

¿Un derecho laboral de los derechos humanos?: cuando se habla de relaciones laborales, empresa y discapacidad

Solanch Casia Estrella Revilla¹

“Un gobierno comprometido con la igualdad ex post se propone, en cuanto sea posible, llevar a los ciudadanos que carecen de aptitudes para el mercado al mismo nivel económico de quienes son más aptos, o poner a quienes han enfermado o sufrido discapacidades en la posición que habrían ocupado de no haberse dado esas circunstancias”^{2*}

Ronald Dworkin

1. Introducción

Cuando se considera la igualdad como un principio rector de la organización de un Estado Social de Derecho se asume que no toda desigualdad constituye *per se* un trato discriminatorio, y en consecuencia una violación de derechos tutelable por el Derecho. No se proscribiera todo tipo de diferenciación si ésta se basa en razones objetivas en línea con los derechos fundamentales. La igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable². La puerta abierta se hace necesaria para que el Estado pueda actuar articulando políticas en coordinación con el sector privado y la sociedad civil, y revertir los casos en que las desigualdades se convierten en un perjuicio que excluye de forma perenne a un grupo social. Esta es una nueva forma de asumir el rol estatal para el Derecho.

Del mismo modo, al hacer aquello, se hace indispensable promover una noción de lo que implica -al menos en el ámbito del derecho laboral- la acogida del derecho internacional de los derechos humanos, si con ello accedemos a estar un paso más cerca de la igualdad, de promover una mejora para todos sin empeorar al resto, lo que en economía se denominaría llegar al “Óptimo de Pareto”.

El tema de las personas con discapacidad desde una perspectiva de acceso al trabajo no solo ha cobrado importancia a nivel nacional y regional sino que viene siendo un impulso de los Estados y de los principales sistemas de protección y promoción de derechos humanos que buscan poner en el tapete la discusión sobre los principales problemas que engloba la disyuntiva de la discapacidad.

¹ Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Federico Villarreal (Perú). Ex Presidenta de la Asociación Civil Seminario de Estudios Jurídicos y ex Directora de la Revista de Derecho Sociedad Jurídica. Ha participado en diversos concursos de litigación laboral y de derechos humanos y, recientemente, ha obtenido el primer puesto en el concurso de artículos de investigación de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2016). Desde el año 2017 es asociada del Área Laboral del Estudio Miranda & Amado.

* DWORKIN, Ronald. “Justicia para erizos”. Fondo de Cultura Económica, México, 2011, P. 342.

² Tribunal Constitucional del Perú. Caso Sindicato de Trabajadores de ALICORP S.A.A. STC Exp.Nº 02974-2010-PA/TC. Párr. 7.

Se da el caso que la propia Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha manifestado en diversas ocasiones³ su preocupación por el desempleo, obstáculos y contextos discriminatorios en el trabajo que enfrentan las personas con discapacidad en diversas partes del mundo. De esta forma, se evidenciaría la preocupación por el acceso al trabajo de las personas con discapacidad, pues el trabajo en virtud de su naturaleza, es una actividad vital para el desarrollo de la persona humana⁴.

La cifra más reciente que se tiene en Perú, de manera oficial, sobre población con discapacidad data del año 2012. Es la Encuesta Nacional Especializada sobre Discapacidad (ENEDIS); la única que hasta la fecha se realizó en el país sobre este tema, y que fue publicada recién en 2014. En dicha fuente se señala que el estimado de personas con algún tipo de discapacidad, de distinto grado y tipo, asciende a 1 millón 575 mil 402 personas⁵, lo cual significaría un 5.2% de la población nacional.

Por tal razón, el Estado peruano -en teoría- ha visto como prioritario el asunto de la discapacidad pero en la práctica se ha chocado con un problema difícilmente superable por una norma jurídica, el problema del patrón cultural.

Resulta inevitable mezclar los conceptos de discapacidad con el de discriminación al hablar de cómo un problema multidisciplinario, y cuando se habla de discapacidad resulta indispensable tratar también el tema de la discriminación, casi como si se tratara de un concepto subsumido en él adopta diversas formas; puede encontrarse de manera clara, como en el caso en que se niega el acceso a una persona por su color de piel, o, presentarse de manera más sutil, como aquellos casos en los que una persona en silla de ruedas se enfrenta a una tienda que no cuenta con la estructura arquitectónica -léase rampas- para permitirle a ésta el acceso.

Es importante iniciar el presente trabajo de investigación con la información señalada en el párrafo precedente dado que -con frecuencia- afronta todos los problemas que la discapacidad incluye para enfrentar el problema se requiere visibilizar la aplicación de los ajustes razonables en el desarrollo de las relaciones laborales, la promoción de contratación de personas con discapacidad, entre otras medidas por parte de los empleadores y el Estado.

Es en estos últimos casos en los que centraré el presente trabajo de investigación. El propósito de ello es que se visibilice el derecho de las personas con discapacidad a partir de una lectura de lo que implica el principio de igualdad y no discriminación.

Así, resulta necesario empezar señalando que para que se produzcan cambios realmente importantes que coadyuven a resolver este problema, es necesario que los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) remen en un mismo sentido y confronten la

³ Puede verse en la Observación General N° 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. NNUU. Comité DESC, aprobada el 24 de noviembre de 2005.

⁴ PÉREZ, Benito. "Derecho del Trabajo". Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983. P. 71.

⁵ Perú. Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI. "Encuesta Nacional Especializada sobre Discapacidad", 2012. P. 11.

realidad, el derecho y ponderen los valores que la problemática desviste, asimismo, la legislación y las políticas públicas permitan la incorporación al mercado laboral de dicha población, asimismo, que los edificios y los medios de transporte les sean accesibles”⁶.

Resulta ser una realidad peruana y a la vez internacional, en la cual, la sociedad impide a las personas con discapacidad ejercer legítimamente el derecho fundamental al trabajo. Frecuentemente esto se debe a que los empleadores creen que las personas con discapacidad no están preparadas para trabajar, sumado a ello, que la legislación y las políticas públicas no facilitan su incorporación al mercado laboral, asimismo, que factores externos como los medios de transporte no son accesibles

2. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos frente a la Discapacidad

Corría el año 2006 cuando la ONU aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), el cual constituye un instrumento marco que agrupa un número importante de garantías, la igualdad de oportunidades, y obliga a los Estados a adoptar medidas de sensibilización y reconocimiento de derechos hacia las personas con discapacidad, tales como el acceso al trabajo y el derecho a la promoción profesional. No obstante, éste organismo no ha sido el único interesado y comprometido con la protección de las personas con discapacidad.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ya había abordado el problema de las personas con discapacidad en el trabajo. El Convenio N° 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, que data de 1958, permite concluir que también se prohíbe la discriminación por razón de discapacidad. Aunque, a pesar de este, los principales instrumentos normativos de esta institución relativos a los derechos de las personas con discapacidad son el Convenio N° 159, sobre la readaptación y el empleo⁷ y la Recomendación N° 168, recomendación sobre la readaptación profesional y el empleo⁸, los cuales se establecen en base al principio de igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores con y sin discapacidad y resalta la importancia de la formación, readaptación laboral y la conservación del empleo.

Igualmente, ha de traerse a colación el Informe Anual de 2014 de la OIT sobre discapacidad, en el cual se afirma que las personas con discapacidad añaden valor a los centros de trabajo y son un componente esencial que enriquece todos los aspectos de la cultura corporativa, así como la confianza en que es posible ayudar a transformar el mundo del trabajo en uno más inclusivo, justo para todos y respetuoso con la diversidad. Dicho informe destaca las diversas publicaciones que ha elaborado la OIT sobre las experiencias de múltiples empresas en el ámbito de contratación de personas

⁶ DE LORENZO, Rafael. “El futuro de los discapacitados en el mundo, el empleo como factor determinante para la inclusión”. En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N° 50, Madrid, 2004. P. 75.

⁷ Organización Internacional del Trabajo. Convenio N° 159 sobre la readaptación profesional y el empleo .1983. P. 1 y ss.

⁸ Organización Internacional del Trabajo. Recomendación N° 168 sobre la readaptación profesional y el empleo. 1983. P. 1 y ss.

con discapacidad, así como el desarrollo y mejoras de diferentes productos y servicios en tales empresas⁹.

Además, la estrategia y plan de accesión para la inclusión de la discapacidad 2014-2017 de la OIT¹⁰ resalta la importancia de la sensibilización en materia de discapacidad, fomentando que se prioricen actuaciones de mejora para las personas con discapacidad.

Por su parte, tomando como ejemplo el derecho comparado, la Unión Europea ha abordado con intensidad este tema. Puede verse que en los artículos 10 y 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹¹ se establece que la Unión Europea luchará contra la discriminación, entre otras, por razón de discapacidad, pudiendo disponer el Consejo, previa aprobación del Parlamento Europeo, acciones al respecto.

3. La discapacidad en el Perú y su normativa

Desde que se aprobó la Ley General de las Personas con Discapacidad (“en adelante LGPD”)¹² se puede decir que el Estado asumió el compromiso de estar acorde a la normativa internacional sobre discapacidad, la CDPD.

La ley nacional establece en su artículo 49 la cuota de empleo para que las personas con discapacidad puedan acceder al empleo. Las entidades públicas y privadas deben cumplir con un porcentaje mínimo de trabajadores con discapacidad, pero la proporción varía de acuerdo al tipo de entidad. Así, por ejemplo, todas las entidades públicas se encuentran obligadas a contratar personas con discapacidad en una proporción no inferior al 5% de la totalidad de sus trabajadores; mientras que las entidades del sector privado -con más de 50 trabajadores- deberán tener al menos el 3% de trabajadores con discapacidad en su planilla.

Para asegurar el cumplimiento de la norma, se han previsto sanciones para aquellos empleadores que no cumplan con dicha disposición.

Ahora bien, si a nivel de la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad (CDPD) no se menciona expresamente las cuotas de empleo que se deben de cumplir, pareciera que éstas no se contradicen con la letra ni el espíritu de la CDPD¹³.

En esa misma línea, el Reglamento de la Ley General de Personas con Discapacidad¹⁴ establece que en el caso de que alguna entidad pública verifique que no se cumple con

⁹ Organización Internacional del Trabajo. “ILO Global Business and Disability Network. Annual Report”. 2014. P. 3 y ss.

¹⁰ Organización Internacional del Trabajo. Estrategia y plan de acción para la inclusión de la discapacidad 2014-2017: Un doble enfoque de acciones transversales y específicas para las personas con discapacidad. 2015. P. 10 y ss.

¹¹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de fecha 30 de marzo de 2010. P. 7.

¹² Perú. Ley N° 27050, Ley General de PCD, de fecha 31 de diciembre de 1998.

¹³ MONZÓN, Patricio, TROMEL, Stefan y SOTO, José. “El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. En: Andreu Martínez (Director). “El empleo público y las personas con discapacidad”. Cinca, Madrid, 2009. P. 409.

¹⁴ Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP, que aprueba el Reglamento de la Ley General de Personas con Discapacidad .de fecha 07 de abril de 2014.

la cuota de empleo, esta debe considerar, para la convocatoria de selección de personal o concurso de méritos, que en caso de presentarse un empate entre postulantes con y sin discapacidad, se debe priorizar la contratación de personas con discapacidad, en cumplimiento del beneficio del cumplimiento de la cuota laboral. Dicho dato es relevante, pues cubre un vacío que, frecuentemente en otras legislaciones se deja a la discrecionalidad de los empleadores.

Ahora bien, en base a información brindada por el Ministerio de Trabajo del Perú, en el año 2016 los diversos sectores económicos del país demandarían la contratación de 34,476 trabajadores, siendo las ocupaciones más requeridas el de personal de protección y seguridad, limpiadores de establecimientos, entre otros. De ello se puede advertir que, poco a poco se viene incentivando la contratación de este grupo de personas.

4. Casuística en torno a la discapacidad

Con relación a este punto, es necesario traer a colación que, en el año 2012 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) conoció el caso del señor Luis Fernando Guevara Díaz¹⁵, una persona con discapacidad, que se desempeñó como trabajador en el Ministerio de Hacienda de Costa Rica durante aproximadamente ocho años, y que postuló a un concurso público para ser nombrado titular en un cargo.

Esta persona, luego del concurso, obtuvo la más alta calificación junto con otra persona sin discapacidad. Ante esta situación, el Ministerio de Hacienda de Costa Rica decidió no seleccionar al señor Guevara Díaz, escogiendo en su lugar al candidato que igualo con él en la puntuación y que no contaba con ninguna discapacidad.

Ante ello, el personal del Ministerio de Hacienda defendió esta decisión argumentando que las leyes costarricenses les permitían, en caso de empate en un concurso público, escoger de manera discrecional a la persona que se desempeñara en el cargo, en consecuencia, el señor Guevara Díaz fue cesado. En ese aspecto, debemos advertir, por ejemplo, que es plausible la precisión que hace el Reglamento de la LDPD en Perú a fin de evitar actos discriminatorios contra las personas con discapacidad en el acceso a la función pública.

Otro caso importante, y que merece ser traído a colación, es el caso de la ciudadana británica Coleman, que se resolvió en el año 2008, en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Se trata del caso de una mujer que trabajaba como secretaria para un despacho de abogados en Londres desde el año 2001. En el año 2002, la señora Coleman tuvo a su primer hijo quien tuvo una discapacidad física, razón por la cual era necesario que ella le brindara más cuidado y tiempo. La señora Coleman tuvo que dejar su empleo debido a la constante discriminación y acoso que experimentó por parte de su empleador. Ella demostró que su empleador se negó a reintegrarla, una vez finalizado su permiso de

¹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de Fondo N° 13/1220 de marzo de 2012. Caso Luis Fernando Guevara Díaz.

maternidad, en el puesto que habría ocupado anteriormente. Asimismo, su empleador no le concedió la flexibilidad de horario (que si se les concedía a padres de hijos sin discapacidad) y que se dirigió a ella y a su hijo con insultos.

El Tribunal Europeo introduce una nueva categoría jurídica como es la discriminación transferida, lo cual supone una ampliación de la tutela de discriminación a aquellas personas asociadas a las personas con discapacidad, como por ejemplo sus cuidadores, precisamente por el particular riesgo de discriminación en el trabajo que tienen estos últimos¹⁶.

Por último, a nivel nacional se da un caso importante que viene a colación. El caso en cuestión involucra al abogado Edwin Béjar Rojas, quien tiene una discapacidad visual bilateral y postuló en el año 2009, en el marco de la convocatoria N° 02-2009-CNM-Macro Región Sur del Consejo Nacional de la Magistratura, al cargo de Fiscal Adjunto Provincial del Pool de Fiscales del Cusco. El Consejo Nacional de la Magistratura¹⁷ al tomar conocimiento de su discapacidad, decidió arbitrariamente separarlo del proceso de selección, bajo el argumento de que no podría, en primer lugar, rendir el examen de selección y que las opciones que el señor planteó para rendir el examen, por ejemplo que un tercero leyera el examen y marque las respuestas que el indicaba o que se le brinde el examen en formato virtual para resolverlo mediante un programa que le lea las preguntas, iban en contra del carácter personal del examen, asimismo, argumentaron que en las labores propias de un Fiscal Adjunto no podría realizarlas por ser una persona con discapacidad visual.

Ante dicha situación, el señor Béjar presentó una demanda de amparo contra el CNM por la violación del derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado laboralmente por ser una persona con discapacidad. En primera instancia, la jueza del Tercer Juzgado Civil del Cusco, Nelly Yábar Villagarcía, expuso que no tomar en cuenta las diversas opciones que postuló el demandante para rendir el examen implicaba una interpretación literal del artículo 32 el Reglamento del CNM. De tal forma, las opciones que presentó el señor Béjar constituían ajustes razonables para poder rendir el examen y acceder en igualdad de condiciones en la convocatoria antes señalada¹⁸.

En consecuencia, la jueza declaró fundada la demanda de amparo y ordenó que se le tome un examen escrito al señor Béjar y conforme sea el resultado del examen, incorporarlo al proceso de selección. Sin embargo, esta decisión fue apelada por el CNM y, en segunda instancia, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco confirmó de manera parcial la sentencia de la jueza Nelly Yábar, revocando la misma en el extremo del fallo que ordenaba, sin paralizar la secuencia del proceso de

¹⁶ MUÑOZ, Ana. “El caso Coleman: un paso más allá en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores”. En: Temas Laborales. N° 101, Madrid, 2009. P. 326.

¹⁷ El Consejo Nacional de la Magistratura es aquella institución encargada de la selección, nombramiento, evaluación, ratificación y destitución de jueces en el Perú.

¹⁸ Poder Judicial del Perú. Tercer Juzgado Civil del Cusco. Expediente N° 2009-001890-0-1001-JR-CI-3. Sentencia del 6 de noviembre de 2009.

selección, que se tome el examen escrito al demandante y dispuso, que dado que ya había terminado el proceso de selección quedando desierto el puesto de Fiscal Adjunto, que el CNM habilite nueva fecha y hora para que el señor Béjar rinda el examen escrito -aplicación de ajustes razonables- y de aprobar el mismo, continúe con las demás etapas del proceso de selección, con las consecuencias respectivas de dicha convocatoria.

Este caso confirma que es el Estado el que debe evaluar cuales son las medidas que ha de implementar para que las personas con discapacidad puedan acceder, al igual que todos y todas, a los diversos ámbitos de la vida social, entre los que, por supuesto, se encuentran los diferentes espacios de la función pública¹⁹ y, recordemos que estamos en la etapa de eliminación de toda clase de prejuicios contra la personas con discapacidad, por lo que el razonamiento ya no es como una persona con discapacidad puede adoptarse al cargo que postula, sino, como este cargo puede adecuarse a esta persona.

5. El nuevo modelo de la discapacidad en relación con el empleo

El estudio sobre la discapacidad se ha dividido en tres modelos que han marcado el enfoque con el cual se ha abordado esta temática históricamente, los cuales son: el modelo de prescindencia, modelo médico o rehabilitador y el vigente modelo social. Contrariamente a los dos modelos señalados inicialmente, surge el nuevo modelo social, según el cual, son las barreras sociales las que generan la discapacidad. Es decir, la discapacidad no es un atributo de la persona, sino un conjunto complejo de condiciones que son creadas por su entorno u ambiente. Esta es la nueva perspectiva que se impone en los diversos ordenamientos jurídicos, entendiéndose que es la sociedad la que debe de adecuarse a las personas con discapacidad y no a la inversa.

La Convención de Derechos de Personas con Discapacidad apuesta por la accesibilidad y, concretamente por la estandarización de la obligación de realizar ajustes razonables. Para ello, se establece la adopción de todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de todas aquellas adaptaciones que se requieran para la plena inserción de las personas con discapacidad en el ámbito laboral.

El reglamento de la LGPD establece que los ajustes razonables, “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 que los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”²⁰.

Mientras que, el artículo 50 de la Ley General de Personas con Discapacidad establece que las personas con discapacidad tienen derecho a ajustes razonables en el lugar de trabajo. Por tanto, negarles tales ajustes razonables constituiría una forma de

¹⁹ SILVA DEL CARPIO. “El acceso a la función pública en condiciones de igualdad para personas con discapacidad a propósito de la sentencia en segunda instancia del caso Béjar”. En: Revista Actualidad Jurídica N° 197, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, Abril de 2010. P. 172.

²⁰ Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29973, Ley General de Personas con Discapacidad, de fecha 8 de abril de 2014,

discriminación tal como prevé la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad y la propia LGDP.

En consecuencia, lo antes señalado permite concluir que, durante la relación laboral, las personas con discapacidad merecen una especial protección a fin de garantizar el goce de sus derechos. De igual forma, debe lucharse contra los climas hostiles que se presentan en los ámbitos públicos y privados, que impide un goce real y efectivo de sus derechos.

6. Una conexión entre empresa y relaciones laborales frente a la discapacidad

Como sabemos, las relaciones laborales se encuentran comprendidas por el empleador y el trabajador, los cuales mediante prestaciones recíprocas, buscan contribuir a la sostenibilidad del otro.

La responsabilidad social empresarial es la contribución activa y voluntaria al mejoramiento social, económico y ambiental por parte de las empresas, generalmente con el objetivo de mejorar su situación competitiva, valorativa y su valor añadido.

En consecuencia, es importante promover el acceso de oportunidades en el marco de desarrollo sostenible para mejorar el acceso al trabajo de las personas con discapacidad.

Por tanto, se debe tener en cuenta que los actos discriminatorios de las personas con discapacidad pueden presentarse tanto en el acceso al empleo como en el desarrollo y término de las relaciones laborales²¹, aspectos que se expondrán a continuación.

6.1. Las formas de extinción del contrato de trabajo

En la actualidad, existen diversas formas de extinguir una relación laboral, como son la rescisión, renuncia, despido, entre otros. Ahora bien, el despido se concibe como el actor unilateral de la voluntad del empleador en virtud del cual este decide poner fin a la relación laboral²².

Al respecto, la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad y el Convenio N° 159 de la OIT sobre readaptación profesional y el empleo, señalan que es un deber del Estado promover programas de mantenimiento de empleo dirigidas a personas con discapacidad.

En concordancia con ello, el inciso 2 del artículo 2 de la Ley de Derechos de Personas con Discapacidad dispone que “el personal que adquiere una discapacidad durante la relación laboral tiene derecho a conservar su puesto de trabajo cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, esta no es determinante para el desempeño de sus tareas. Caso contrario, dicho personal es transferido a un puesto donde sea compatible con sus capacidades y aptitudes, en la medida en que exista una vacante, y que no

²¹ GÓNZALEZ, Luis. “Nueva Ley General de las Personas con Discapacidad: implicancias laborales”. En: Revista Jurídica del Perú. Tomo 143, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2013. P.24.

²² ALONSO, Manuel. “Curso de Derecho del Trabajo”. Editorial Ariel, Séptima Edición, Madrid, 1981. P. 559.

implique riesgos para su seguridad y salud o la de otras personas”. De lo antes señalado se puede advertir que, si bien no significa una protección absoluta contra el despido, si recalcan que el simple hecho de que la persona tenga o adquiera una discapacidad no debe suponer la interrupción de la relación laboral.

Respecto a este punto, antes de la entrada en vigencia de la LGPD, el Tribunal Constitucional Peruano tuvo la oportunidad de conocer el caso de una persona con discapacidad física que trabajaba en el Ministerio de Relaciones Exteriores que se desempeñaba como asistente administrativo para la Dirección General de Desarrollo de Recursos Humanos de dicha entidad. Esta persona trabajó por más de dos años y posteriormente fue despedido. El Ministerio justificó tal decisión en la política de austeridad en el gasto dispuesto por el Decreto Legislativo N° 020-2006²³.

Ante ello, el TC peruano estableció que, si bien el Ministerio debía de ejecutar dicha política de austeridad, debió haberlo hecho con respeto de los derechos fundamentales del recurrente, lo cual, implicaba, de acuerdo al principio de razonabilidad, específicamente el sub principio de necesidad, aplicar la disolución del vínculo laboral únicamente si es que no existen medidas menos gravosas para lograr tal fin, teniendo en cuenta que el recurrente, en su calidad de persona con discapacidad, goza de una protección especial ante medidas de esa naturaleza²⁴.

Finalmente, se puede concluir que las personas con discapacidad tienen una especial protección frente al despido. En efecto, si un trabajador es despedido por razón de su discapacidad se configura un despido nulo, el cual tiene como consecuencia inmediata la reposición del trabajador al centro de trabajo.

6.2 La tarea pendiente: la regulación del despido por capacidad en Perú

En la actualidad, aun cuando se cumplan con las condiciones establecidas en la normativa laboral vigente, los empleadores se ven imposibilitados y/o, por lo menos, con grandes dificultades para utilizar esta forma de extinción de vínculo laboral, optando por mecanismos distintos como suscripción de convenios de mutuo disenso, suspensiones perfectas de labores entre otras.

Con relación a la causal relacionada cuando el trabajador haya adquirido alguna discapacidad en la ejecución de sus labores, se debe advertir que, el empleador está obligado a implementar los ajustes razonables que le permitan al trabajador prestar sus servicios con normalidad. Finalmente, si luego de haber implementado ello, los trabajadores con discapacidad aún se ven imposibilitados de desarrollar sus labores con normalidad, el empleador tiene la obligación legal de reubicarlos.

Una vez implementada esta estructura, las etapas que deben cumplirse para proceder al despido por rendimiento deficiente deben ser las siguientes: a) imputar la causal de

²³ Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N° 05218-2007-PA/TC. Caso Miguel Ángel Palomino Ángulo. P. 5.

²⁴ Ob. Cit. P. 12.

despido y para ello la discapacidad debe estar certificada por Essalud, el Ministerio de Salud o la junta de médicos designada por el Colegio Médico del Perú, lo que es prácticamente imposible en tanto estas entidades no cuentan con procedimientos para emitir documentos de este tipo con fines laborales, b) otorgarles treinta días para que demuestren su capacidad, y; c) emitir la carta de despido si es que dentro del plazo otorgado los trabajadores no acreditan su capacidad.

Es así que, despedir a un trabajador por razones relacionadas con su capacidad no es común en el Perú, y no lo es no solo por su naturaleza protectora de las normas vigentes sino también como lo señalábamos anteriormente, porque las entidades competentes de verificar la capacidad del trabajador que se pretende despedir (Essalud, Ministerio de Salud y junta de médicos), son entidades que hasta el momento no cuentan con procedimientos que les permitan emitir dictámenes médicos que puedan utilizarse para fines laborales, es así que, este es un extremo a mejorar en el tiempo, toda vez que en caso se recurra a ello, el empleador no contará con la documentación idónea para acreditar que el despido fue válido y más aún, para acreditar que el trabajador sufre de una discapacidad que lo imposibilita continuar con sus labores, por lo cual, el empleador no podrá cumplir adecuadamente con su carga de la prueba.

7. Ventajas empresariales frente a la discapacidad

La responsabilidad social empresarial es el medio por el cual las empresas se comprometen a participar activamente en el desarrollo del país. En consecuencia, la empresa debe asumir su rol como agente de cambio para mejorar en el entorno en que se desenvuelven las personas con discapacidad y así, contribuir para lograr un país más próspero, democrático, pacífico y justo. **Los ajustes razonables como mecanismo de garantía de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.**

La LGPD dispone en su artículo 56 que, en los procesos de contratación de bienes, servicios u obras convocados por entidades públicas, las empresas promocionales de personas con discapacidad tienen preferencia en caso de empate entre dos o más propuestas, bajo sanción de nulidad, según lo señalado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Contrataciones con el Estado.

Ello quiere decir que, según esta disposición, si existe un empate dentro de una convocatoria para prestar servicios, bienes o realizar obras, las empresas promocionales de personas con discapacidad tendrán preferencia respecto de aquellas que no lo son. Para acogerse a este beneficio, las empresas que promocionan deben presentar ante la entidad pública contratante la constancia emitida por la Autoridad Administrativa de Trabajo que la que la acredita como tal, así como la copia de la planilla de pago correspondiente al mes anterior a la fecha de postulación al proceso de contratación de bienes, servicios u obras convocadas por la entidad. Adicionalmente, el inciso 1 del artículo 57 establece que el Estado Peruano promueva el acceso de la empresa promocional de personas con discapacidad a créditos y otras fuentes de financiamiento,

ya sea prestando asistencia financiera orientada a reducir la información asimétrica o disminuir los costos de intermediación.

De tal forma, vemos como este conjunto de medidas que benefician a las empresas significa un incentivo para que estas contraten a las personas con discapacidad y las inserten en el mercado laboral. De tal manera que esta deducción no solo busca aminorar la carga tributaria de las empresas sino también promover que las personas con discapacidad sean empleadas²⁵

8. Por un derecho laboral inclusivo

En el año 2004, Stanislao Maldonado, señaló que, anualmente se pierde entre el 7% y 9% del producto bruto interno peruano debido a la exclusión laboral de las personas con discapacidad²⁶. Es así que, entendemos que la exclusión de las personas con discapacidad se debería a (i) la baja dotación de activos naturales y sociales con las que cuenta dicho grupo (calificación académica y recursos económicos) y (ii) a los mecanismos de segregación y marginación que operan a fin de considerar que son “improductivos e incapaces”. Sin embargo, ello no justifica la falta de empleabilidad de dicho grupo de personas, por el contrario, debe alentar a los empleadores a cumplir con la cuota de empleo considerando esta medida como una acción afirmativa.

Ahora bien, en la actualidad hay algunos mecanismos que el reglamento de la LGPCD pudo haber previsto: Por ejemplo, si la negativa injustificada del empleador a realizar el ajuste razonable constituye un acto de hostilidad, la carga de la prueba podría invertirse en favor del trabajador. Asimismo, los ajustes razonables pudieron calificarse por la **oportunidad en la que se solicitan o de acuerdo a sus fines**, tal como lo hace la legislación norteamericana (Ley sobre Americanos con Discapacidades), lo cual implica: cambios en el proceso de postulación a puestos de trabajo, cambios en el entorno laboral; y, cambios que permitan a un trabajador con discapacidad gozar de prestaciones que otras personas gozan, en condición de igualdad.

Finalmente, una de las labores por parte de los empleadores es acreditar fehacientemente que se agotó el uso de los ajustes razonables previo a emplear el despido. Ello es necesario traer a colación toda vez que en la mayoría de los casos no se produce ello y acarrea que los empleadores no cumplan con la carga de la prueba respectiva, lo cual ocasiona en la mayoría de los casos que se declare que los actores han sido víctimas de discriminación y más aún, se declare la reposición a sus centros de trabajo.

9. Conclusiones

²⁵ DÁVILA, Sonia. “La deducción adicional del Impuesto a la Renta como incentivo para la inserción laboral de personas con discapacidad”. En: Revista Actualidad Jurídica. N° 178, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, Setiembre de 2008. P. 238.

²⁶ MALDONADO, Stanislao. “Trabajo y discapacidad en el Perú. Mercado laboral, políticas públicas en inclusión social de las personas con discapacidad”. Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2004. P. 7.

- Es de suma importancia reconocer que las personas con discapacidad, al igual que las personas sin discapacidad, pueden desenvolverse, en el ámbito laboral, sin ningún problema siempre que se eliminen todas aquellas barreras que de manera injusta la sociedad les impone.
- La LGPD y su reglamento implica un paso importante para el Derecho Peruano en el respeto de la dignidad humana de este colectivo. La legislación entiende que la sociedad debe adaptarse a las personas con discapacidad y no al revés.
- El marco normativo nacional e internacional, así como el marco institucional que regula las principales entidades públicas competentes en esta materia, nos brindan un escenario propicio para que las políticas públicas incidan sobre una realidad desfavorable de un grupo importante de ciudadanos y, se pueda alcanzar una verdadera inclusión de las personas con discapacidad, empezando por la inclusión laboral.