

Comentarios a la Nueva Ley General de la persona con discapacidad*



JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Magister en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú,
Academia de la Magistratura, Universidad de Piura, Universidad Esan y Universidad del Pacífico.

MAURO ANTONIO UGAZ OLIVARES

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

LILIANA Tsuboyama SHIOHAMA

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Diplomada en Derecho Mercantil por la Universidad de Salamanca.
Master en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima.
Profesora de Derecho Laboral en la Universidad de Lima.

El 24 de diciembre de 2012, se publicó en el Diario Oficial El Peruano, la Ley General de la Persona con Discapacidad (en adelante la "LGPD"), Ley 29973, la cual tiene como finalidad establecer el marco legal para la promoción, protección y realización, en condiciones de igualdad, de los derechos de la persona con discapacidad, promoviendo su desarrollo e inclusión en la vida política, económico, social, cultura y tecnológica.

En la presente oportunidad, la Revista **ADVOCATUS** ha realizado la presente Mesa Redonda con la finalidad de determinar cuáles han sido los principales aspectos en materia laboral que ha tratado esta Ley las repercusiones que la misma tendrá respecto de los principales empleadores que existen en nuestro país. Asimismo, se tratará la importancia del papel que va a protagonizar el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS) en la aplicación de la LGPD y en el cumplimiento de sus disposiciones.

* La presente sección estuvo a cargo de Marcial Giovanni Gutiérrez Lúcar, alumno del Décimo Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y Pierre Alexander Duobert Abaca, alumno del Décimo Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, quienes ocuparon los cargos de Director General y Director de Edición de la Revista **ADVOCATUS**, respectivamente.

1. El 24 de diciembre de 2012, se publicó en el Diario Oficial El Peruano, la Ley General de la Persona con Discapacidad (en adelante la "LGPD"), Ley 29973, la cual tiene como finalidad establecer el marco legal para la promoción, protección y realización, en condiciones de igualdad, de los derechos de la persona con discapacidad, promoviendo su desarrollo e inclusión en la vida política, económico, social, cultura y tecnológica. En relación a ello, ¿se puede considerar que esta norma tiene una naturaleza social y que pone de manifiesto el objetivo principal que propone el gobierno de turno, es decir, la inclusión social?

Jorge Toyama Miyagusuku (JTM): Al margen de si estamos o no de acuerdo con la norma aprobada, es claro que la regulación a favor de las personas con discapacidad está dentro de los programas de inclusión social que viene proponiendo el gobierno. Lo lamentable es la apuesta por una regulación inconstitucional, que no tiene un estudio previo de impacto así como la falta de una concepción integral de inclusión social (pues hay otros colectivos que podrían tener una regulación semejante como mujeres).

Mauro Ugaz Olivares (MUO): Efectivamente, la LGPD es una norma que busca el goce efectivo de los derechos fundamentales por parte de las personas con discapacidad.

Sea por razones congénitas o por situaciones que generaron un grado de discapacidad en quienes no la tenían (accidentes o enfermedades), existe un grupo de personas en nuestra sociedad que ha sufrido, históricamente, un proceso de exclusión social.

Las consecuencias de esta exclusión son notorias: se vive en una sociedad menos justa cuando por razones físicas o mentales se impide que un grupo determinado de personas no pueda gozar de los derechos que, en principio, se les reconoce a todas las personas. Hay, en términos jurídicos, una afectación al derecho a la igualdad.

Sin embargo, la lucha por la inclusión de las personas con discapacidad no solo obedece a

razones de índole social, que de por sí es una justificación suficiente para emprenderla, sino, hay cuestiones económicas de por medio que justifican estas acciones.

En el 2004, Stanislao Maldonado realizó uno de los estudios más completos sobre la discapacidad en el Perú, por encargo de la Comisión de Estudios de Discapacidad (CEEDIS) del Congreso de la República. Una de las conclusiones que Maldonado obtuvo fue que, anualmente, se pierde entre el 7% y 9% del Producto Bruto Interno del Perú debido a la exclusión laboral de las personas con discapacidad.

El autor señaló que la exclusión laboral de las personas con discapacidad se debía, principalmente, a dos factores: la baja dotación de activos naturales y sociales con los que cuentan las personas con discapacidad (calificación académica y recursos económicos) y a los mecanismos de segregación y marginación que operan en función a una valoración social de considerar a este grupo de personas como "improductivos e incapaces".

En suma, si bien lo que la LGPD persigue es un fin social: la inclusión de las personas con discapacidad, así como el goce efectivo de los derechos fundamentales; existen razones económicas de por medio que justifican, también, la promulgación de esta norma.

Cuestión distinta será analizar si es que los mecanismos por los que se ha optado en la LGPD permitirán, efectivamente, la consecución de los fines perseguidos por esta.

Liliana Tsuboyama Shiohama (LTS): A mi entender, resulta claro que la LGPD se encuentra desarrollada desde una perspectiva que busca la inclusión social de las personas con discapacidad. Así pues, considero que el Estado propone medidas sociales que promuevan la igualdad de derechos así como el desarrollo de sus potencialidades mediante programas de capacitación; tomando en cuenta las herramientas ofrecidas por la sociedad civil y aseguradas por el Estado.

Por ello, es importante destacar que el éxito de los mecanismos establecidos por la ley para

promover el desarrollo de las personas con discapacidad y, en especial su inserción laboral, como las cuotas de empleo establecidas para los empleadores (equivalentes al 3% de la totalidad del personal en empresas privadas y el 5% en entidades estatales), requieren de apoyo estatal especialmente en la aprobación de políticas que procuren el cumplimiento eficaz de esta norma.

2. Si bien la LGPD es novedosa en nuestra legislación y trae consigo cambios polémicos, es importante recordar que sus principales disposiciones se encuentran contenidas en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, la misma que fue ratificada por el Perú en el año 2007 y entró en vigor en el año 2008. Teniendo en cuenta lo señalado ¿considera que era necesaria la regulación específica en este ámbito? ¿Cuál cree es la relación entre esta norma interna y la norma internacional mencionada?

JTM: Ciertamente, la norma internacional se inserta en la regulación nacional. Es parte de la Constitución de acuerdo con lo previsto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y debe ser observada. Nótese que la norma importa un compromiso del Estado, una apuesta a favor del fomento de las personas con discapacidad.

MUO: La promulgación de la LGDP era necesaria tanto para desarrollar el contenido de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (CDPCD), como por mandato mismo de dicha Convención. Es decir, la misma CDPCD señala, en varios de sus artículos, la obligación de los Estados Parte de legislar los derechos ahí reconocidos.

Respecto a la relación entre ambas normas, considero que la CDPCD, al desarrollar derechos fundamentales de las personas con discapacidad, derivados de la dignidad, es una norma de rango constitucional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 y en la Cuarta Disposición de nuestra Constitución.

De esta manera, si es que se considerase que la LGDP contraviene en algunas de sus disposi-

ciones a la CDPCD, deberá aplicarse esta última antes que la primera.

Ahora bien, un punto que pudo analizarse con anterioridad a la promulgación de la LGDP era si es que los derechos específicos reconocidos por la CDPCD eran exigibles desde el 2008, fecha en la que entró en vigor.

Por ejemplo, podría plantearse que, en el año 2010, una persona con discapacidad pudo haber exigido que se realicen ajustes razonables en su centro de trabajo, en aplicación de la CDPCD. Al respecto, podría considerarse la interpretación que el Tribunal Constitucional dio a la aplicación de los Tratados sobre derechos humanos, específicamente en el caso del Convenio OIT 169, donde se solicitaba la nulidad de las concesiones que afectarían a pueblos indígenas y que se otorgaron sin una consulta previa. En dicho caso, el Tribunal Constitucional señaló que si bien el Convenio OIT 169 entró en vigor desde su ratificación, el derecho a la consulta previa era exigible a partir de la promulgación de dicha sentencia, debido a que antes no existían reglas claras para su aplicación y los efectos del amparo de la pretensión solicitada serían graves respecto a las empresas que ya desarrollaban la actividad.

En ese orden de ideas, la exigibilidad, en sentido estricto, de los derechos reconocidos en la CDPCD estaría condicionada a un desarrollo mayor de sus disposiciones cuando ello sea necesario.

Otro punto que hacía necesaria la promulgación de una norma como la LGDP era que las denuncias por incumplimiento del CDPCD se tramitan ante el Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad (en adelante, el "Comité"), cuyos pronunciamientos no gozan de carácter vinculante. Así, si es que el Comité consideraba que se había incumplido con lo dispuesto en la Convención, el carácter de sus fallos serían los de una recomendación, similares a los del Comité de Libertad Sindical.

LTS: En efecto, el Perú ratificó la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, mediante Decreto Su-

premo N° 073-2007-RE, asumiendo la obligación de garantizar y promover el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos por ésta a través de diversos sectores y niveles de gobierno.

En tal sentido, y considerando que el artículo 55° de la Constitución, prevé que todos los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional, era necesario que el Perú velara por la compatibilidad de su legislación interna con las disposiciones contenidas en la Convención, y adoptara las medidas legislativas pertinentes para garantizar su conformidad con dicho instrumento internacional.

Por ello, con la entrada en vigencia de la LGPD se realizaron importantes modificaciones en el ordenamiento jurídico, siendo las más importantes en el ámbito laboral la modificación del literal d) del artículo 29° del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL) que incluye como causal de nulidad de despido la discriminación por discapacidad, la modificación del artículo 23° sobre causas justas de despido para establecer como necesario el esfuerzo del empleador por realizar los ajustes razonables en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidad; en concordancia con el literal f) del artículo 30 de la LPCL, que considera como un acto de hostilidad, la negativa injustificada a realizarlos.

3. La LGPD regula una serie de situaciones entre las cuales encontramos a las laborales, antes de adentrarnos en el tratamiento de las mismas es necesario realizar la siguiente pregunta: ¿Se encuentra de acuerdo con el concepto de persona con discapacidad desarrollado en el artículo 2 de la LGPD?

JTM: Sí, estamos ante un alcance razonable de una persona con discapacidad. La existencia de una imposibilidad permanente para laborar en condiciones de igualdad es clave en la definición de una discapacidad ya sea física, sensorial, mental o intelectual.

MUO: En principio, sí. La definición de persona con discapacidad de la LGPD es similar a la del

CDPCD. Así, comprende los cuatro factores que constatan la discapacidad de las personas: condiciones físicas, mentales, intelectuales y sensoriales.

La presencia de estos elementos, que podríamos denominar subjetivos, no basta por sí misma para considerar a alguien como una persona con discapacidad. Se requiere, además, que en la interacción con diferentes barreras del entorno o de la misma sociedad, dichas condiciones no permitan el goce o ejercicio efectivo de los derechos. Este elemento podría denominarse uno de carácter objetivo.

Hasta este punto, la LGPD y la CDPCD son idénticas. El elemento donde radica la diferencia es en el temporal. Mientras que la LGPD establece que dichas condiciones subjetivas sean de carácter permanente, la CDPCD requiere que se presenten a largo plazo.

Así, una persona que cuente con una condición física que dificulte el goce efectivo de sus derechos en la interacción con barreras del entorno, pero que sea reversible en el tiempo, no encajaría dentro del concepto de persona con discapacidad, de acuerdo a la LGPD, dado que solo serán personas con discapacidad aquellas que presenten el elemento subjetivo de carácter permanente.

Como señaláramos líneas arriba, dicha discordancia debe ser resuelta aplicando lo dispuesto en la CDPCD, debido a ser esta una norma de rango constitucional. Si la discusión se tratase en el ámbito laboral, podría aplicarse, adicionalmente, el principio de norma más favorable, dando el mismo resultado.

LTS: En relación a este punto, es relevante señalar que la definición de la persona con discapacidad recogida en la LGPD toma como base el artículo 1° de la Convención, y por ello tiene un ámbito más amplio la antigua normativa, Ley N° 27050, pues no requiere que las deficiencias tengan necesariamente un carácter significativo, sino que es suficiente que representen algún impedimento permanente para el ejercicio de los derechos de la persona y su integración en la sociedad.

Asimismo, considero que la LGPD introduce cambios positivos con respecto a la anterior regulación sobre este tema, pues no sólo recoge un elemento individual (discapacidad física, sensorial, mental e intelectual), sino que revaloriza el elemento colectivo de la definición (los efectos del primero frente a la sociedad); y elimina la referencia ambigua y subjetiva de calificar a una persona en función de la "normalidad" del desarrollo de sus actividades.

No obstante, a mi entender, si bien la definición recogida en la LGPD es acertada considero necesario que este concepto sea desarrollado, sin limitarlo, por el Reglamento con la finalidad de establecer parámetros que permitan identificar supuestos de discapacidad en forma clara.

4. **Uno de los aspectos laborales más controvertido es el de la cuota de empleo que por primera vez es exigida a los empleadores privados. Cuando estos empleen más de 50 trabajadores deberán contratar a personas con discapacidad en una proporción no inferior al 3% de su persona, conforme a lo establecido en el artículo 49.1 de la LGPD. Tal disposición puede ser interpretada en dos sentidos, el primero mediante la cual se sostiene que el porcentaje en cuestión resulta aplicable a las contrataciones que se realizarían desde la entrada en vigencia de la LGPD o una segunda por la cual se entendería que el porcentaje debe calcularse en función al total de la planilla de trabajadores; en tal sentido ¿cuál considera debe ser el sentido interpretativo de dicha disposición, en razón de los antecedentes que generaron su promulgación?**

JTM: Me da la impresión que es la segunda. Es decir, todas las empresas que tengan más de 50 trabajadores en planillas deberían contar con 3% de trabajadores con discapacidad. La orientación de la norma es la de fijar una cuota sobre el total de trabajadores en la planilla y por ello se ha generado una serie de protestas y reclamos de parte de los empresarios.

No cabe duda que el Estado debe tener políticas de fomento a los trabajadores que tengan

un nivel de discapacidad. Por ello, ya había un mínimo de 3% de obligación para las entidades públicas e incentivos tributarios para las empresas privadas en la contratación. Sin embargo, el Congreso ha fijado un mínimo de 3% obligatorio de contratación de discapacitados a las empresas con más de 50 trabajadores que, a nuestro entender, lesiona la libertad de contratación constitucional.

MUO: Si es que se aceptara la razonabilidad de ambas interpretaciones, esto es, que respondan a los métodos interpretativos de la Teoría del Derecho, estaríamos ante la posibilidad de aplicar el *principio indubio pro operario*.

De acuerdo a este principio, en caso estemos frente a una norma que presente dos o más interpretaciones, deberá optarse por aquella que sea más favorable para el trabajador.

En ese sentido, si tenemos que una mide el porcentaje de la cuota mínima de empleo de personas con discapacidad en función a las nuevas contrataciones que se realicen a raíz de la exigibilidad de dicho artículo, porcentaje que será menor, y, de otro lado, tenemos una que calcula el porcentaje en función al número total de los trabajadores en la planilla del empleador, cuyo resultado será un número mayor, deberemos optar por esta última, puesto que es más favorable para los trabajadores con discapacidad.

Sin embargo, será necesario tener en cuenta que regula el Reglamento en este aspecto o sobre la imposibilidad de encontrar en el mercado postulantes que puedan cubrir esta cuota.

LTS: En mi opinión, la falta de precisión de la norma en este punto y las declaraciones públicas de algunos congresistas podrían llevar a entender como válida la segunda interpretación. Por tanto, el propósito de la norma sería que el 3% de la totalidad de los puestos de trabajo de la empresa se encuentre ocupado por trabajadores con discapacidad.

Pese a ello, considero que esta interpretación no sólo por su inflexibilidad, sino porque plantea

unos serios cuestionamientos. En efecto, resultaría ilógico obligar a los empleadores a crear nuevos puestos de trabajo, en los próximos dos años, encareciendo el costo laboral, pues podríamos llegar al absurdo de considerar despedir personal sólo para sustituirlo por personal con discapacidad, lo que resultaría a todas luces, un exceso.

Asimismo, otro argumento que revalida mi postura puede encontrarse en los antecedentes de la LGPD, pues si bien nuestro Estado contaba con normas similares referidas a los procesos de contratación, no incluían una meta absoluta en función del total de la planilla; pues la finalidad era aplicar el porcentaje en los procesos de contratación con el propósito de dar oportunidad y acceso a las personas con discapacidad que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo.

Ahora bien, hago hincapié en que debe interpretarse que en las nuevas contrataciones debiera cumplirse con los porcentajes siempre y cuando, el trabajador con discapacidad cumpla objetivamente los requerimientos del puesto correspondiente. Así pues, considero que ello tendría que ser normativamente precisado.

5. En relación a la pregunta anterior, representantes de la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP) han cuestionado el porcentaje que se ha establecido para la contratación de personas con discapacidad en empresas privadas, aseverando que el mismo es muy alto y que las personas discapacitadas pueden no resultar confiables para el manejo o el trabajo en una empresa. En razón a lo antes expuesto, ¿Qué opinión puede merecernos el comentario realizado por la CONFIEP?; asimismo, ¿qué ocurre con aquellos empleadores cuyas contrataciones requieren trabajadores con escaso o nulo grado de discapacidad?

JTM: Soy sensible al tema de la discapacidad. Tengo familiares y amigos que tienen un nivel de discapacidad y que se laboran muy bien en

diversas actividades sobre la base de esfuerzo y dedicación de ellos y sus familias; sin embargo, el Estado no puede imponer cuotas de contratación pues supone una diferenciación indebida y una afectación a la libertad de contratación prevista en la Constitución. En ese caso, también debería existir una cuota mínima de contratación para portadores de VIH, mayores de 45 años o los usualmente excluidos en las ofertas de empleo como los que no egresan de universidades "de prestigio" o no tienen "buena presencia".

Hay empresas que realizan actividades de riesgo como la minería, industria, energía, pesca, etc. donde las posibilidades de contratación de discapacitados son muy limitadas o simplemente no hay posibilidades. En estos casos, sólo podrían ocupar funciones administrativas o de soporte. Lo negativo es que para cumplir con la ley, o se crean puestos inexistentes o se despide al personal que viene laborando. Hay empresas que tendrían que contratar 400 discapacitados pero, como se dedican a la construcción civil, casi las únicas posiciones serían las administrativas.

MUO: En primer lugar, no considero que haya empleadores que *requieran* contrataciones con grados de discapacidad. En todo caso, lo que podría presentarse es que haya puestos de trabajo que puedan ser ocupados sin problemas por personas con discapacidad o puestos en los que la ocupación de una persona con discapacidad sí dificulte el desarrollo de sus propias funciones.

Ahora bien, desde mi punto de vista, el tema está en evaluar dos aspectos. Primero, sobre la base de los puestos donde exista una demanda real de empleo, calcular cuántas personas con discapacidad se encuentran calificadas para dichos puestos. En función a ello, ya podríamos opinar si es que esta medida es positiva o no.

El segundo aspecto está dirigido, específicamente, a la capacitación laboral que debe promoverse en favor de las personas con discapacidad. Puede ser que no haya una relación directa entre los puestos de trabajo demandados y la calificación que hoy ostenten las personas con discapacidad, por lo que, en ese caso, se podría

dotar de mayores capacidades a las personas con discapacidad a fin de que se adapten de mejor manera a los puestos requeridos.

Respecto a las cuotas de empleo, es necesario recordar que países como Alemania, Francia, Japón y Uruguay ya cuentan con cuotas de empleo. Claro, cada legislación con sus propios matices. Por ejemplo, en Alemania las cuotas de empleo están dirigidas solo a los casos más graves de discapacidad mental. En Japón, las cuotas de empleo están dirigidas a las personas con discapacidad intelectual y el número varía constantemente de acuerdo al índice de empleo a tiempo completo y del desempleo a nivel global.

Existen, también, sistemas de cuotas de empleo diferentes. Por ejemplo, están las denominadas cuotas de empleo acompañado de tasas. Así, el empleador que no complete la cuota de empleo deberá pagar una determinada tasa, calculada en función a la cantidad de puestos que no emplea. El monto recaudado por la tasas es dirigido a fondos de rehabilitación y capacitación de personas con discapacidad.

Lo que se cuestiona en este punto es que no se generen incentivos para el cumplimiento de la cuota, pues si es que el empleador, que podría contar con el sesgo de la "improductividad" de las personas con discapacidad, puede optar entre cumplir con la cuota y pagar un monto de dinero, optará por este último. Por ello, los medios de coacción deberán ser mayores si lo que se quiere es insertar en el mercado laboral a las personas con discapacidad.

Asimismo, también se plantea el problema respecto a qué tipo de personas con discapacidad debe ir dirigida la cuota. En esa línea, se discute el hecho de que si se dirige la cuota a todas las personas con discapacidad, existirán segregaciones entre los que presenten un grado menor de discapacidad y aquellos que presenten uno mayor, pues si se sigue relacionando la discapacidad con improductividad, los empleadores no tendrán incentivos para contratar a personas con mayores grados de discapacidad. Por ello, legislaciones como la francesa y alemana

incentivan la contratación, dentro del grupo de personas con discapacidad, a aquellas que presentan un mayor grado.

Ahora bien, si considero que el Reglamento de la LGDP tiene un rol fundamental a la hora de desarrollar cómo es que se vaya a implementar la cuota mínima, sin llegar a contravenir lo dispuesto por la misma Ley,

En mi opinión, debería poder establecerse mecanismos que permitan probar que los empleadores sí realizaron convocatorias para emplear personas con discapacidad y que, por ejemplo, estas no se presentaron. En este caso, no es que exista una intención del empleador de incumplir con la LGDP, sino, son otros los factores que no permiten llegar a cumplirla a cabalidad.

Así, en esos casos, debería plantearse medidas para que, en futuras ocasiones, ese tipo de convocatorias desiertas no se repitan.

LTS: A mi entender, la preocupación de la CONFIEP partiría de haber recogido opiniones en el sentido que dichos porcentajes se aplicarán sobre la base del total de la planilla, aun cuando no hubiese necesidad de contratar nuevos trabajadores o crear nuevos puestos de trabajo. Sin embargo, considero justificados los cuestionamientos de los empleadores cuyas contrataciones requieren trabajadores con escaso o nulo grado de discapacidad por ser sectores de riesgo, como el sector minero o en la construcción civil, pues resulta ilógico exigir una cuota en la realización de actividades riesgosas en las cuales se exigen determinadas calificaciones que muchas personas discapacitadas se ven imposibilitadas objetivamente de cumplir. Por ello, en mi opinión, estando el reglamento imposibilitado de contradecir lo establecido en la Ley, resulta necesaria su reforma, para disminuir el porcentaje exigido en estos casos o bien sería posible establecer reglamentariamente mecanismos sustitutorios en el cumplimiento de esta obligación.

6. **Conforme lo señala la LGPD, el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS) es**

la entidad competente para conocer y aplicar las infracciones y sanciones por el incumplimiento de sus disposiciones. En tal sentido, ¿resultaría imparcial que una entidad promotora de la integración de las personas con discapacidad tenga la facultad sancionadora respecto del incumplimiento de las medidas que busca se adopten?

JTM: Creemos que no. El CONADIS es la entidad regulador y, como tal, no solamente debe liderar las políticas, acreditar a las personas con discapacidad sino también fiscalizar y, en tanto supervisora, es quien debe tener la legitimidad para imponer sanciones.

MUO: La imparcialidad de los órganos fiscalizadores del Estado debería estar siempre asegurada. Sea el CONADIS, la SUNAT y, eventualmente, la SUNAFIL.

Si lo que se teme es que exista un sesgo por parte del CONADIS a la hora de fiscalizar e imponer las sanciones por incumplimiento, lo ideal sería exponer cada procedimiento inspectivo en los que se advierta este tipo de situaciones, a fin de evitar que se caiga en arbitrariedades.

Ahora bien, entiendo que existe, actualmente, una discusión respecto de qué ente será el encargado de fiscalizar las disposiciones de la LGDP de carácter laboral.

Mientras que en el Ministerio de Trabajo se sostiene que serán los inspectores de trabajo, ahora por medio de la SUNAFIL, quienes deberán fiscalizar el tema de las cuotas de empleo y los ajustes razonables, el CONADIS sostiene que son ellos mismos los encargados de velar por el cumplimiento de todos los aspectos de la LGDP, incluyendo aquellos de índole laboral.

Particularmente, me inclino por sostener que debe ser la SUNAFIL la encargada de velar por dicho cumplimiento, pues la misma LGDP otorga tal facultad respecto a la cuota de empleo en su artículo 49; con lo cual, el temor de imparcialidad respecto al CONADIS quedaría, por lo menos en el aspecto laboral, reducido.

LTS: Desde mi perspectiva considero que, si bien es cierto que el CONADIS tiene por finalidad facilitar y promover el desarrollo de las personas con discapacidad, ello no lo inhabilita para ejercer la facultad sancionadora respecto a los incumplimientos que se puedan originar en la aplicación de la ley.

En efecto, en mi opinión, siempre que en el marco de un procedimiento sancionador, se respete el derecho de defensa de la empresa empleadora y se le brinde todas las garantías propias del debido proceso establecidas en el ordenamiento jurídico, no existiría ningún inconveniente para que el CONADIS, como una entidad caracterizada por su mayor conocimiento en la aplicación de esta ley y los principios que la inspiran, ejerza la facultad sancionadora, toda vez que su principal función es lograr la inclusión social de las personas con discapacidad, finalidad última de la norma.

7. Además, encontramos que la LGPD consagra la regla del "ajuste razonable" y la "carga económica excesiva" en relación al establecimiento de medidas de adaptación para que una persona con discapacidad pueda brindar sus servicios, ¿qué podemos entender por ambos términos y cuál es la correlación que existe entre ambos para la debida aplicación de la LGPD?

JTM: La labor del Estado es clave en este punto. El Estado es quien determina cuándo la adecuación de procesos, sistemas e infraestructura física son muy altos para que una persona con discapacidad pueda laborar en condiciones óptimas y seguras. En este punto, creemos que lo relevante sería exigir que el Estado aplique los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que usualmente se emplea en la ponderación de derechos fundamentales en conflicto.

MUO: A mi entender, sin perjuicio de las cuotas de empleo, este es el punto que mayor cambio generó en nuestra legislación, pues no solo importa la obligación de realizar ajustes razonables en función de las necesidades de las personas con discapacidad, sino, implica todo un sistema probatorio respecto a cuándo se está frente a

un "ajuste", que podrá ser "razonable" o no y, en todo caso, podría representar una "carga económica excesiva".

Los ajustes razonables o adaptaciones razonables, como los llama la OIT, son definidos por el CDPCD como modificaciones necesarias, que no importen una carga excesiva, para permitir el goce y ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad.

Los ajustes razonables en el empleo se encuentran reconocidos cada vez más en las legislaciones de los demás países. Desde ordenamientos sumamente flexibles como el norteamericano, que reconoce el derecho al ajuste razonable en la Ley sobre Americanos con Discapacidades de 1990, hasta la legislación española, que hasta hace unos 5 años, se caracterizaba por ser protectora de los derechos de los trabajadores, reconoce el derecho en mención.

Ahora bien, la definición de ajustes razonables no puede ser ajena a la recogida por la LGDP. En ese sentido, dicha norma entiende que los ajustes razonables son aquellas medidas dentro del centro de trabajo (como introducción de cambios en la organización de trabajo y los tiempos, herramientas de trabajo y maquinarias del entorno de trabajo) en función de las necesidades de la persona con discapacidad.

Los ajustes razonables, entonces, deberán atender, primero, a un criterio de efectividad o idoneidad: es decir, el cambio deberá permitir que, efectivamente, se satisfaga la necesidad de la persona con discapacidad. Asimismo, esta necesidad deberá estar ligada a la misma condición que lo pone como beneficiario de este derecho. En ese sentido, si es que la persona con discapacidad desea modificar su horario de trabajo por razones que no obedecen a su propia condición, no encajarán dentro de la definición de ajuste razonable.

Respecto a la relación entre este concepto y la carga económica excesiva, esta se presenta entre la razonabilidad del ajuste y la carga económica que represente para el empleador. En

otras palabras, será la razonabilidad del mismo la que conecte a ambos conceptos.

Sin embargo, tanto el concepto de razonabilidad, como el de carga económica excesiva no han sido desarrollados en la misma LGDP. Al contrario, se ha remitido al Ministerio de Trabajo tal función, de acuerdo a lo señalado en el inciso 3 del artículo 50 de la norma en cuestión.

Esta no es una técnica legislativa correcta, pues la ley siempre debe dar el marco sobre el que se base el reglamento que desarrollará lo dispuesto en aquella. Lo que podría pasar es que el Ministerio de Trabajo establezca supuestos bastante amplios de carga económica excesiva, posibilitando que los empleadores se amparen siempre en dicho concepto para negarse a realizar los ajustes solicitados, tal como lo ha advertido la OIT en el Manual de Directrices para Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo para las personas con discapacidades a través de la legislación.

En dicho Manual, la OIT establece que, en los casos de actos del empleador que devengan discriminatorios contra el trabajador con discapacidad dentro de la solicitud de la adaptación razonable, deberá invertirse la carga de la prueba, para que sea aquel quien pruebe la falta de discriminación, en razón de la dificultad al acceso de los medios probatorios que tienen los trabajadores.

LTS: La LGPD recoge la regla del ajuste razonable, que establece que la persona con discapacidad tenga derecho a que el empleador modifique el lugar de trabajo de acuerdo con sus necesidades. En otros ordenamientos, el ajuste razonable, tiene por finalidad posibilitar que si un trabajador discapacitado desempeña las funciones esenciales de su puesto de trabajo —y satisface los criterios de selección—, el empleador debe efectuar ajustes a la discapacidad, considerando éstos usualmente tres categorías: (i) modificaciones en el proceso de evaluación de personal para permitir la competencia en igualdad de condiciones de todos los postulantes (ii) modificaciones en el ambiente de trabajo según sus necesidades y (iii)

modificaciones que permitan al trabajador con discapacidad disfrutar los mismos beneficios que sus compañeros. Cabe señalar que estos, de algún modo, se encuentra recogido también en nuestra normativa sobre Seguridad y Salud en el Trabajo.

Así pues, la LGPD obliga a los empleadores a realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo (adaptación de herramientas, maquinarias, entorno de trabajo, organización del trabajo y horarios), de tal manera que se posibilite la prestación de servicios por parte de las personas con discapacidad, con un límite: "la carga económica excesiva" para la organización. No obstante, lo que es una carga económica excesiva para un empleador puede no serlo para todos, por ello, en aras de determinar si un ajuste razonable es una carga económica excesiva, considero necesario tomar en cuenta el tamaño y la situación económica de la empresa.

8. Si bien la falta de reglamentación de las disposiciones contenidas en la LGPD no son impedimento para su aplicación y exigencia, ¿considera que es factible la aplicación eficiente de la misma sin la expedición de su reglamento, teniendo en cuenta que se ha excedido el plazo para su reglamentación? O, ¿tendremos que esperar a completar la regulación de la LGPD para comprender, en la practicidad, los cambios que esta trae?

JTM: Hay más de 110 mil personas con discapacidad inscritas en CONADIS y casi 75 mil laborando. Se estima que, si todas las empresas y entidades públicas cumplieran con la norma, tendría que haber mínimo el triple de discapacitados. Es urgente que el proyecto de reglamento que se viene preparando tenga flexibilidad (por ejemplo, que se aplique sobre los puestos que pueden ser ocupados por personas con discapacidad, o inclusive que sea solamente sobre el porcentaje de las ofertas de empleo) y transitoriedad (en tanto hayan vacantes y los discapacitados cumplan con los requisitos para cubrir la cuota).

MUO: Depende qué tipo de disposiciones se piensen aplicar. Por ejemplo, los ajustes razonables en el centro de trabajo requieren que el mismo Ministerio de Trabajo fije los criterios de por los que el empleador alegará la carga económica excesiva. Mientras no se fijen dichos criterios, entiendo que no podrá ser aplicable.

Si tomásemos como ejemplo la legislación norteamericana, podríamos ver que el nivel de detalle que tiene el artículo pertinente a los ajustes razonables es bajo. En la Ley sobre Americanos con Discapacidades, se plantean los tipos de ajustes razonables que hay, catalogándolos de la siguiente manera: cambios en el proceso de postulación a puestos de trabajo; cambios en el entorno laboral; y, cambios que permitan a un empleado con discapacidad gozar de prestaciones y privilegios que todos gozan, en condiciones de igualdad. En este punto, podríamos cuestionarnos si es que nuestra legislación ha recogido estos tres tipos de ajustes razonables o solo los dos últimos.

Por otro lado, las disposiciones relativas a los reconocimientos deportivos de las personas con discapacidad que obtengan triunfos mundiales y olímpicos en condiciones de igualdad, no presenta problemas en su aplicación inmediata.

Como se puede observar, dependerá del tipo de disposición que se pretenda aplicar para evaluar si es que ello es posible sin el Reglamento de la LGPD.

LTS: En mi opinión, resulta claro que la falta de reglamentación genera una serie de problemas, no sólo porque muchos de los derechos y obligaciones necesitan reglamentarse para su correcto entendimiento.

Por ello, considero que entre los principales puntos que deben ser reglamentados se encuentran los siguientes: (i) el concepto mismo de persona con discapacidad para establecer parámetros que permitan identificar claramente supuestos de discapacidad; (ii) la necesidad de ratificar que los derechos laborales que otorga la Ley solo están referidos a los trabajadores con discapacidad idóneos para el puesto respectivo,

es decir aquellos que cumplan con los criterios generales de selección (educación, idiomas, experiencia, etcétera) y estén en condiciones de desempeñar las funciones esenciales del puesto de trabajo; (iii) el mecanismo que utilizarán los empleadores para conocer las discapacidades de un postulante para incluirlo en el cómputo de la cuota, entre otros.

Respecto a este tema, debe considerarse que, pese a que la norma establece que la cuota debe cumplirse aún cuando no exista reglamento, considerando el plazo de dos años dado para su implementación, el Poder Ejecutivo podrá crear por vía reglamentaria mecanismos alternativos para el cumplimiento parcial o total de la cuota, como, por ejemplo, la contratación como proveedores de bienes o servicios de empresas promocionales de personas con discapacidad, la inclusión dentro de la cuota de las personas sujetas a modalidades formativas laborales que puedan presentar alguna discapacidad o la posibilidad de hacer una contribución financiera a un fondo especial destinado a su capacitación. Mecanismos que existen en las legislaciones de otros países que han creado cuotas de contratación a favor de las personas con discapacidad, y que permitirían compatibilizar la acción positiva a favor de las personas con discapacidad con el derecho fundamental a la libertad de contratar de los empleadores, por lo que esperamos sean adoptadas por el Gobierno Central.

9. A manera de conclusión, en materia contractual, existen afirmaciones a través de las cuales se asevera que la LGPD vulnera la libertad de contratar de los empleadores en relación a la imposición de una cuota de empleo, ¿hasta qué punto podemos tomar como cierta a dicha afirmación?, en relación a ello ¿podemos calificar como excesivo el ajuste realizado por el Ejecutivo?

JTM: Sí, recordemos que esta norma fue observada por el Poder Ejecutivo pero lamentablemente el Congreso lo ratificó. Las cuotas son mínimas en Derecho Comparado y la regla con normas de promoción e incentivos para la contratación de personas con discapacidad. El Congreso ha expedido una norma inconstitucional

por el lado de la igualdad así como la exigencia de la contratación a personas con discapacidad.

Pese a ello, creemos que estamos ante una norma que invita a las empresas para contratar personas con discapacidad no solo dentro de sus políticas de responsabilidad social sino para que sean más inclusivas y aprovechen las ventajas de las personas con discapacidad: en determinadas actividades son mucho más hábiles y son generalmente responsables, valoran su trabajo y contribuyen a la mejora del clima laboral.

MUO: El ejercicio de ningún derecho ni libertad fundamental puede ser absoluto. En este caso, la libertad de contratación del empleador se ve limitada en cierto grado por la existencia de una acción positiva que busca insertar a las personas con discapacidad en el mercado de trabajo.

Es, a mi entender, una limitación válida si es que lo se pretende es lograr la igualdad material de un grupo de personas que, históricamente, han sido segregadas.

Por ello, concuerdo cuando se afirma que se puede cuestionar la conveniencia de la medida, mas no su constitucionalidad.

Y justamente por ello es que considero que una cuota de empleo de 3% a secas, sin medir el grado de calificación actual de las personas con discapacidad y la posibilidad de su inserción en el mercado laboral, no será, necesariamente, lo más adecuado.

Pudo haber sido 2% como 4% y las consecuencias, para el legislador, serían las mismas. Y ese es un problema que tenemos desde siempre: la política legislativa o el procedimiento de creación de normas no obedecen a estudios empíricos del impacto de la medida que se pretende implementar, sino, o solo se centran en cuestiones jurídicas o, inclusive, pueden prescindir de ellas, respondiendo a otro tipo de criterios.

A grandes rasgos, podríamos lanzar hipótesis sobre las posibles consecuencias de la imposición de una cuota del 3% sin medir los factores señalados: podría darse que los empleadores

busquen "crear" puestos de trabajo para personas con discapacidad en los que, realmente, no se les ocupe en nada. En este punto, en contraposición a dicha medida podría plantearse el derecho a la ocupación efectiva, que si bien no tiene reconocimiento en nuestra legislación, se deriva del derecho al trabajo, reconocido en el artículo 22 de nuestra Constitución.

Otra consecuencia, como ya se ha afirmado, podría ser que se priorice contratar a personas con un menor grado de discapacidad. Como la LGDP solo exige el requisito de tener un 33% de discapacidad y no centra el beneficio en aquellos con mayores grados, es posible que se presente segregación dentro de las mismas personas con discapacidad.

Ahora bien, estas son solo hipótesis que planteamos ahora, el problema está en que no se cuenta con información objetiva y real sobre el estado actual de la discapacidad en el Perú, sobre el cual trazar, de manera más adecuada, las medidas para lograr la inclusión social de este grupo de personas. Hasta donde tengo entendido, la Primera Encuesta Nacional Especializada sobre Discapacidad está cerca a publicarse. Saludo que por fin se haga una encuesta de ese nivel.

LTS: En mi opinión, resulta innegable que la cuota afecta el derecho a la libertad de contratación de los empleadores, no podemos dejar de considerar que el Tribunal Constitucional ha señalado, reiteradamente que ningún derecho es absoluto, por lo que si bien es posible discutir la conveniencia o no de estas medidas, su constitucionalidad, a juicio del Tribunal resulta clara.

En efecto, mediante sentencia del 1 de abril de 2005, recaída en el Expediente 0048-2004-PI/

TC, el Tribunal ya ha reconocido la validez constitucional de las medidas de acción afirmativa, como es la cuota de empleo, pues el Estado puede promover a través de medidas afirmativas el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o, en general, tratamientos más favorables con la finalidad de estas acciones es "compensar jurídicamente a grupos marginados económica, social o culturalmente" y "superar la inferioridad real en la que se encuentran". Además, de otro lado, con esta medida se refuerza el principio constitucional de la igualdad de oportunidades sin discriminación reconocido en el artículo 26 de la Constitución.

Por ello, si bien considero que a nivel general el porcentaje de la cuota resulta adecuado, y el plazo de dos años para su implementación también resulta razonable, entiendo necesario hacer precisiones en la norma que permitan flexibilizar según el caso concreto, tomando en cuenta que la cuota legal se aplique sobre puestos existentes, pues no sería lógico obligar a una empresa a contratar o a crear puestos de trabajo innecesarios, sólo para cumplir con la ley. Por ejemplo, resulta indispensable dotar de mecanismos alternativos al cumplimiento de la cuota en sectores de riesgo, como el minero o el de construcción civil, que permitan flexibilizar. Finalmente, es relevante señalar que el establecimiento de cuotas de empleo de personas con discapacidad no serán efectivas, sino forman parte de una política inclusión laboral más amplia, que incluya capacitación, formación laboral, servicios de intermediación y sistemas de incentivos, beneficios tributarios tal y como ha sido recogido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y señalado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en reiteradas oportunidades.