

Querer no (siempre) es poder: Algunos problemas laborales de las personas con discapacidad en el ordenamiento peruano

Wanting is not (always) doing so: Some laboral problems of disabled people in the peruvian order

Renata Anahí Bregaglio Lazarte*
Renato Antonio Constantino Caycho**
Adrián Rodolfo Lengua Parra***

Resumen:

El presente artículo tiene como objetivo analizar las medidas que el Estado peruano viene adoptando para la implementación del Derecho al Trabajo de las personas con discapacidad. En concreto, el artículo examina las medidas de cuota de empleo, deber de adoptar ajustes razonables y la bonificación para el acceso al empleo público. Asimismo, se desarrollarán algunos problemas derivados de esta implementación y se explicarán los vacíos normativos que aún existen en la protección de otras dimensiones del Derecho al Trabajo del colectivo de personas con discapacidad en nuestro país.

Abstract:

The present article has the objective of analysing the provisions that the peruvian State has been adopting for the implementation of the persons labour law with disabilities. In concrete, the article examines the provisions of the employment rate, the obligation to adopt reasonable settings and the bonification for the access to public employment. Additionally, it will develop some problems originated from this implementation and it will explain the remaining normative problems that still exist in the protection of other dimensions about labour collective law and people with disabilities.

Palabras clave:

Discapacidad - Derecho Laboral - Invalidez - Trabajo - Cuota Laboral - Ajustes Razonables

Keywords:

Disability - Labour Law - Disability - Work - Disability rate - Reasonable settings

Sumario:

1. A modo de introducción: la discapacidad y el derecho al trabajo - 2. Un (imprescindible) primer paso: la cuota laboral para personas con discapacidad - 3. Cambios y modificaciones para la inclusión: los ajustes razonables - 4. Asegurando una inclusión real: la bonificación para personas con discapacidad en concursos públicos - 5. Nuevas (y complejas) situaciones para la inclusión laboral de personas con discapacidad - 6. Conclusiones - 7. Bibliografía

* Abogada, magíster en Derechos Humanos y candidata a Doctora en Derecho por la PUCP. Docente ordinaria del Departamento de Derecho y de la Maestría de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Coordinadora del Grupo Interdisciplinario de Investigación en Discapacidad (GRIDIS) de la PUCP. Contacto: renata.bregaglio@pucp.pe

** Abogado peruano por la Pontificia Universidad Católica del Perú y estudiante de la Maestría en Derechos Humanos de dicha casa de estudios. Es pre-docente del Departamento de Derecho de la misma universidad y docente del curso de Derecho Internacional Humanitario en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembros del Grupo Interdisciplinario de Investigación en Discapacidad (GRIDIS) de la PUCP. Se desempeña como abogado investigador en la ONG Sociedad y Discapacidad - SODIS. Contacto: renato.constantino@pucp.edu.pe

*** Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente de cátedra e integrante de la Clínica Jurídica de Derechos de las Personas con Discapacidad de la misma casa de estudios. Contacto: a.lengua@pucp.pe

1. A modo de introducción: la discapacidad y el derecho al trabajo

Se suele repetir que querer es poder. No obstante, sin negar las posibilidades de agencia, hay situaciones estructurales que excluyen a algunos colectivos de la posibilidad de desarrollo; en tal sentido, no siempre querer es poder. Uno de estos colectivos es de las personas con discapacidad¹. Estas han sufrido una larga historia de discriminación y exclusión por parte de la sociedad que no ha permitido su plena inserción y desarrollo en comunidad. Esto se debe a las inadecuadas actitudes y paradigmas que se atribuían a la discapacidad.

A fin de revertir esta situación, en la actualidad y a la luz del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), se puede apreciar, a nivel jurídico, un cambio progresivo que busca reconocer a las personas con discapacidad como individuos y ciudadanos con iguales derechos y deberes a fin de que puedan desenvolverse libremente en sociedad. Producto de este trabajo, durante los últimos años se han acordado y publicado una serie de estudios, documentos e instrumentos² que han cuestionado la situación y regulación normativa otorgada, por los Estados hacia las personas con discapacidad. Así, tras varios debates, en los que participaron diversas organizaciones de personas con discapacidad, en el año 2006 se llegó a un punto cúlmine dentro de este trabajo cuando la Organización de las Naciones Unidas adoptó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

Mediante este tratado, se consagró desde el ámbito jurídico el denominado modelo social de la discapacidad³. En virtud del mismo, se han superado dos viejas concepciones sobre la discapacidad: el modelo de prescindencia y el modelo médico. El primero de ellos establecía la inutilidad total de la persona con discapacidad por lo cual lo mejor era eliminarlo o apartarlo de la sociedad⁴. La idea de hospitales psiquiátricos en los cuales se confina a personas con discapacidad mental, responde a esta concepción. Por otro lado, el modelo médico establecía que la discapacidad está en la persona por lo cual esta deberá esforzarse en superarla a poder actuar en la sociedad⁵.

A diferencia de estas concepciones, el modelo social postula que la discapacidad no es una circunstancia natural del individuo sino que se presenta de acuerdo a un espacio social. Es así que en realidad una persona tiene discapacidad en tanto la sociedad lo discapacita a través de barreras⁶ y, por ende, la discapacidad no existe simplemente por la persona, sino que surge de la interacción que se establece entre la deficiencia de la persona y las barreras que establece la sociedad⁷. Dichas barreras pueden ser entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas⁸.

Por ende, bajo este modelo, la discapacidad surge de las barreras que crea la sociedad y la posibilidad de que las personas con discapacidad puedan disfrutar de sus derechos se consigue a través de la destrucción de esas barreras. Como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el modelo social entiende que *“la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva”*⁹. En ese sentido, se podría decir que una deficiencia es el no poder caminar, pero la discapacidad solo se presentará cuando ante la *“inexistencia de rampas”* (barreras), una persona en silla

- 1 Al respecto, ver Martha Nussbaum, *Las fronteras de la justicia*, (Paidós: Barcelona, 2007), en especial los capítulos II y III.
- 2 Al respecto, ver Michael Oliver y Colin Barnes B, *The New Politics of Disablement*, (Londres: Palgrave, 2012).
- 3 Agustina Palacios, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad*. (Madrid: Cinca, 2008).
- 4 Agustina Palacios, *El modelo social de discapacidad*, 38 -39.
- 5 Agustina Palacios, *El modelo social de discapacidad*, pp.80-81.
- 6 Colin Barnes, “Un chiste malo: ¿rehabilitar a las personas con discapacidad en una sociedad que discapacita?”, en *Visiones y revisiones de la discapacidad*, BROGNA, Patricia (comp.). (México DF: FCE, 2009) ,104.
- 7 Agustina Palacios, *El modelo social de discapacidad* , 122.
- 8 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, pár. 133.
- 9 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina.

de ruedas no pueda ejercer de manera libre y autónoma su derecho al libre tránsito. De alguna forma, esta definición de discapacidad planteada por la CDPD (entendida como deficiencia más barrera que restringe el ejercicio autónomo de derechos), lleva a la conclusión de que es la discapacidad misma la que debe ser entendida como discriminación. Por tanto, más que hablar de una persona con discapacidad, debería hablarse de una persona en situación de discapacidad y que, estando en esa situación (en presencia de una barrera), afronta una situación de desigualdad. Esta desigualdad, al estar basada en un motivo prohibido (la discapacidad, o más correctamente, la deficiencia), se traduce a su vez en una situación de discriminación¹⁰.

Dado que el Estado peruano ratificó la CDPD en el año 2008, estas obligaciones no son ajenas a realidad y el ordenamiento jurídico nacional. Por el contrario, desde el momento en el que el Estado ratificó la CDPD ha asumido el compromiso de respetar y garantizar las obligaciones de dicho instrumento, y asegurar que las personas con discapacidad gocen de plena igualdad ante la ley. Es por esto que desde la sociedad y el Estado se deben realizar y promover políticas públicas y actitudes que ayuden a eliminar las barreras que enfrentan las personas con discapacidad. En ese sentido, la no discriminación de las personas con discapacidad no involucrará, únicamente, la abstención estatal de generar impedimentos, sino que también requerirá que el Estado tome las medidas pertinentes para lograr la inclusión social de las personas con discapacidad¹¹.

En relación con el derecho al trabajo, el artículo 27 de la CDPD contempla que los Estados parte tienen diversos deberes orientados a conseguir la inserción de las personas con discapacidad en el mercado laboral y su reconocimiento como personas con capacidad para realizar estas actividades¹². De esta manera la CDPD establece en su artículo 27.1 el deber de los Estados de garantizar el efectivo goce y ejercicio del derecho al trabajo:

“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

10 Renata Bregaglio, “Alcances del mandato de no discriminación en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”; En: SALMON, Elizabeth y Renata BREGAGLIO. *Nueve conceptos clave para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. (Lima: IDEHPUCP, 2015), 87-88.

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina, Pár. 134.

12 Artículo 27º Trabajo y empleo:

1. 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, entre ellas:
 - a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables;
 - b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos;
 - c) Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás;
 - d) Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua;
 - e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo;
 - f) Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias;
 - g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público;
 - h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas;
 - i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo;
 - j) Promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto;
 - k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.
2. Los Estados Partes asegurarán 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.

y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. (...)”.

Además, el mismo instrumento especifica y establece algunas medidas concretas en materia laboral que deberán promover los Estados parte del tratado. Para los fines del presente artículo, resulta de especial interés lo dispuesto en las disposiciones e), g), h) e i) del artículo 27.1 de la CDPD, pues configuran la base que, posteriormente, será desarrollada por la legislación interna peruana:

“1. (...) 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, entre ellas:

(...)

e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo;

(...)

g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público;

h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas;

i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo”.

En razón de estas disposiciones, la Ley General de la Persona con Discapacidad (LGPD)¹³ y su reglamento¹⁴ desarrollaron tres grandes medidas a favor de las personas con discapacidad que constituyen grandes avances para lograr el reconocimiento e inclusión de este colectivo: la creación de una cuota de empleo a favor de estas personas, la obligación del empleador de brindar ajustes razonables a las personas con discapacidad que se encuentren a su cargo, y la bonificación para concursos públicos.

En este contexto, el presente artículo tiene como objetivo analizar estas medidas que el Estado peruano viene adoptando para la implementación del artículo 27 de la CDPD. Asimismo, el artículo aborda los problemas y vacíos normativos que existen en la protección de otras dimensiones del derecho al trabajo del colectivo de personas con discapacidad.

Es importante señalar que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el dictamen del caso Liliane Gröninger y otros vs. Alemania¹⁵ ha enfatizado que un adecuado cumplimiento de estos deberes implica que las medidas adoptadas permitan de manera efectiva lograr la inserción en el mercado laboral de esta población. Producto de este razonamiento, el Comité recomendó al Estado de Alemania que cambie los lineamientos de su política de subsidios de integración a favor de las personas con discapacidad, pues en la práctica no era efectiva para lograr la promoción del derecho al trabajo de este colectivo.

2. Un (imprescindible) primer paso: la cuota laboral para personas con discapacidad

A lo largo de la historia se ha debatido en numerosas oportunidades la necesidad y fundamentos que sustentan el establecimiento de un sistema de cuotas en favor de determinados grupos. Si bien durante las discusiones se han planteado diversos argumentos, una de las razones más esgrimidas para la defensa de este tipo de medidas

13 Ley 29973 - Ley General de la Persona con Discapacidad. Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 24 de diciembre de 2012.

14 Aprobado por Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 8 de abril de 2014.

15 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Comunicación Nro. 2/2010. Dictamen CRPD/C/D/2/2010(07 de julio de 2014).*

es su utilidad para lograr revertir prácticas injustas y discriminatorias que se han arraigado en nuestra sociedad, y que han impedido el desarrollo de determinados colectivos en diversos ámbitos de la vida política y social¹⁶. En esta línea, desde el DIDH se ha reconocido la necesidad de implementar medidas de carácter temporal para acelerar la participación en condiciones de igualdad de determinados grupos que históricamente se han visto excluidos de diversos ámbitos de la vida social, cultural, política, civil y económica, o en cualquier otro ámbito. Al respecto, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ha señalado que la aplicación de estas medidas no constituye una excepción a la regla de no discriminación, sino que más bien *“son parte de una estrategia necesaria de los Estados Partes para lograr la igualdad sustantiva o de facto de la mujer y el hombre en el goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales”*¹⁷. El mismo razonamiento debiera ser seguido para el caso de otras situaciones de exclusión, como es la de las personas con discapacidad.

En razón a ello, se puede corroborar que el sistema planteado por el artículo 49 de la LPGD, y desarrollada mediante los artículos 53, 54, 55 y 56 de su reglamento (detallados en la Tabla 1), tiene un claro sustento en el DIDH. Esto debido a que tiene como objetivo reformar las prácticas y estructuras sociales que durante muchas décadas excluyeron a las personas con discapacidad de la posibilidad de acceder y desarrollarse en un empleo de manera libre y accesible.

Tabla 1: Disposiciones de la LGPD y su Reglamento en materia de cuota de empleo a personas con discapacidad

Ley General de la Persona con Discapacidad	Reglamento de la Ley de la Persona con discapacidad	
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%.	Entidades públicas	
	Artículo 53.- La cuota de empleo en el sector público 53.1 Las entidades públicas están obligadas a contratar no menos del 5% de trabajadores con discapacidad del total de su personal, independientemente del régimen laboral en que se encuentren, en el marco normativo vigente. 53.2 La presente disposición es de alcance al personal civil que integra las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú.	Artículo 54.- Procedimiento para el cumplimiento de la cuota de empleo en el sector público 54.1 En caso que la entidad pública verifique que no cumple con la cuota de empleo, ésta debe considerar para la convocatoria de selección de personal o concurso de méritos que en caso de presentarse un empate entre postulantes con y sin discapacidad, se prioriza la contratación de personas con discapacidad, en cumplimiento del beneficio de la cuota laboral. (...)
	Entidades privadas	
	Artículo 56.- Reglas para la aplicación de la cuota de empleo en el ámbito privado 56.1 Los empleadores, al registrar a sus trabajadores en la Planilla Electrónica, señalan obligatoriamente si se trata de personas con discapacidad. 56.2 La obligación de los empleadores privados con más de 50 trabajadores para contratar personas con discapacidad en una proporción no inferior al 3% de la totalidad de su personal, es de carácter anual. 56.3 El Sistema de Inspección del Trabajo determina en el mes de enero de cada año, el cumplimiento de la cuota correspondiente a las personas con discapacidad, en el año anterior. Para ello, verifica la información contenida en la Planilla Electrónica, aplica los criterios de cálculo previstos y notifica a los empleadores que no han cumplido con la cuota, dando inicio al correspondiente procedimiento sancionador.	

Elaboración propia

16 Michael Sandel, *Justicia, ¿hacemos lo que debemos?* (Barcelona: DeBolsillo 2011), 193.

17 Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, *Recomendación General No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal.* (2004), párr. 18.

El sistema de cuotas peruano ha establecido algunas diferencias en su ámbito de aplicación, según se trate del sector público o privado. En el caso del sector público, la cuota no debe ser inferior al 5% de la totalidad de su personal (con independencia del régimen laboral al que pertenecen, e incluyendo al personal que integra las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú). En el caso del sector privado, la cuota no puede ser inferior al 3% del personal.

De manera específica, en el caso del sector público, los artículos 54 y 55 del reglamento de la LGPCD señalan que: (i) la Autoridad de Servicio Civil- SERVIR es la encargada, dentro de sus competencias, de formular políticas en materia de recursos humanos para las personas con discapacidad; (ii) en caso la entidad pública verifique que no cumple con la cuota de empleo y se presente un empate entre postulantes con y sin discapacidad en una convocatoria, deberá priorizar la contratación de la persona con discapacidad; y (iii) en caso de se produzcan vacantes por renuncia, despido justificado, jubilación o el fallecimiento de un trabajador con discapacidad, la entidad deberán cubrir esta plaza por otra persona con discapacidad, previo concurso público.

Asimismo, el artículo 56 del reglamento de la LGPD desarrolla la obligación de cuota en el sector privado, especifica que: (i) la obligación de los empleadores privados de cumplir con la cuota en su personal es de carácter anual; (ii) los empleadores deberán señalar, obligatoriamente, al registrar a sus trabajadores en la Planilla Electrónica si se trata de personas con discapacidad; (iii) el Sistema de Inspección del Trabajo determina en el mes de enero de cada año el cumplimiento de la cuota correspondiente a las personas con discapacidad en el año anterior; y (iv) los servicios de Acercamiento Empresarial y de Bolsa de Trabajo que se prestan a través de la Ventanilla Única de Promoción del Empleo del Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo, en cogestión con los gobiernos regionales, desarrollan estrategias especializadas de vinculación entre oferta y demanda para facilitar a los empleadores el cumplimiento de la cuota.

Más allá de los debates que puedan existir en torno a la pertinencia de distinguir porcentajes según se trate de empleadores públicos o privados, el sistema de cuotas peruano, tal como ha sido implementado por las normas de desarrollo de la LGPD y su reglamento, plantean algunos inconvenientes.

2.1. La supervisión del cumplimiento de la cuota

La LGPD y su reglamento han establecido un sistema de supervisión y sanción con respecto a las obligaciones establecidas en dichas normas. No obstante, en materia de cuota de empleo, el marco normativo se superpone con el de supervisión laboral general, estableciendo dos potenciales instituciones a cargo de la supervisión, sin dejar clara las competencias de cada una.

De esta manera, por un lado, la LGPD¹⁸ y su reglamento¹⁹ señalan de forma general que el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS) es la entidad responsable de conocer y aplicar las sanciones por el incumplimiento de esta normativa. En ese sentido, la norma establece un único órgano como responsable para aplicar las sanciones en esta materia.

No obstante, esta situación varía con respecto a la función de fiscalización de la cuota, pues la misma LGPD²⁰ especifica que en el caso de la obligación por parte del sector público la fiscalización del cumplimiento de esta medida estará a cargo de la Autoridad Nacional

18 Artículo 80. Entidad competente.-

80.1 La entidad competente para conocer y aplicar las infracciones y sanciones por el incumplimiento de la presente Ley es el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (Conadis), sin perjuicio de las competencias específicas que correspondan a los distintos sectores y niveles de gobierno.

19 Artículo 98.- De la Potestad Sancionadora.-

Conforme a lo establecido en el artículo 80 de la Ley, la facultad para sancionar las infracciones a que se refiere el Capítulo precedente corresponde al Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad - CONADIS.

20 Artículo 49. Cuota de empleo.-

de Servicio Civil en coordinación con CONADIS. Por el contrario, en el ámbito privado, la misma norma señala que la responsabilidad de fiscalizar recaerá en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE)²¹.

No obstante, en virtud de otras disposiciones de este marco normativo, se puede concluir algo diferente respecto a la supervisión de la cuota en el ámbito privado. La misma LGPD, en su Sexta Disposición Complementaria²², señala que el incumplimiento de la cuota por parte de los empleadores privados dará lugar a las sanciones contempladas en la Ley General de Inspección del Trabajo (LGIT), Ley 28806. Al respecto, cabe resaltar que las funciones y competencias establecidas por esta última norma se encuentran a cargo de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, (SUNAFIL). Conforme a su ley de creación, al ser un órgano adscrito al MTPE, es el responsable de promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral y el de Seguridad y Salud en el Trabajo. En razón a ello, como se observa en la Tabla 2, resulta posible concluir que la SUNAFIL es la encargada de fiscalizar y sancionar el incumplimiento de la cuota laboral en el sector privado (y en las entidades públicas donde laboren trabajadores del régimen laboral privado del Decreto Legislativo 728), mientras que CONADIS únicamente estará facultado para realizar estas funciones en relación a la cuota con respecto a las entidades públicas.

Tabla 2: Entidades a cargo de la supervisión de la cuota de empleo de personas con discapacidad

Sector	Fiscalización	Sanción
Público	Autoridad Nacional de Servicio Civil + CONADIS (Artículo 49.3 de la LGPCD)	CONADIS (Artículo 80 de la LGPCD y 98 de su Reglamento)
Privado (Incluyendo entidades que utilicen el régimen del Decreto Legislativo 728)	SUNAFIL (Artículo 49.3 de la LGPCD + Sexta disposición complementaria de la LGPCD)	SUNAFIL (Sexta disposición complementaria de la LGPCD)

Esta regulación, sin duda, resulta poco eficaz. Por un lado, la multiplicidad de actores involucrados en la fiscalización y sanción puede llevar a procedimientos engorrosos, a descoordinaciones, y a resultados disímiles frente a situaciones similares. Por otro lado, dado que existen entidades públicas que cuentan con trabajadores adscritos al régimen del decreto Legislativo 728, puede ocurrir que dicha entidad sea supervisada dos veces. Surge, además, la pregunta de si una entidad pública donde laboran menos de 50 trabajadores están dentro del marco del Decreto Legislativo 728 y se exonera de la contratación de personas con discapacidad respecto de dicho régimen.

2.2. El rango de sanciones aplicables

Más allá de los problemas competenciales para la fiscalización y sanción existen problemas adicionales relacionados con la sanción a aplicar. Conforme a la LGPD, el incumplimiento de la cuota en el sector privado dará lugar a las sanciones contempladas por la LGIT. Debido a ello, el Reglamento de la LGPD establece en su Séptima Disposición Complementaria,²³ la obligación del MTPE de emitir o modificar sus instrumentos normativos para la fiscalización

(...) 49.3 Las multas por el incumplimiento de la cuota de empleo de personas con discapacidad en el Sector Público se destinan a financiar programas de formación laboral y actualización, así como programas de colocación y de empleo para personas con discapacidad. Corresponde al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo 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.

21 Cabe señalar que esta fiscalización en el ámbito privado también incluye la posibilidad de inspeccionar a entidades públicas que apliquen el régimen laboral privado establecido en el Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo (D.L 728).

22 Sexta. Sanción por el incumplimiento de la cuota laboral por empleadores privados.- El incumplimiento de la cuota laboral establecida en el artículo 49 por parte de los empleadores privados, después de dos años de la entrada en vigencia de la presente Ley, da lugar al establecimiento de las sanciones contempladas en la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo.

23 Séptima.- Adecuación de la normativa para la fiscalización del cumplimiento de la cuota laboral.- El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en un plazo no mayor de 90 días contados a partir de la entrada en vigencia del presente Reglamento, emite o modifica sus instrumentos normativos para la fiscalización del cumplimiento de la cuota laboral contemplada en el numeral 49.1 del artículo 49 de la Ley.

del cumplimiento de la cuota laboral. No obstante, hasta el momento, no se ha realizado ninguna modificación de los instrumentos del MTPE en materia de sanción. Por el contrario, se ha mantenido la regulación que se encontraba estipulada en el Reglamento de la LGIT sobre el incumplimiento de las disposiciones relacionadas con la promoción y el empleo de las personas con discapacidad²⁴. Esta situación ha creado diferencias perjudiciales en relación con la supervisión de la cuota de empleo en los sectores público y privado.

De esta manera, como se muestra en la Tabla 3, mientras que, conforme a la regulación aplicable, en el sector público, la sanción de la cuota es reconocida como una falta “muy grave” y debe ser sancionada con un monto que oscile entre las 10 y 20 UIT²⁵; en el caso del sector privado este incumplimiento, únicamente, es reconocido como una sanción “grave” y es sancionado con un monto que va entre las 6 a 10 UIT. Es más, incluso en caso de reiteración, los montos aplicables por sanción grave en el sector privado serán menores que en el caso de una sanción “muy grave” en el sector público²⁶. En ese sentido, se establece una diferencia arbitraria entre ambos sectores debido a la falta de celeridad por parte del MTPE de adecuar los instrumentos pertinentes.

Tabla 3: Sanciones por incumplimiento de cuota de empleo de personas con discapacidad

Sector	Marco normativo	Calificación de la sanción	Monto de la sanción
Público	Art. 81 de la LGPD y art. 95.c) de su Reglamento	Muy grave	Mayor a 10 UIT y hasta 20 UIT
Privado	Art. 33 de la LGIT y art. 30.3 de su Reglamento	Grave	De 6 a 10 UIT como base de cálculo

Elaboración propia

3. Cambios y modificaciones para la inclusión: los ajustes razonables

Lograr garantizar los derechos de las personas con discapacidad resulta una tarea compleja debido a la cantidad y variedad de barreras que enfrentan a diario. Por ello, en el caso de la discapacidad, es posible constatar cómo un trato igualitario desde una perspectiva meramente formal termina siendo injusto, dadas las condiciones reales de nuestra sociedad y los impedimentos que establece en perjuicio de estas personas²⁷. Por ello, la posibilidad de garantizar un ejercicio efectivo e igualitario de los derechos de las personas con discapacidad no se restringe a una visión formal, sino que requiere el otorgamiento de un trato diferente a favor de las mismas en razón de sus diferencias. En ese sentido, resulta necesario comprender que este tratamiento diferenciado no resulta una forma de discriminación hacia las personas sin discapacidad, sino la posibilidad de hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad.

El concepto de “ajuste razonable” se enmarca en esta lógica y se constituye como una medida orientada a lograr condiciones de equidad en favor de las personas con discapacidad, por lo que su denegación constituye, en palabras de la CDPD, un acto de discriminación²⁸. Si bien, como puede verse en la Tabla 4, la CDPD y la normativa peruana han incorporado definiciones distintas sobre lo que implica un ajuste razonable, estas se complementan y comparten los elementos esenciales. En concreto, es posible definir a los ajustes razonables como: (i) es toda modificación o adaptación, (ii) que resulte necesaria y adecuada para garantizar el goce o ejercicio en igualdad de condiciones de una persona con discapacidad en un caso particular, y (iii) que no impongan una carga indebida.

24 Artículo 30.- Infracciones graves en materia de empleo y colocación.
Son infracciones graves, los siguientes incumplimientos
(...) 30.3 El incumplimiento de las disposiciones relacionadas con la promoción y el empleo de las personas con discapacidad (6-10 UIT).

25 Artículos 81 de la LGPD y 95.c) de su Reglamento.

26 Artículos 33 de la LGIT y 30.3 de su Reglamento.

27 Renato Constantino y Saulo Galicia, “La configuración de los ajustes razonables en el ámbito laboral peruano: Definiciones, omisiones y propuestas”, en *Anuario de Investigación del CICAJ 2013-2014: Las instituciones jurídicas en debate.*, Patricia Urteaga y Aarón Verona. (Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento de Derecho de la PUCP, 2015), 264.

28 Artículo 2 de la CDPD.

Tabla 4: definiciones normativas del término “ajuste razonables”

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	Ley Nro. 29973 - Ley General de la Persona con Discapacidad	Reglamento de la Ley de la Persona con discapacidad
<p>Artículo 2: Definiciones A los fines de la presente Convención: (...)</p> <p>Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales (...)</p>	<p>Artículo 50. Ajustes razonables para personas con discapacidad 50.1 La persona con discapacidad tiene derecho a ajustes razonables en el lugar de trabajo. Estas medidas comprenden la adaptación de las herramientas de trabajo, las maquinarias y el entorno de trabajo, así como la introducción de ajustes en la organización del trabajo y los horarios, en función de las necesidades del trabajador con discapacidad. (...)</p> <p>50.3 Los empleadores realizan los ajustes razonables, salvo cuando demuestren que suponen una carga económica excesiva, de conformidad con los criterios fijados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.</p>	<p>Artículo 3.- Definiciones: Para la aplicación de la Ley y el presente Reglamento se entenderán como definiciones las siguientes:</p> <p>Son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas requeridas en un caso particular que, sin imponer una carga desproporcionada o indebida, sirven para garantizar a la persona con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.</p>

Elaboración propia

Tal vez el punto clave de análisis del ajuste razonables es lo que debe entenderse por carga indebida. Este, sin duda, es un concepto jurídico indeterminado que debe ser precisado en cada caso en concreto. Así, existirá una carga indebida cuando la optimización de derechos a favor de la persona con discapacidad resulte lesiva en relación a otros derechos - como, por ejemplo, la salud o integridad de los compañeros de trabajo u otras personas que puedan verse afectadas-, o genere un perjuicio irrazonable sobre otras situaciones que merecen ser igualmente tuteladas por el Derecho. Un ejemplo de esto último puede encontrarse en la jurisprudencia canadiense, donde se han detallado los siguientes factores a tomar en cuenta al momento de analizar la carga indebida: los costos financieros, el impacto en acuerdos colectivos conquistados por trabajadores, las cuestiones relativas a la disposición y al ánimo del empleado para el trabajo, la permutabilidad de la estructura material del trabajo y de la organización de los trabajadores y los medios del empleador²⁹. En el caso peruano, de acuerdo con la LGPD, únicamente, es válido oponer razones económicas como carga excesiva³⁰, y de acuerdo con la recientemente aprobada Norma Técnica para el Diseño, Implementación y Ejecución de Ajustes Razonables para el Empleo de Personas con Discapacidad en el Sector Privado³¹, la carga económica será excesiva únicamente cuando afecte el funcionamiento de la empresa, y ello sucede cuando:

- Suponga la paralización o alteración del ciclo productivo de forma que se ponga en riesgo el cumplimiento de las metas productivas de la empresa.
- Suponga un impacto económico negativo que ponga en peligro los resultados económicos esperados para el ejercicio correspondiente.
- Suponga una falta de liquidez en la empresa que impida el cumplimiento oportuno de sus obligaciones³².

Es importante apuntar, como ya se señaló que, conforme al artículo 2 de la CDPD, la denegación de estos ajustes razonables constituye una forma de discriminación. Por tanto, su aplicación no es optativa, sino que forma parte de la obligación de todos los Estados de garantizar la no discriminación de las personas bajo su jurisdicción.

29 Supreme Court of Canada, *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta*, (13 de septiembre de 1990).

30 LGPD. Art. 50.3

Artículo 50. Ajustes razonables para personas con discapacidad.

50.3 Los empleadores realizan los ajustes razonables, salvo cuando demuestren que suponen una carga económica excesiva, de conformidad con los criterios fijados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

31 Aprobada por Resolución Ministerial N° 127-2016-TR, publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 29 de junio de 2016.

32 Artículo 24 de la Norma Técnica para el Diseño, Implementación y Ejecución de Ajustes Razonables para el Empleo de Personas con Discapacidad en el Sector Privado, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28 de junio de 2016.

4. Asegurando una inclusión real: la bonificación para personas con discapacidad en concursos públicos

Otra de las medidas adoptadas por la legislación peruana es la bonificación para los casos de postulación a cargos públicos, prevista en el artículo 48 de la LGPD. Esta disposición ha sido objeto de una evolución en el tiempo. La anterior (y derogada) Ley 27050 - Ley General de la Persona con Discapacidad³³ establecía en su texto original una bonificación de 15 puntos³⁴. Ello se modificó con la Ley 28164³⁵, que señaló que la bonificación era de 15%, y solo para quienes tuviesen puntaje aprobatorio³⁶. No obstante, la bonificación nunca fue efectiva puesto que las entidades públicas argumentaban dos excusas: no se precisaba si el puntaje final incluía o no la entrevista, y tampoco se precisaba si era aplicable para cualquier régimen laboral o únicamente para regímenes públicos. La actual LGPD resuelve ambos problemas con su formulación:

Artículo 48. Bonificación en los concursos públicos de méritos

48.1 En los concursos públicos de méritos convocados por las entidades públicas, independientemente del régimen laboral, la persona con discapacidad que cumpla con los requisitos para el cargo y alcance un puntaje aprobatorio obtiene una bonificación del 15% sobre el puntaje final obtenido en la etapa de evaluación, que incluye la entrevista final. Las bases de los concursos consignan la aplicación de este beneficio bajo sanción de nulidad.

De esta manera, resulta claro que la bonificación debe aplicarse hacia el final de la postulación, incluyendo la entrevista. La norma resulta positiva en la medida que precisa de manera indubitable cuándo y cómo se debe aplicar la bonificación, sin que las entidades públicas puedan burlar su aplicación.

5. Nuevas (y complejas) situaciones para la inclusión laboral de personas con discapacidad

A pesar de que las medidas desarrolladas, constituyen grandes avances para proteger el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, aún persisten diversas controversias con respecto a la aplicación de esta normativa que representan nuevos problemas para revertir de la situación de discriminación que ha padecido este colectivo. En las siguientes líneas desarrollaremos algunos de estos puntos.

5.1. ¿Puede un incapaz contratar? Las barreras en la contratación de personas con discapacidad intelectual o psicosocial

La CDPD establece que las personas con discapacidad tienen derecho a la capacidad jurídica, es decir, que pueden tomar decisiones respecto de sus propias vidas, que sean válidas en el ordenamiento jurídico. Esto se encuentra consagrado, explícitamente, en el artículo 12 de dicho instrumento³⁷. A manera de ejemplo el artículo 12.5 del referido

33 Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 06 de enero de 1999.

34 Artículo 36.- Bonificación en el concurso de méritos para cubrir vacantes En los concursos para la contratación de personal del sector público, las personas con discapacidad tendrán una bonificación de 15 (quince) puntos en el concurso de méritos para cubrir la vacante.

35 Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 10 de enero de 2004.

36 Artículo 36º.- Bonificación en el concurso de méritos para cubrir vacantes En los concursos públicos de mérito en la Administración Pública, las personas con discapacidad que cumplan con los requisitos para el cargo y hayan obtenido un puntaje aprobatorio obtendrán una bonificación del quince por ciento (15%) del puntaje final obtenido".

37 Artículo 12.- Igual reconocimiento como persona ante la ley.-

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia

tratado, dispone de manera expresa que los Estados deben asegurar que las personas con discapacidad ejerzan su derecho a "(...) *ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria*".

A diferencia del derecho a la personalidad jurídica, referida a ser titular de derechos, la capacidad jurídica es entendida como la dimensión de acceso al ejercicio de estos derechos³⁸. En un sentido similar, la actual LGPD establece en su artículo 9 el igual reconocimiento como persona ante la ley y señala que:

"1. La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones con las demás. El Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones.

2. El Estado garantiza el derecho de la persona con discapacidad a la propiedad, a la herencia, a contratar libremente y a acceder en igualdad de condiciones que las demás a seguros, préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero. Asimismo, garantiza su derecho a contraer matrimonio y a decidir libremente sobre el ejercicio de su sexualidad y su libertad".

Dado que la CDPD no desconoce que existen personas que pueden encontrarse en una situación de mayor vulnerabilidad en razón de su discapacidad, al momento de ejercer sus derechos (por ejemplo, una persona con discapacidad intelectual o psicosocial), el mismo artículo 12 dispone en sus párrafos 3 y 4 que aquellas personas que lo requieran deben contar con "apoyos y salvaguardias" para el ejercicio de su capacidad jurídica. No obstante, el Código Civil peruano no sigue la línea de la CDPD. De acuerdo con el actual Código, las personas con discapacidad intelectual o psicosocial tienen capacidad jurídica limitada. Dicho cuerpo normativo, en los artículos 43 y 44, señala que son absolutamente incapaces los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento, y que son relativamente incapaces "los retardados mentales" y "los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad". Señalar que una persona no tiene capacidad, implica negarle la posibilidad de ejercer algún derecho por sí mismo³⁹. Una persona señalada como incapaz no puede votar⁴⁰, no pueda ejercer patria potestad⁴¹, no puede testar⁴² e incluso, de manera indirecta, no puede casarse⁴³.

Para identificar y dar seguridad jurídica sobre quiénes son incapaces, existe el proceso judicial de interdicción. Quienes tienen una sentencia de interdicción inscrita en Registros Públicos, no pueden actuar, jurídicamente, de manera autónoma. No obstante, dado

indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.*
- 38 Francisco Barrifí, Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la convención de la ONU, en Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo, L. C. Pérez Bueno (Dir.), (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009).
- 39 Código Civil. Artículo 42.- Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44.
- 40 Código Civil. Artículo 33.- El ejercicio de la ciudadanía se suspende:
 1. Por resolución judicial de interdicción.
 2. Por sentencia con pena privativa de la libertad.
 3. Por sentencia con inhabilitación de los derechos políticos.
- 41 Código Civil, Artículo 466.- La patria potestad se suspende:
 - 1) Por la interdicción del padre o de la madre originada en causal de naturaleza civil.
- 42 Código Civil. Artículo 808.- Es nulo el testamento otorgado por incapaces menores de edad y por los mayores enfermos mentales cuya interdicción ha sido declarada. Es anulable el de las demás personas incapaces comprendidas en el artículo 687.
- 43 Código Civil. Artículo 241.- No pueden contraer matrimonio:
 - 3.- Los que padecieren crónicamente de enfermedad mental, aunque tengan intervalos lúcidos.

que los artículos 43 y 44 del Código Civil establecen que la incapacidad opera de manera automática, sin que sea necesario que medie la sentencia de interdicción, el solo hecho de calzar en alguno de los supuestos (sin tener sentencia de interdicción) conlleva a que ningún operador jurídico desee entrar en relación con la persona con discapacidad intelectual o psicosocial⁴⁴.

Ante esta situación, muchos empleadores exigen que sus empleados con discapacidad tengan una sentencia de interdicción y que sean sus curadores los que firmen el contrato⁴⁵. Ello, por un lado, vulnera el artículo 12 de la CPCD y 9 de la LGPD, y por otro, resulta absolutamente contradictorio con la política de empleo inclusivo, que una persona tenga que someterse a una interdicción para ser contratado, y luego no pueda de manera autónoma cobrar su sueldo, pues si se encuentra interdicta el administrador de sus bienes será el curador. Dado que el trabajo, *“sirve, al mismo tiempo, a la supervivencia del individuo y de su familia y contribuye también, en tanto que el trabajo es libremente escogido o aceptado, a su plena realización y a su reconocimiento en el seno de la comunidad”*⁴⁶, resulta contradictorio que la condición para ejercerlo en el caso de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial, sea restringir grandes dosis de autonomía. Asimismo, es desproporcional que la condición para ejercer un derecho (el derecho al trabajo) se traduzca en la pérdida de otros derechos (todos aquellos que son negados por el régimen de interdicción).

En vista de que los empleadores no son sujetos autorizados para realizar control difuso o interpretar derogaciones tácitas de la legislación nacional, es imperioso que se prohíba la posibilidad de que un curador pueda firmar un contrato laboral. No obstante, como puede observarse en la Tabla 5, hasta que dicha modificación opere, y para salvar el problema, sería importante revalorar el artículo 1358 de nuestro Código Civil que señala que *“los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.”* En tal sentido, es clarísimo que trabajar es una necesidad ordinaria de la vida diaria por lo que correspondería permitirles firmar el contrato.

Tabla 5: panorama y posibilidades de que un incapaz firme un contrato de trabajo

Situación	Respuesta actual	Solución acorde con el derecho de capacidad jurídica de la persona con discapacidad	Solución más respetuosa bajo la legislación actual
Persona con discapacidad intelectual o psicosocial <u>sin</u> interdicción.	Exigirle la interdicción (barrera para el acceso al empleo).	Eliminar la interdicción y permitir que las personas con discapacidad firmen sus contratos.	Señalar que la firma de un contrato laboral es un acto de la vida diaria y permitir que las personas con discapacidad lo realicen.
Persona con discapacidad intelectual o psicosocial <u>con</u> interdicción.	Que el curador firme el contrato (situación de trabajo forzoso).	Permitir el uso de apoyos, cuando lo requieran.	Que quienes ya tengan interdicción realicen contratos con doble firma: curador y persona con discapacidad para evitar situaciones de trabajo forzoso.

5.2. ¿Discapacidad o invalidez?⁴⁷

Otro tema de singular relevancia es el que plantea el concepto de invalidez. La gran interrogante en la interrelación entre los conceptos de discapacidad e invalidez es la siguiente: ¿todas las personas con discapacidad tienen incapacidad para el trabajo? Este cuestionamiento busca plantear un acercamiento crítico a los tradicionales sistemas de

44 Los autores, por su experiencia en el litigio de casos de personas con discapacidad a través de la Clínica Jurídica de Derechos de las Personas con Discapacidad de la Pontificia Universidad Católica del Perú, han conocido de casos en los que no se permite a personas con discapacidad actos tan simples como abrir cuentas en el banco, comprar un celular, cobrar un cheque, sacar una tarjeta de crédito o aceptar una herencia.

45 Los autores, por su experiencia en el litigio de casos de personas con discapacidad a través de la Clínica Jurídica de Derechos de las Personas con Discapacidad de la Pontificia Universidad Católica del Perú, han conocido de casos en los que a las personas con discapacidad intelectual o psicosocial se les ha requerido contar con sentencia de interdicción para firmar un contrato de trabajo.

46 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 18: El derecho al trabajo, (Aprobada el 24 de noviembre de 2005), párrafo 1.

47 Esta sección se basa en un documento de trabajo aún no publicado trabajado por dos de los autores. Renata Bregaglio, Renato Constantino, Saulo Galicia y Erick Beyá, *Discapacidad, invalidez, incapacidad para el trabajo y trabalenguas: ¿Si tengo discapacidad y trabajo, puedo cobrar pensión de invalidez?*, (Por publicar en Derecho PUCP. 2016).

seguridad social que entendieron que toda discapacidad llevaba al fin de la vida productiva laboral. Ello, como se sabe, colisiona, directamente, con los postulados del modelo social de la discapacidad que proclaman que las imposibilidades de las personas con discapacidad provienen de barreras sociales y no de las personas. En tal sentido, es necesario analizar correctamente dichas figuras.

Si la discapacidad no equivale a la incapacidad para trabajar, ¿cómo debe entenderse y aplicarse dicha figura? No se puede negar que hay situaciones donde la incapacidad sí debe ser aplicada. En tal sentido, como se observa en la Tabla 6, la incapacidad para el trabajo y la discapacidad son situaciones relacionadas, pero diferentes. Ello quiere decir que no deberían ser medidas a partir de la persona, sino a partir de un contexto. La discapacidad surge cuando las barreras sociales impiden la realización de un derecho, mientras que la incapacidad para el trabajo surge en aquellas ocasiones en las que la capacidad laboral para un empleo (o para todos los empleos) está comprometida. En ambos casos, no obstante, hay un factor biológico innegable: en el caso de la discapacidad, es la deficiencia; mientras que en el caso de la incapacidad para el trabajo, es la disminución de la capacidad laboral en la actividad habitual de la persona.

Tabla 6: Comparación entre discapacidad e invalidez

Término	Factor biológico	Factor relacional
Discapacidad	Deficiencia	Barreras sociales, jurídicas, arquitectónicas, actitudinales o comunicacionales
Incapacidad para el trabajo	Disminución de la capacidad laboral que puede estar causado por enfermedad o deficiencia	Requerimientos para un empleo específico o todos los empleos

Fuente: BREGAGLIO, CONSTANTINO, GALICIA y BEYÁ⁴⁸.

Esta perspectiva plantea dos consecuencias importantes: i) la incapacidad para el trabajo debiera (incluso cuando es permanente) ser un concepto móvil, pues su determinación en la mayoría de los casos estará relacionada a la actividad lucrativa habitual, y no a la potencialidad de actividades lucrativas; y ii) si bien es probable que en varios casos sea la discapacidad la causa de una situación de incapacidad para el trabajo, las figuras jurídicas tienen contenido propio. Esto último es fundamental pues la mayor parte de las personas con discapacidad, provistas de los ajustes razonables adecuados, pueden trabajar en igualdad de condiciones que el resto de personas⁴⁹. En tal sentido, deberá haber una protección social para los casos de personas que ya no puedan seguir trabajando en su oficio inicial, por ejemplo, en el caso de un chofer que pierde la vista; y de quienes ya no pueden desempeñar ningún empleo. Esas protecciones sociales van más allá de la entrega de pensiones (contributivas o no), y tienen que incluir también políticas de readaptación laboral. Sin embargo, lo más importante es la obligación de proveer ajustes razonables, pues son estos lo que permiten una verdadera inclusión y los que disminuyen significativamente la necesidad de proveer pensiones de seguridad social pues las personas permanecen laborando por más tiempo.

De esta manera, será posible que algunas personas con discapacidad tengan incapacidad para el trabajo, de la misma manera que es posible que personas con incapacidad para el trabajo no sean persona con discapacidad. Bajo esta comprensión, habrá puntos de intersección de ambas categorías, sin que ello quite a cada una un contenido propio. Esto tiene que ser tomado en cuenta para que la discapacidad no se pueda interpretar como una forma de terminación de la relación laboral.

⁴⁸ Renata Bregaglio, Renato Constantino, Saulo Galicia y Erick Beyá, *Discapacidad, invalidez, incapacidad para el trabajo y trabalenguas: ¿Si tengo discapacidad y trabajo, puedo cobrar pensión de invalidez?*, (Por publicar en Derecho PUCP. 2016).

⁴⁹ Se establece que esto será posible en la mayor parte de supuestos porque en la actualidad, por falta de desarrollo tecnológico, por falta de recursos económicos o por falta de comprensión de la discapacidad, aún hay deficiencias para las cuales aún no existe una forma de derribar la barrera.

6. Conclusiones

A partir de lo analizado, es posible concluir que la realización al derecho del trabajo de las personas con discapacidad en el Perú, requiere de un esfuerzo de armonización grande que aún no ha sido llevado a cabo. En tal sentido, para garantizar el acceso y la permanencia se hace necesario que el Estado garantice que las medidas que se han tomado sean cumplidas. Para que querer sea poder, se requiere un Estado comprometido en eliminar de manera adecuada las diversas barreras que impiden que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos. Las medidas, adecuadamente implementadas, deberían derribar esas limitaciones. Para ello resulta necesario:

- La implementación general de la cuota laboral para personas con discapacidad y los ajustes razonables. Esto eliminará prejuicios existentes contra la posibilidad de que las personas con discapacidad puedan ser productivas.
- La fiscalización y sanción efectiva de las instituciones públicas y privadas que no cumplan con la cuota y los ajustes razonables.
- La aplicación correcta de los conceptos de invalidez y discapacidad para evitar privaciones a los derechos, a través de ello se garantizará una adecuada protección social para las personas con discapacidad.
- El reconocimiento general de la libertad de trabajo de las personas con discapacidad y la prohibición de la posibilidad que los curadores firmen contratos en su nombre para que se reconozca adecuadamente la agencia de las personas con discapacidad y tengan la posibilidad real de beneficiarse de su remuneración.

7. Bibliografía

Barrifi, Francisco. 2009. Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la convención de la ONU. En *Hacia un Derecho de la Discapacidad*. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo, Pérez Bueno, L. C. (Dir.). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.

Barnes, Colin. 2009. Un chiste malo: ¿rehabilitar a las personas con discapacidad en una sociedad que discapacita? En *Visiones y revisiones de la discapacidad*, Brogna, Patricia (comp.). México DF: FCE.

Bregaglio, Renata. 2015. Alcances del mandato de no discriminación en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. En *Nueve conceptos clave para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Salmón, Elizabeth y Renata Bregaglio. Lima: IDEHPUCP, 2015.

Bregaglio, Renata, Renato Constantino, Saulo Galicia y Erick Beyá. 2016. *Discapacidad, invalidez, incapacidad para el trabajo y trabalenguas: ¿Si tengo discapacidad y trabajo, puedo cobrar pensión de invalidez?* Por publicar en *Derecho PUCP*. 2016.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales .2005. Observación General 18: El derecho al trabajo. Aprobada el 24 de noviembre.

Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer. 2004. *Recomendación General No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal*.

Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. 2014. *Comunicación Nro. 2/2010. Dictamen CRPD/C/D/2/2010*. 07 de julio.

Constantino, Renato y Saulo Galicia. 2015. "La configuración de los ajustes razonables en el ámbito laboral peruano: Definiciones, omisiones y propuestas". En *Anuario de Investigación del CICAJ 2013-2014: Las instituciones jurídicas en debate.*, Urteaga, Patricia y Aarón Verona Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento de Derecho de la PUCP.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2012. Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto. Serie C No. 246.

Nussbaum, Martha. 2007. *Las fronteras de la justicia*. Barcelona: Paidós.

Oliver, Michael y Colin Barnes. 2012. *The New Politics of Disablement*. Londres: Palgrave.

Palacios, Agustina. 2008. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad*. Madrid: Cinca.

Sandel, Michael. 2011. *Justicia, ¿hacemos lo que debemos?* Barcelona: DeBolsillo.

Supreme Court of Canada. 1990. *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta*. 13 de septiembre.

