignidad humana.

De la misma forma, hemos encontrado respuestas, donde señalan la dignidad de la persona con discapacidad, al no poder encontrar un centro de trabajo formal, se relaciona con el derecho a la igualdad que tienen las personas con discapacidad, la cual conlleva a decir, que las personas con discapacidad deben de tener un trato diferenciado, pues estas se encuentran en cierta desventaja de las demás personas sin alguna discapacidad, de esas manera se estaría garantizando el disfrute generalizado de los derechos en condiciones de la dignidad.

Análisis final

Respecto, esta interrogante, casi la totalidad de entrevistados, hicieron referencia al artículo N° 1 de nuestra Constitución Política, que a la letra dice “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, el cual constituye la piedra angular de los derechos fundamentales, así como el soporte estructural de todo el sistema constitucional, y en consecuencia de todo el sistema normativo.

Por tanto, el Estado, tiene el deber de brindar una atención especial a las personas que padezcan alguna disminución de sus capacidades físicas o mentales, a fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad; el ejercer algún tipo de discriminación frente a este sector social, incidiría en la afectación de su derecho a la dignidad, y su defensa es considerado como el fin supremo de la sociedad y del Estado.

TERCERA PREGUNTA

¿Cree Ud. que el Estado no está cumpliendo debidamente con su deber de protección, frente a las personas con discapacidad (en relación a su derecho fundamental al trabajo y a una vida digna)?

Resumen de las entrevistas a los profesionales de la SUNAFIL

Los profesionales de la SUNAFIL, han afirmado que el Estado, es respetuoso de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, encargando dicha labor a la SUNAFIL, al Ministerio de Trabajo, e incluso a la CONADIS, quienes buscan velar por los derechos de este sector de la población.

Asimismo, el Estado emitió el Reglamento de la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, en donde se planteó la cuota de empleo, tanto para el sector público como privado, que, ante su incumplimiento, se harán efectivas las sanciones pecuniarias correspondientes.

Resumen de las entrevistas realizadas a los Jueces Constitucionales

Los jueces constitucionales, por su mismo desempeño han ido directo a la normativa constitucional e internacional, sobre el material, señalando sobre todo el artículo N°

22 de nuestra Constitución Política, señala que el trabajo es un deber y un derecho, por tanto, debemos tener presente lo que menciona este artículo, pues el acceso al trabajo no solo es un derecho, sino un deber en sí mismo, teniendo en cuenta que el trabajo es la base de bienestar social, así como de realización personal.

Se ha hecho mucha referencia a que el Perú forma parte de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, y como tal, tiene el deber de promover, proteger, asegurar los derechos de las personas con discapacidad, así como de su inserción al mercado laboral.

Asimismo, el Estado tiene el deber de prohibir la discriminación y promover la adaptación razonable de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo.

También han hecho referencia al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo N° 2, numeral 1, señala que:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Asimismo, en su artículo N° 4, numeral 2, señala que:

Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles

y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional.

Finalmente, no era de menor esperar que mencionen al Tribunal Constitucional, quienes han manifestado que, los poderes públicos, en general, tienen un deber especial de protección de los derechos fundamentales de la persona. Tal deber de protección exige la actuación positiva de aquellos.

Análisis final

Dentro de todas las respuestas obtenidas de las entrevistas realizadas, se ha podido observar que ha habido mucha referencia a la inclusión social, con política pública iniciada por los últimos gobiernos de nuestro país, la misma que ha servido como principio de muchas políticas públicas determinadas por nuestro país, dirigida a los sectores más vulnerables de los estratos sociales; debiendo el estado asumir mayor responsabilidad ante la problemática que el sector privado, pueda cumplir con su deber de protección y su finalidad sustancial de servir a la persona humana en aras a que alcance los más altos grados de perfección posibles, debiéndose dar especial atención a las personas discapacitadas dado que se encuentran en situación de desventaja.

En ese sentido, conforme a las entrevistas realizadas, gran parte de la muestra considera que el estado tiene el deber debidamente fundamentado de garantizar la inserción laboral de las personas con discapacidad, sin embargo, si bien ha

determinado una normativa que coadyuve su inserción, esta no es aplicada de manera correcta, tanto en la inserción como en la fiscalización.

CUARTA PREGUNTA

¿Cree Ud. que el Perú tiene una normativa laboral nacional acorde a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?

Resumen de las entrevistas a los profesionales de la SUNAFIL

Los profesionales de la SUNAFIL, han señalado que si existe una normativa laboral nacional acorde a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; el nivel de protección es tanto a nivel constitucional, jurisdicción ordinaria y a nivel administrativo; todos con el debido respeto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y la aplicación de la normativa a nivel administrativo esta vigente, realizándose las fiscalizaciones correspondientes.

Resumen de las entrevistas realizadas a los Jueces Constitucionales

Los jueces constitucionales entrevistados han podido afirmar que existe normativa nacional, acorde a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; sin embargo, existen deficiencias en su aplicación, ello debido a que no se tiene en concreto una definición de los que sería una incapacidad física, tal como se puso el ejemplo en la primera interrogante, respecto de la falta de una falange de un dedo, esta podría ser considerada como incapacidad.

Análisis final

En general se concuerda la existencia de una normativa, pero con problemas reales en su debida aplicación a la realidad nacional.

QUINTA PREGUNTA

De existir una normativa acorde a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ¿Cree Ud., que esta es suficiente para la defensa de los derechos laborales de estas personas?

Resumen de las entrevistas a los profesionales de la SUNAFIL

La existencia de la normativa sobre la materia es aceptada por los profesionales de la SUNAFIL, toda vez que son personas que tienen conocimiento en la materia, también han considerado que los legisladores han hecho cierto esfuerzo, sin embargo, algunos han concebido que existen deficiencias que deben ser subsanadas; siendo la principal, la de definir en concreto a que llamamos discapacidad.

Algunas de los entrevistados, también han afirmado que la normativa nacional, si garantiza lo señalado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sin embargo, es la misma población que no ha asumido un compromiso para su debido cumplimiento.

Resumen de las entrevistas realizadas a los Jueces Constitucionales

Los jueces constitucionales, han señalado que, si bien se cuenta con los herramientas e instrumentos para la aplicación de la normativa vigente, actualmente vemos que los objetivos de esta ley no se han cumplido a cabalidad, por parte de

los empleadores; lo cual se podría deber a diversos factores, tanto por la falta de información al momento de publicación de la ley, desconocimiento del cálculo para el cumplimiento de la cuota de empleo o por perjuicios en general. Escenario que se incrementaría aún más en el sector público, dado que se encuentra menos reglamentado en comparación con el sector privado.

Análisis final

Por tanto, es posible afirmar, conforme a las entrevistas realizadas, que la normativa si bien existe, no es suficiente para el acceso a las oportunidades laborales para las personas con discapacidad.

SEXTA PREGUNTA

¿Considera que la cuota de empleo establecida en la Ley N° 29973, viene siendo respetada tanto por el sector público como el privado?

Resumen de las entrevistas a los profesionales de la SUNAFIL

Respecto de la presente interrogante, se pudo concretar que los entrevistados tienen conocimiento de la cuota de empleo de personas con discapacidad que deben tener las empresas privadas, siendo su respuesta “si las empresas tienen más de 50 trabajadores, al menos el 3% deberán de ser personas con discapacidad, o también utilizaban el termino con capacidades especiales”.

Los trabajadores de la SUNAFIL afirmaron que se viene haciendo fiscalización a las empresas para que estas puedan cumplir con la cuota determinada por ley, asimismo en las fiscalizaciones que realizan, también explican sobre los beneficios

que tienen ante el cumplimiento de la cuota, asimismo les explican las sanciones que se acarrearán por su incumplimiento.

Han hecho referencia que los empleadores generadores de rentas de tercera categoría que emplean a personas con discapacidad tienen una deducción adicional en el pago de impuestos a la renta; las empresas promocionales, tienen beneficios de preferencia en la contratación de bienes, servicios u otros.

Respecto de las instituciones públicas, estas tienen la obligación de contratar a personas con discapacidad en una proporción no inferior al 5% del total de su personal.

Resumen de las entrevistas realizadas a los Jueces Constitucionales

Los jueces constitucionales, en su mayoría no ha concebido dar una respuesta en concreto, sobre el cumplimiento de la cuota de empleo de las personas con discapacidad, algunos haciendo referencia de que dicho conocimiento lo tendrían los jueces que llevan los procesos contenciosos administrativos, pues ante el incumplimiento de la cuota de empleo, se determinaría una sanción administrativa, la misma que podría ir por el contencioso administrativo.

Sin embargo, algunos de los jueces constitucionales, se atrevieron a responder las preguntas, quizá por conocimientos generales, o porque en algún momento, pudieron tomar conocimiento de casos similares, señalando que la cuota de empleo no se cumple íntegramente, que de alguna forma se ha distorsionado la definición de discapacidad, dando posibilidad a que documentalmente puedan cumplir con la cuota de empleo, pero en la realidad, dicha discapacidad es atenuada.

Análisis final

En ese sentido, conforme a las respuestas desglosadas, adicional a la información antes descrita la cuota de empleo no viene siendo cumplida, forjándose la idea que tanto en el ámbito privado, como en el ámbito público no existe un cumplimiento de las cuotas de empleo en favor de las personas con discapacidad; existiendo así, una especie de aprovechamiento de las empresas privadas, e incluso del sector público, al existir un vacío evidente, sobre como determinar la discapacidad de una persona, aquí debemos recalcar que nuestra posición es, que una persona que no tiene la falange de un dedo de la mano, no puede ser considerada como discapacitada.

SEPTIMA PREGUNTA

¿La sola activación de la cuota de empleo para las personas con discapacidad, dan prevalencia al derecho fundamental al trabajo de las personas con discapacidad?

Resumen de las entrevistas a los profesionales de la SUNAFIL

Los profesionales de la SUNAFIL, han determinado que, en efecto, si existe una relación entre la activación de la cuota de empleo para las personas con discapacidad, con el derecho al trabajo como derecho fundamental, pero ello no afirma su prevalencia; a razón de que los entrevistados afirman, que el acceso al trabajo de las personas con discapacidad es limitado, sirviéndose de una cuota obligatoria de cumplimiento, pero que esta no es cumplida a cabalidad.

Asimismo, han señalado, que la sola activación de la cuota de empleo, no puede garantizar que las personas con discapacidad adquieran un puesto laboral en alguna empresa privada o en el sector público, sino que ello debe de ser parte de toda una política pública debidamente organizada, y sobre todo con la voluntad de las personas e instituciones que la instauran, y no solo por un mero cumplimiento.

Resumen de las entrevistas realizadas a los Jueces Constitucionales

Los jueces constitucionales, han señalado que la sola activación de la cuota de empleo, no dará objeto y funcionalidad al derecho fundamental al trabajo de las personas con discapacidad, sino que ello debe de ir acompañado de campañas que brinden información sobre los beneficios y sanciones que se acarrearán al no cumplir con ello; así como crear una educación de inclusión participativa en todos los campos de proyección económica, en los diferentes estratos sociales, así como en todos los grupos sociales de mayor y menor protección.

Análisis final

Por tanto, podemos decir que el derecho al trabajo no estaría plenamente garantizado con la aplicación de la cuota de empleo; a ello debemos sumar que actualmente podemos ver por la calle gran cantidad de personas con discapacidad que vienen trabajando como vendedores ambulantes, a razón que no pueden acceder a trabajo formal o que el trabajo formal les ofrece menos ingresos como remuneración.

OCTAVA PREGUNTA

¿La sola activación de la cuota de empleo para las personas con discapacidad, darían prevalencia y respeto a la dignidad de la persona con discapacidad?

Resumen de las entrevistas a los profesionales de la SUNAFIL

Dentro de las respuestas percibidas por los profesionales de la SUNAFIL, hemos encontrado un problema, al momento de que puedan encontrar una definición en concreto respecto de la dignidad; si bien algunos han hecho referencia a que ello es un derecho innato e inviolable, como intangible; sin embargo, vemos que no es una definición en concreto, más son características de la dignidad de la persona como derecho fundamental; razón por la cual, no encuentran una respuesta en concreto, sin embargo se atrevieron a señalar que sí, que existe una defensa de la dignidad de las personas con discapacidad, la emisión de la normativa de la material, busca defender los intereses de las personas con discapacidad.

Resumen de las entrevistas realizadas a los Jueces Constitucionales

Los jueces constitucionales han considerado que, la dignidad es el valor inherente al ser humano, por su racionalidad, libertad y capacidad de crear cosas; como vemos no es posible dar una definición en concreto de lo que es dignidad propiamente; pues el tema en sí mismo es complejo.

Sin embargo todos los entrevistados han señalado que, el deber fundamental y principal del estado es velar por el respeto irrestricto de la dignidad de la persona; en ese sentido considerando que la protección de la dignidad es el fin supremo del

estado, debiendo el estado cumplir con una protección completa de la misma y no a medias, lo cual ha sido considerado por los entrevistados, en suma la protección que vienen dando las instituciones públicas, así como de la normativa, no es completa y en caso de la presente interrogante, ha sido posible determinar que la sola activación de la cuota de empleo para las personas con discapacidad, no darían prevalencia y respeto a la dignidad de la persona con discapacidad.

Análisis final

Por tanto, podemos decir que, la activación de la cuota de empleo en favor de las personas con discapacidad, que obliga tanto a las empresas como a instituciones públicas tener vacantes para las personas con discapacidad, también es necesario instaurar una política pública de inclusión social para estas personas, partiendo desde los gobiernos locales hasta los regionales, a fin de que su acceso al trabajo no solo sea garantizado por una cuota de empleo, sino que sea parte de una política pública debidamente instaurada.

NOVENA PREGUNTA

¿Considera Ud. que la cuota de empleo para las personas con discapacidad, es suficiente para un grupo social que no ha sido tomado en cuenta por muchos años?

Resumen de las entrevistas a los profesionales de la SUNAFIL

Respecto esta interrogante hemos encontrado en general dos posiciones, remarcadas en sí misma, por quienes laboran en la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, pues las respuestas de estos entrevistados inciden en que el

Estado por medio de la normativa planteada ha buscado llegar a todos los sectores sociales, como es el sector de las personas con discapacidad, asimismo se cuenta con diferentes sedes de la SUNAFIL a lo ancho de nuestro país, a donde se puede recurrir ante cualquier posible afectación a un derecho laboral. Respuestas que podrían ser comunes por la labor que realizan.

Resumen de las entrevistas realizadas a los Jueces Constitucionales

Los jueces constitucionales, han hecho referencia de que la protección de un derecho no solo se debe determinar en una normativa, o de una cuota de empleo obligatoria, sino que se debe de determinar dentro de un marco de protección acompañado de otras políticas públicas de inclusión e inserción laboral.

Análisis final

Por tanto, se ha llegado a concluir, respecto de la presente interrogante, que la sola cuota de empleo para las personas con discapacidad, no es suficiente para este grupo social que ha sido olvidado por muchos años; por tanto, es necesario propugnar nuevas políticas públicas sólidas, sobre la defensa de los derechos laborales de las personas con discapacidad; y no solo fiarnos de la normativa vigente, que si bien, va acorde a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no es suficiente.

DECIMA PREGUNTA

¿Conoce Ud. cuáles son los objetivos de la Ley N° 29973?

Resumen de las entrevistas a los profesionales de la SUNAFIL

La totalidad de los profesionales de la SUNAFIL, señala conocer los objetivos y alcances de la Ley N° 29973 - Ley General de la Persona con Discapacidad; haciéndose mención al respeto de la dignidad, la no discriminación, la participación e inclusión, el respeto por la diferencia y la aceptación, la igualdad de oportunidades, la accesibilidad, la razonabilidad y la interculturalidad; estas como los principios rectores de las políticas y programas del Estado, planteados en la Ley General de la Persona con Discapacidad.

Resumen de las entrevistas realizadas a los Jueces Constitucionales

Los jueces constitucionales, han afirmado conocer la Ley General de la Persona con Discapacidad; debido a que han tomado conocimiento de casos que han conllevado analizarla.

Análisis final

La totalidad de entrevistados han afirmado conocer la normativa señalada; por cuanto fue factible proceder con las siguientes interrogantes.

DECIMO PRIMERA PREGUNTA

De conocer los objetivos de la Ley N° 29973 ¿cree Ud. que estos se vienen cumpliendo satisfactoriamente?

Resumen de las entrevistas a los profesionales de la SUNAFIL

Los profesionales de la SUNAFIL, han podido desglosar algunos supuestos objetivos de la Ley N° 29973, que residen en el aseguramiento participativo de los gobiernos locales, regionales e instituciones estatales, en la inclusión de las personas con discapacidad, así como la armonización de políticas públicas relacionadas a la materia, determinando planes, estrategias o programas y proyectos relacionados a las personas con discapacidad.

Incitar a la participación de las organizaciones de personas discapacitadas, dentro de la sociedad civil, así como del ámbito privado, así como de buscar brindar información sobre los planes, proyectos y programas sobre el tema.

En concreto serían los objetivos por los cuales se creó la ley, siendo el principal la defensa de la persona con discapacidad, así como de promoción, protección y realización, en condiciones de igualdad, de los derechos de la persona con discapacidad, promoviendo su desarrollo e inclusión plena y efectiva en la vida política, económica, social, cultural y tecnológica.

Resumen de las entrevistas realizadas a los Jueces Constitucionales

Respecto de los Jueces Constitucionales, se ha podido denotar cierta desazón, ante el incumplimiento de los objetivos de la Ley N° 29973, pues aquí se remarca no solo el ámbito laboral de la persona con discapacidad, sino que se basa en una inclusión social de accesibilidad.

Análisis final

Existen muchas cosas por hacer, en favor de la inclusión de las personas con discapacidad, no solo en el ámbito laboral, sino en un ámbito netamente social; y la sola emisión de una normativa no es suficiente para ello, mucho menos la sola creación de un Ministerio de Inclusión Social.

DECIMO SEGUNDA PREGUNTA

¿Cree Ud. que con la sola emisión de la Ley N° 29973 reglamentada por el Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP; se podrá lograr la inclusión a la sociedad de las personas con discapacidad?

Resumen de las entrevistas a los profesionales de la SUNAFIL

Los profesionales de la SUNAFIL, señalan que la sola emisión de una ley, no garantiza la inclusión a la sociedad de las personas con discapacidad, aunque en la actualidad somos testigos de la evolución que viene teniendo la sociedad, respeto y empatía por las personas que hayan podido estar segregadas, es decir las personas con discapacidad; por tanto, la ley N° 29973 y su reglamento, debe de ir acompañada, como ya se mencionó, con políticas públicas viables y efectivas para nuestra sociedad.

Resumen de las entrevistas realizadas a los Jueces Constitucionales

De las entrevistas realizadas, respecto de que si la Ley N° 29973 reglamentada por el Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP, logran la inclusión a la sociedad de las personas con discapacidad; se ha podido resumir, que dichas normativas buscan la instauración de Políticas Nacionales que coadyuven a la defensa de los derechos

de las personas con discapacidad, así como que el sector público y privado respeten su acceso a un puesto de trabajo; así como que coadyuven su efectiva participación en todas las esferas de la vida social, económica, política y cultural.

Asimismo, han señalado que, los esfuerzos han existido para lograr la inclusión de las personas con discapacidad a la sociedad, pero estos esfuerzos no han sido suficientes; por tanto, es que vemos que se puede decir que ya existe una inclusión a la sociedad con la sola emisión de la normativa, sino que esta debe de ir acompañada de políticas públicas sobre la materia, tanto a nivel local como regional, así como de las instituciones públicas estatales.

Análisis final

Por tanto y conforme a las entrevistas realizadas, es posible decir que la sola emisión de la Ley N° 29973 reglamentada por el Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP; no lograría la inclusión a la sociedad de las personas con discapacidad.

CAPITULO IV:

DISCUSIÓN, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. Discusión

Respecto del problema, se ha podido determinar que la existencia de una normativa, bajo el nombre de Ley General de la Persona con Discapacidad, en la que se busca dar un resguardo o protección de los derechos de las personas con capacidades especiales, también es muy cierto que las empresas en general aprovechan la falta de una definición clara de lo que es una discapacidad, pues ella puede ser considerada como una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión en la sociedad en igualdad de condiciones.

Por tanto, es factible indicar que la aplicación de la normativa existe, sin embargo, las empresas privadas encuentran métodos para burlarla en cierta medida, y contratar personas que no necesariamente sufran alguna discapacidad, y ello en base a la falta de una definición clara de lo que es una discapacidad.

Claramente habría una elección dirigida para la ocupación de un cargo o puesto de empleo a fin de que no afecte la producción de su empresa; relacionado a ello, existiría también una falta de fiscalización constante de parte de la entidad encargada, quienes verificarían cuestiones formales sin ir más allá en el asunto.

El artículo N° 1 de nuestra Constitución Política, que a la letra dice “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y

del Estado”, el cual constituye la piedra angular de los derechos fundamentales, así como el soporte estructural de todo el sistema constitucional, y en consecuencia de todo el sistema normativo; y si una institución no vela por su respeto irrestricto de manera minuciosa, en ese sentido que se puede esperar del sector privado, que pueden utilizar mecanismos alternos para no bajar su producción, teniendo por error la definición de discapacidad con incapacidad.

Respecto de que si el estado viene cumpliendo sus deberes para con las personas con discapacidad, es cierto que la sola emisión de una normativa será suficiente para velar por el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, ello teniendo presente que el artículo 22 de nuestra Constitución Política, señala que el trabajo es un deber y un derecho, por tanto debemos tener presente lo que menciona este artículo, pues el acceso al trabajo no solo es un derecho, sino un deber en sí mismo, teniendo en cuenta que el trabajo es la base de bienestar social, así como de realización personal.

Respecto del primer problema específico, relacionado a que si la normativa nacional laboral, sobre las personas con discapacidad, cumplen las expectativas establecidas por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; se ha podido determinar que la aplicación de la norma está sujeta a ciertas deficiencias, tales como: la falta de compromiso del Estado el efectivizar las políticas públicas adoptadas, si bien existe una normativa al respecto, esta no se viene acatando por las empresas privadas, y si bien existen fiscalizadores estos no logran darse abasto para que hagan cumplir la normativa, lo cual haría suponer la preexistencia de una falta de cultura y educación de deberes laborales, en ese

sentido también se acota la falta de compromiso de las instituciones públicas para que pueda ser aplicada de manera correcta.

La cuota de empleo, para las personas con discapacidad, oscila entre el 3% y el 5%, de acuerdo a lugar de trabajo, debiendo tenerse en cuenta una definición concreta de “persona con discapacidad”, y el tipo de discapacidad que pueda padecer, los mismos que deberán de ser corroborado por los fiscalizadores de la entidad pertinente; quienes, al normal incumplimiento, será necesaria que se impongan las multas respectivas.

Respecto de que si se considera suficiente la activación de la cuota de empleo para las personas con discapacidad, para que no vieran afectados su derecho al trabajo como a una vida digna, debemos tener en cuenta que la sola activación de la cuota de empleo para las personas con discapacidad, pero ello no afirma la prevalencia del derecho fundamental al trabajo; a razón de que los entrevistados afirma, que el acceso al trabajo de las personas con discapacidad es limitado; y que la aplicación de la cuota de empleo, necesariamente debe de ir acompañada de incentivos y su incumplimiento reprochado con multas.

Debemos tener presente que la protección de la dignidad de la persona es el fin supremo del estado, debiendo el estado cumplir con una protección completa de la misma y no parcialmente.

Respecto de que si se considera que se han cumplido con los objetivos de la Ley N° 29973 reglamentada por el Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP, emitida a fin

de proteger y promover la inclusión de las personas con discapacidad; se ha logrado considerar que existe conocimiento de la ley; por razones propias y obvias.

En ese sentido, no se estaría cumpliendo con lo dispuesto por ley, si bien se hayan esfuerzos por cumplirla, ello no es suficiente, y se considera que es por falta de apoyo del Estado.

CONCLUSIONES

1. Se ha podido comprobar la afectación, del derecho al trabajo de la persona con discapacidad, pues el estado con la emisión de la normativa nacional, en concordancia a la normativa internacional vinculante, relacionada a los Derechos Humanos, estipulan y determinan el deber del estado en otorgar las garantías necesarias para que las personas con discapacidad puedan desarrollarse libremente (máximo desarrollo de su personalidad); asimismo como promover su desarrollo e inclusión plena y efectiva en la vida política, económica, social, cultural y tecnológica; o al menos es lo que se pretende establecer, siendo aún algo que no se viene aplicando a la realidad, es decir contamos con una ley, pero la misma no viene siendo aplicada (Ley muerta). Se debe tener presente que desarrollo supone, principalmente, un adecuado nivel moral y material de los ciudadanos, correspondiente a la dignidad humana, conforme a lo establecido por la Constitución Política del Perú, y lo pronunciado por el Tribunal Constitucional; sin dejar de lado, el derecho al trabajo considerado no solo como un derecho fundamental, sino también como un Derecho Humano, dirigido sin distinción ni discriminación a todas las personas. A ello debemos agregar la emisión de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que ha concebido el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás.

2. La Constitución Política peruana, en su artículo N° 2 inciso 2, prescribe la igualdad ante la ley, en consecuencia, nadie debe de ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole; si bien al señalar de cualquier índole, apertura la posibilidad de apertura cualquier tipo de discriminación, consideramos la necesidad de establecer textualmente “por motivo de discapacidad física o mental”, ello con el afán de dar un respeto irrestricto a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad; en ese sentido, se instaurarían políticas públicas que avalen la instauración de la premisa antes mencionada; con ello los Ministerios, Gobiernos Locales y Regionales, así como las empresas del sector privado, asumen compromisos de rango constitucional nominal, en la defensa y respeto irrestricto de los derechos, no solo laborales, de las personas con discapacidad.
3. La Ley General de la persona con discapacidad, fue creada con la finalidad de dar protección a los derechos de las personas con discapacidad, en busca de su pleno desarrollo, así como de una participación en la vida política, económica, social y cultural de nuestro país, ello conforme a los parámetros mínimos necesarios establecidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, siendo una de sus principales directrices el “Promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad.”; si bien la normativa nacional está hecha conforme a la Convención, debemos tener en claro esta no se ha concretado en la normativa nacional, pues esta no solo está dirigida para las empresas privadas o instituciones que generen empleos, sino también para los

gobiernos locales o regionales, quienes deben de adecuar la infraestructura necesaria, para que las personas con discapacidad puedan circular libremente. Por tanto, no basta con que exista una normativa que otorgue derechos laborales, sino que debe de ir de la mano con políticas públicas, que se preocupen por el bienestar de las personas con discapacidad.

4. La Ley N° 29973 “Ley General de la persona con Discapacidad” a fin de promover, proteger y viabilizar las condiciones de igualdad de las personas con discapacidad; que si bien es cierto, persigue los principios y directrices de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, no necesariamente va a permitir la inserción de todas las personas con discapacidad a un puesto de trabajo; pues la norma determina de manera amplia a las personas con discapacidad (discapacidad física o mental), dejando a criterio de las empresas o instituciones públicas a quienes contratan, dejando así de lado a las personas con discapacidad mental quienes suelen tener una serie de dificultades para desarrollar sus facultades dentro de un ámbito determinado. A esto debemos sumar la aplicación debida de políticas públicas de publicidad de favorecimientos y sanciones ante el cumplimiento o incumplimiento de la cuota de empleo mencionada. En ese sentido y ante los cuestionamientos habidos existe una clara afectación de la dignidad de las personas con discapacidad; en ese sentido, claramente vemos que la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, si bien forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, no se

cumplen con sus directrices, en función a ello, existe una afectación del derecho al trabajo de las personas con discapacidad

5. En el 2018 la tasa de desempleo de las personas con discapacidad fue del 77% del total de este sector de la población, este porcentaje triplica la tasa de desempleo de la población en general, si bien existe una cuota de empleo, es limitado su acceso al trabajo, vulnerando en definitiva este derecho fundamental; si bien existe una iniciativa que busca promover el derecho a un trabajo decente para las personas con discapacidad, por medio de los gobiernos locales y regionales, se ha denotado que son las mujeres con discapacidad, quienes tienen mayores tasas desempleo, en consecuencia falta de reconocimiento de su capacidad laboral y productiva; en suma el Programa Conjunto sobre Empleo y Discapacidad, no viene funcionando en nuestra realidad.

RECOMENDACIONES

1. Recomendar al Colegio de Abogados de Lima y demás Colegios de Abogados de Lima Metropolitana y del país, así como a las instituciones públicas del estado, gobiernos locales, regionales, que mediante charlas, talleres u otras capacitaciones dirigidas no solo a abogados, sino a la población general, sobre la vulnerabilidad que existe sobre las personas con discapacidad, a fin de que se fomente la inclusión de este sector social, y puedan ser tomados en cuenta dentro de los ámbitos laborales, asimismo dar por explicación resaltada y diferencia entre incapacidad y discapacidad. Con la promoción de estos temas, podrá crearse no solo una cultura educada en derecho laborales, sino una cultura que conoce los problemas que vienen pasando este sector poblacional, y de esta manera, se pueda permitir un mejor desarrollo de las políticas públicas determinadas por el Estado.
2. Es necesario determinar un concepto claro sobre incapacidad, así como los grados de incapacidad que puedan existir a fin de que no haya un contratación ajena a los alcances de la ley general de la persona con discapacidad, como es el caso en la que las empresas contratan personas con supuesta incapacidad, cuando estas no cuentan con una falange del dedo de una mano, lo cual particularmente no se consideraría un incapacidad; en ese sentido es necesario brindar una definición clara como incapacidad, y esta debe estar determinada normativamente. Por tanto, si bien la pérdida de la falange del dedo de una mano, puede ser considerada

como una discapacidad, esta no debería estar inmersa dentro de las discapacidades para que se pueda participar como cuota porcentual para la contratación de personas con discapacidad.

3. Recomendar a la SUNAFIL, que ejerza su labor con los debidos cuidados y responsabilidades, como institución encargada de la defensa de los derechos laborales, asimismo que capacite a su personal a fin de que sientan el compromiso con las personas con discapacidad, cumpliéndose una debida inclusión, y no sean ajenos a los problemas sociales de los cuales es parte toda la sociedad en general; asimismo deben ejercer su labor con mayor rigurosidad, lógicamente con un concepto claro de los que es la discapacidad.
4. Recomendar a la Conadis, determine una definición concreta sobre la discapacidad de una persona, así como los grados que puedan existir, a fin de que las empresas no dirijan sus contrataciones ante patronos o contrataciones dirigidas, que supuestamente puedan no afectar la producción de las empresas particulares y, en suma, evitar cualquier tipo de multa. Cumpliendo de esta forma su deber de inclusión de personas con discapacidad.
5. Modificar el Artículo N° inciso 2, de la Constitución Política, agregándose la prohibición de discriminación por temas de discapacidad física o mental.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Barros, C. (1999). La Humanización de la Naturaleza en la Edad Media. Coruña - España: Ideas y Realidad.

Boza Pro, G. (2011). Lecciones de derecho del trabajo. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Calduch Cervera, R. (1991). Relaciones Internacionales. Madrid: Ediciones Ciencias Sociales.

FEDESARROLLO. (2018). Informe Mensual Del Mercado Laboral. Bogotá.

Fernández Sessarego, C. (2001). Libertad, Constitución y Derechos Humanos. Lima: Editorial San Marcos.

Fernández Sessarego, C. (2012). Derecho De Las Personas. Lima: Motivensa Editora Jurídica.

Gonzales de Olarte, E. (febrero de 2014). Inclusión social: Enfoques políticas y gestión pública en el Perú. Inclusión social: Enfoques políticas y gestión pública en el Perú. Lima, Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Gorelli Hernández, J. (1995). El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria. Madrid: Editorial Civitas.

Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, M. d. (2010). Metodología de la Investigación, Quinta Edición. México D. F.: Interamericana Editores S.A. de C.V.

Hernández, E. I. (1999). Manejo Adecuado del Concepto de Discapacidad. Participación de las Personas con Discapacidad en los Procesos Sociales. Santo Domingo.

Landa Arroyo, C. (2010). Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima, Perú: Palestra Editores.

Landa Arroyo, C. (2013). La Constitucionalización del Derecho Peruano. Lima.

Landa Arroyo, C. (2016). Convencionalización del derecho peruano. Lima: Palestra.

Monroy Gálvez, J. (2013). Diccionario Procesal Civil. Lima: Gaceta Jurídica.

Murphy, J. G. (1974). Incompetence and Paternalism. Archiv für Rechts und Sozialphilosophie.

Neves Mujica, J. (2007). Introducción al Derecho Laboral. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Neves Mujica, J. (s.f.). Los principios del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima.

Nogueira Alcalá, H. (2009). Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como Derechos Fundamentales efectivos en el Constitucionalismo Democrático Latinoamericano. Estudios Constitucionales.

Ospina Ramírez, M. A. (2018). El reconocimiento de la capacidad jurídica dentro de un contexto de igualdad: una asignatura pendiente del Estado Colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

PALACIOS VEASE, A. (2008). El Modelo Social de Discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. MADRID: EDICIONES CINCA.

Pérez Marranzini, M. (1998). Conceptos y Practicas sobre la Discapacidad. Participación de las Personas con Discapacidad en los Procesos Sociales (pág. 0). Santo Domingo: 0.

Plá Rodríguez, A. (1998). Los Principios del Derecho del Trabajo. Buenos Aires: Depalma.

Robert, M. (2015). Desigualdad e inclusión social en las Américas: 14 ensayos. Desigualdad e inclusión social en las Américas: elementos clave, tendencias recientes y caminos hacia el futuro. Washington D.C, Estados Unidos.

Salazar Ugarte, P. (2014). La Reforma Constitucional Sobre Derechos Humanos. México D.F: Instituto Belisario Domínguez.

Seoane, J. A. (2011). ¿Qué es una Persona con Discapacidad? Ágora: Papeles de Filosofía.

Vite- Talledo, F. (junio de 2014). La Constitucionalidad de la determinación y ejecución del mandato de detención judicial y su protección a través del Hábeas Corpus. Piura, Perú.

Zondek Darmstadler, A. (2015). Manual para una Inclusión Laboral Efectiva de Personas con Discapacidad. Santiago de Chile.

REFERENCIAS HEMEROGRÁFICAS

Conferencia Internacional del Trabajo. (1955). Convenio Sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Invalidas. Ginebra.

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. (13 de diciembre de 2006). Nueva York, Estados Unidos.

De Asís, R. (2013). Discapacidad y Constitución. Derechos y Libertades (29), 45.

De Los Heros Pérez Albela, A. (2004). Los contratos de trabajo de duración determinada: ¿regla o excepción? En Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano (pág. 196). Lima: Alí Arte Gráfico.

Dworkin, G. (1987). Paternalism. Sartorius, University of Minnesota Press, 19-34.

Elgueta, D. (2009). El concepto de Estado Social y Democrático de Derecho en el Tribunal Constitucional. Revista de Economía y Derecho, 106.

Forcada Rojkin, C. I. (2015). La inserción de personas con discapacidad en el mercado laboral privado. Buenos aires: red de Revistas Científicas.

Garzón Valdés, E. (1988). ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? Doza, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 155-174.

Gonzáles Ojeda, M. (2004). El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano. Derecho y Sociedad, 144.

Ley General de Personas con Discapacidad. (14 de JUNIO de 2012). LEY 29973.
Lima, Perú.

Moreno, & Rodríguez. (Julio - diciembre De 2017). Riesgos Laborales Psicosociales.
Perspectiva Organizacional Jurídica Y Social. Prolegómenos, 159-172.

Neves Mujica, J. (2001). Libertad de trabajo, derecho al trabajo y derecho de
estabilidad en el trabajo. Derecho y Sociedad, 24 y ss.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
(marzo de 2009). Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales
y Culturales. Ginebra, Suiza.

Oneca Agurruza, I. (2004). Voltaire y el Caos de las ideas Claras. Aposta - Revista
de Ciencias Sociales, 18.

Organización Mundial de la Salud. (2011). INFORME MUNDIAAL SOBRE LA
DISCAPACIDAD. GINEBRA: OMS.

Ospina Ramírez., M. A. (2010). Discapacidad y Sociedad Democrática. Revista
Derecho del Estado, 143-164.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1966).

Praeli, F. J. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. Revista
ius et veritas, 1.

Servicios de Apoyo y Asesoramiento para la Atención de las Necesidades Educativas - SAANEE. (28 de MARZO de 2018). Resolución Directoral N° 3098-2018-Ugel.07. Lima, Perú: Minedu.

REFERENCIAS ELECTRONICAS

Autoridad Nacional del Servicio Civil. (30 de octubre de 2015). Dos de cada tres personas con discapacidad tienen problemas de inserción laboral por brecha educativa. Obtenido de <https://www.servir.gob.pe/dos-de-cada-tres-personas-con-discapacidad-tiene-problemas-de-insercion-laboral-por-brecha-educativa/>

Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú, Exp. N° 1124-2001-AA/TC (Tribunal Constitucional 2002 de Julio de 11). Recuperado el 12 de octubre de 2019, de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA.html>

Caso Juan José G. Domínguez, Exp. N° 00194-2014-PHC/TC (Tribunal Constitucional 30 de abril de 2019). Recuperado el 19 de octubre de 2019, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/00194-2014-HC.pdf>

Caso Manuel Sales Urrutia, Exp. N° 01604-2009-PC/TC (Tribunal Constitucional 14 de octubre de 2009). Recuperado el 30 de octubre de 2019, de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01604-2009-AA.html>

Caso: Walter Manuel Viavaca Gamboa, Exp. N° 03525-2011-PA/TC (Tribunal Constitucional 30 de Setiembre de 2011). Recuperado el 15 de diciembre de 2019, de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/03525-2011-AA%20Resolucion.html>

Caso: María Antonia Díaz Cáceres De Tinoco, Expediente N° 00889-2017-PA (Tribunal Constitucional 17 de 04 de 2018). Recuperado el 15 de octubre de 2019, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00889-2017-AA.pdf>

Caso: Andrea Celeste Álvarez Villanueva, Expediente N° 01423-2013-PA (Tribunal Constitucional 09 de 12 de 2015). Recuperado el 26 de octubre de 2019, de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/01423-2013-AA.pdf>

Caso: Neil Josef Dávila Al Varado, Expediente N° 0537-2006-AA (Tribunal Constitucional 2006). Recuperado el 2 octubre del 2019, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00537-2006-AA.pdf>

Caso: Narciso Córdova Junco, Expediente N° 05540-2007 (Tribunal Constitucional 15 de 10 de 2008). Recuperado el 4 de octubre de 2019, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/05540-2007-AA.pdf>

Caso: Víctor Hugo Calvo Durán y Otros, Expediente N° 10777-2006-PA (Tribunal Constitucional 07 de 11 de 2007). Recuperado el 15 de setiembre del 2019, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/10777-2006-AA.pdf>

Caso: Edwin Romel Bejar Rojas, Expediente N° 2009-1890-Cusco (Corte Superior de Justicia de Cusco 12 de 01 de 2010). Recuperado el 15 de setiembre del 2019, de <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2017/08/04213251/edwin-bejar-sentencia-sala.pdf>

Caso: Peralta Arapa, Expediente N° 00263-2012-AA/TC (Tribunal Constitucional 22 de octubre de 2012). Recuperado el 22 de octubre del 2020, de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00263-2012-AA.html>

Caso: Víctor Hugo Calvo Duran y otros, Exp. N° 0777-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional 7 de noviembre de 2007). Recuperado el 1 de octubre del 2019, de <https://vlex.com.pe/vid/696082401>

Colegios de abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos c/. Congreso de la República, Expediente N° 0050-2004-AI/TC (Tribunal Constitucional 3 de junio de 2004). Recuperado el 15 de octubre de 2019, de <https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/gaceta/gaceta/normativas/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.html>

MIDIS. (s.f.). Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social- Portal Web. Obtenido de Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social- Portal Web: <http://www.midis.gob.pe/index.php/es/que-es-inclusion-social>

Nava Xochitiotzi, M. (07 de febrero de 2019). Tribunal Electoral de Tlaxcala. Recuperado el 16 de agosto de 2019, de <https://www.tetlax.org.mx>: <https://www.tetlax.org.mx/los-derechos-politicos-de-los-grupos-vulnerables-las-personas-con-discapacidad/>

Organización Mundial de la Salud. (16 de setiembre de 2019). Organización Mundial de la Salud. Obtenido de <https://www.who.int/topics/disabilities/es/>

ANEXOS

ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMAS	OBJETIVOS	TEMAS TEORICOS	METODOLOGÍA
<p>Problema general</p> <p>¿De qué manera se sustenta el derecho al trabajo en la Constitución Política del Perú de 1993, de la persona con discapacidad?</p>	<p>Objetivo general</p> <p>Determinar de qué manera se sustenta el derecho al trabajo en la Constitución Política del Perú de 1993, de la persona con discapacidad.</p>	<p><u>PRIMERA SECCION:</u> <u>CONTRATO SOCIAL</u></p> <p>I. EL ESTADO</p> <p>II. DEBER DE PROTECCIÓN</p> <p><u>SEGUNDA SECCIÓN:</u> <u>PERSONAS CON DISCAPACIDAD</u></p> <p>I. PERSONAS CON DISCAPACIDAD</p> <p>II. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN</p> <p>III. INCLUSIÓN SOCIAL</p> <p style="text-align: center;">32</p>	<p>Tipo de investigación</p> <p>Cualitativo</p>
			<p>Nivel de investigación</p> <p>Descriptivo</p>
			<p>No Experimental - transeccional</p>
			<p>Método</p> <p>Deductivo</p>
<p>Problemas específicos</p> <p>a. ¿La normativa nacional laboral, sobre las personas con discapacidad, cumplen las</p>	<p>Objetivos específicos</p> <p>Los objetivos específicos que se buscarán en el presente trabajo de</p>		<p>Técnicas de Recolección de Información</p> <ul style="list-style-type: none"> • La Observación • Análisis documental • La entrevista

<p>expectativas establecidas por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?</p> <p>b. ¿Es suficiente la activación de la cuota de empleo para las personas con discapacidad, para que no vieran afectados su derecho al trabajo como a una vida digna?</p> <p>c. ¿Por qué se dice que no se han cumplido con los objetivos de</p>	<p>investigación es demostrar que:</p> <p>a. Analizar si la normativa nacional laboral, relacionada a las personas con discapacidad, cumplen con las expectativas establecidas por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.</p> <p>b. Determinar si es suficiente la activación de la cuota de empleo para las personas con</p>	<p>IV. INCLUSION LABORAL EN PCD</p> <p><u>TERCERA SECCION:</u> <u>DERECHO AL TRABAJO</u></p> <p>I. DERECHO AL TRABAJO</p> <p>II. EL DERECHO DE ACCESO AL TRABAJO</p> <p>III. CONVENIO N° 111 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO</p> <p>IV. POSICIÓN PATERNALISTA</p> <p><u>CUARTA SECCIÓN:</u> <u>CASOS PRACTICOS</u></p>	
---	---	---	--

<p>La Ley N° 29973 reglamentada por el Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP, emitida a fin de proteger y promover la inclusión de las personas con discapacidad?</p>	<p>discapacidad, para que no vieran afectados su derecho al trabajo como a una vida digna.</p> <p>c. Investigar por qué se dice que no se han cumplido con los objetivos de La Ley N° 29973 reglamentada por el Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP, emitida a fin de proteger y promover la inclusión de las personas con discapacidad.</p>		
--	---	--	--

ANEXO 2: FICHA DE ENTREVISTA
UNIVERSIDAD SAN MARTIN DE PORRES
FACULTAD DE DERECHO
FICHA DE ENCUESTA PARA TESIS DE GRADO PROFESIONAL

**“LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y EL DERECHO AL TRABAJO EN LA
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993”**

Estimado Sr (a), soy la **Bach. Marly Yohana Aguilar Bazan** y he culminado mis estudios de posgrado de la Universidad San Martin de Porres, abocándome a la ejecución de mi Tesis, motivo por el cual recurro a Ud. Para que tenga a bien responder la presente encuesta.

Los datos que Ud. Consigne serán tratados con la debida reserva y confidencialidad, no serán entregados a las autoridades o persona alguna. Muchas gracias.

Objetivo de la entrevista: Realizar la Tesis de Maestría.

Entrevistador: **Bach. Marly Yohana Aguilar Bazan**

Sírvase contestar las preguntas planteadas de acuerdo a la opción que considere conveniente:

Cuestionario

1. Ocupación:

() Profesional () No profesional

4. ¿Cree Ud. que el Perú tiene una normativa laboral nacional acorde a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?

- a) SI b) NO c) NO SABE / NO OPINA

Precise:.....
.....
.....

5. De existir una normativa acorde a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ¿cree Ud., que esta es suficiente para la defensa de los derechos laborales de estas personas?

- a) SI b) NO c) NO SABE / NO OPINA

Precise:.....
.....
.....

6. ¿Considera que la cuota de empleo establecida en la Ley N° 29973, viene siendo respetada tanto por el sector público como el privado?

- a) SI b) NO c) NO SABE / NO OPINA

Precise:.....
.....
.....

7. ¿La sola activación de la cuota de empleo para las personas con discapacidad, dan prevalencia al derecho fundamental al trabajo de las personas con discapacidad?

- a) SI b) NO c) NO SABE / NO OPINA

Precise:.....
.....
.....

8. ¿La sola activación de la cuota de empleo para las personas con discapacidad, darían prevalencia y respecto a la dignidad de la persona con discapacidad?

- a) SI b) NO c) NO SABE / NO OPINA

Precise:.....
.....
.....

9. ¿Considera Ud. que la cuota de empleo para las personas con discapacidad, es suficiente para un grupo social que no ha sido tomado en cuenta por muchos años?

- a) SI b) NO c) NO SABE / NO OPINA

Precise:.....
.....
.....

10. ¿Conoce Ud. cuáles son los objetivos de la Ley N° 29973?

- a) SI b) NO c) NO SABE / NO OPINA

Precise:.....
.....
.....

11. De conocer los objetivos de la Ley N° 29973 ¿cree Ud. que estos se vienen cumpliendo satisfactoriamente?

- a) SI b) NO c) NO SABE / NO OPINA

Precise:.....
.....
.....

12. ¿Cree Ud. que con la sola emisión de la Ley N° 29973 reglamentada por el Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP; se podrá lograr la inclusión a la sociedad de las personas con discapacidad?

- a) SI b) NO c) NO SABE / NO OPINA

Precise:.....
.....
.....