



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

LA INCLUSIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
INTELECTUAL EN CHILE

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

PEDRO IGNACIO MAYORGA MONTALVA

Profesora guía:
Gabriela Salgado

Santiago de Chile
Enero 2018

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I: EL DERECHO AL TRABAJO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LA LUZ DE LOS DD.HH.	9
1.1 El trato social a la discapacidad. Paradigmas históricos.....	10
1.2 El horizonte de la inclusión.....	16
1.3 Discapacidad intelectual.....	21
1.4 El trabajo: un derecho y un medio privilegiado de inclusión social	26
1.5 Tratados internacionales y discapacidad.....	30
1.5.1 Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.....	31
1.5.2 Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad	39
1.5.3 Convenio N° 159 OIT sobre la readaptación profesional y el empleo	41
1.5.4 Inclusión laboral, un compromiso pendiente con la comunidad internacional.....	42
1.6 Derechos Humanos e inclusión laboral, un desafío pendiente	43
CAPÍTULO II: LEGISLACIÓN NACIONAL E INCLUSIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	46
2.1 Ley 20.422: sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad	46
2.1.1 Ley 20.422 y el derecho al trabajo, desafíos pendientes	60
2.2 Ley 18.600 sobre discapacidad intelectual, una norma obsoleta.....	63
2.2.1 Análisis de la ley 18.600.....	68
2.3 Código del Trabajo.....	74
2.4 Contratos administrativos de suministro y prestación de servicios	75
2.5 Proyectos de ley sobre inclusión laboral. Boletines 7.025-31 y 7855-13	77
2.5.1 Avances y desafíos	82
2.6 Recomendaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU.....	83
CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LEGISLACIÓN COMPARADA	89
3.1 España.....	89
3.1.1 Constitución y tratados internacionales	90
3.1.2 Ley general de derechos de las personas con discapacidad.....	91
3.2 Ecuador	108
3.2.1 Constitución y tratados internacionales	109
3.2.2 Ley orgánica de discapacidades	111
3.3 Perú	118
3.3.1 Constitución y tratados internacionales	118
3.3.2 Ley general de la persona con discapacidad.....	119
CAPÍTULO IV: CAMINAR HACIA UNA LEGISLACIÓN INCLUSIVA	126
4.1 Reconocimiento constitucional	127
4.2 Cuota de reserva.....	129
4.3 Apoyos económicos: ajustes necesarios e incentivos tributarios.....	136

4.4 Empleo con apoyo	140
4.5 Empleo protegido.....	150
4.6 Un sistema de inclusión con perspectiva de género.....	154
4.7 Hacia un sistema de inclusión laboral	155
CONCLUSIONES	158
BIBLIOGRAFÍA.....	164

INTRODUCCIÓN

Las personas con discapacidad en nuestra sociedad, y particularmente las personas con discapacidad intelectual, han sido postergadas por mucho tiempo, relegadas a un espacio de exclusión que les ha impedido ser considerados como sujetos de derechos al igual que cualquier otro miembro de la sociedad.

Sabemos que el estado de Chile se encuentra comprometido con la inclusión de las personas con discapacidad en el mundo del trabajo, tanto por la suscripción de diversos tratados de derechos humanos, como por los principios que la Constitución y la legislación establecen. Sin perjuicio de ello, la legislación vigente no ha sido suficiente para facilitar la inclusión de las personas con discapacidad intelectual en el ámbito laboral. En atención a ello, se hace necesario una revisión de éstas normas y la introducción de cambios regulatorios que favorezcan de forma eficiente dicha inclusión.

Antes de profundizar en el objeto de nuestro trabajo nos parece necesario aclarar dos aspectos, el primero de ellos corresponde a la justificación sobre la terminología que utilizaremos para referirnos a las personas con discapacidad.

El segundo se refiere a las razones por las cuales nos enfocaremos principalmente en las personas con discapacidad intelectual.

No es difícil percibir que no existe consenso en la actualidad respecto a la forma de referirse a las personas con discapacidad. Hay quienes hablan de “discapacitados” o de “persona en situación de discapacidad”, “inválidos”, “personas con diversidad funcional”, “minusválidos”, “retardados”, entre muchas otras.

La discusión de fondo respecto al concepto de discapacidad busca asumir una terminología que evite la estigmatización y que no ponga el acento en las carencias de la persona. Es por ello que términos peyorativos han sido paulatinamente excluidos, cada vez es menos frecuente encontrarlos. Sin embargo, no se ha logrado adoptar una terminología que no se considere peyorativa por la generalidad.

No es nuestro objeto traer a estas páginas dicha discusión, sino simplemente explicar que hablaremos de “personas con discapacidad”. Lo hacemos porque es la terminología que adopta la ley 20.422 sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, así como la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

El énfasis de este trabajo estará puesto en la inclusión en el mundo laboral de las personas con discapacidad intelectual porque consideramos que, tanto en la legislación como en la literatura, cuando se habla de discapacidad, normalmente se está pensando en la de tipo físico o sensorial, dejando de lado a las personas con discapacidad intelectual.

Si bien abordaremos aspectos relevantes para el mundo de la discapacidad en general, es necesario aclarar que nuestro foco estará siempre puesto en las necesidades de las personas con discapacidad intelectual.

Es relevante, además, distinguir la discapacidad intelectual de la discapacidad psíquica, si bien ambas se consideran dentro de la discapacidad mental son diversas y por lo tanto deben abordarse de acuerdo a sus particularidades. En este trabajo nos abocaremos a los desafíos propios de la discapacidad intelectual.

Finalmente queremos aclarar que nuestro énfasis es profundizar en las necesidades de las personas con discapacidad intelectual porque consideramos que al abordar los desafíos de la inclusión de personas con discapacidad, se desconocen sus particularidades. El objeto de este trabajo es justamente visibilizar estas necesidades.

El trabajo inicia con una mirada al trato que nuestra sociedad le ha dado a la discapacidad a lo largo de su historia, para iluminar la lectura de la realidad actual y justificamos las razones por las que el Estado debe intervenir para generar igualdad de oportunidades y permitir la inclusión de las personas con discapacidad.

Ahondaremos, también, en la realidad y las características de la discapacidad intelectual, de modo de entender la forma en que la sociedad puede actuar para proporcionar las oportunidades que éstas requieren y revisaremos los instrumentos internacionales que nuestro país ha suscrito en esta materia.

Analizaremos la legislación nacional, para conocer sus fortalezas y debilidades. Revisaremos la “ley N° 20.422: que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de las personas con discapacidad”; la ley N° 18.600 referida a las personas con discapacidad mental, el Código del Trabajo y las reformas legales en curso.

Desde el punto de vista del derecho comparado revisaremos la legislación de España, Ecuador y Perú, con el objeto de conocer modelos diversos que permitan orientar el camino que nuestro país debe seguir para lograr adoptar un verdadero sistema de inclusión laboral.

Finalmente, propondremos algunas directrices que a nuestro juicio el Estado debe seguir en la búsqueda de un sistema que permita realmente proporcionar iguales oportunidades a las personas con discapacidad intelectual en el trabajo. Sabemos que no es un camino fácil ni de rápida solución; sin embargo creemos que es mucho lo que nuestro país puede hacer para mejorar las oportunidades de dichas personas.

CAPÍTULO I: EL DERECHO AL TRABAJO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LA LUZ DE LOS DD.HH.

El desafío de la inclusión de personas con discapacidad en la sociedad es un problema de derechos humanos, un paso decisivo para la inclusión, es hacer plenamente operativos los derechos fundamentales reconocidos universalmente, considerando a las personas con discapacidad titulares de dichas garantías. Esta afirmación puede parecer una obviedad; sin embargo, las personas con discapacidad históricamente han sido excluidas o invisibilizadas por la sociedad, como señalan QUINN y DEGENER respecto a los valores que inspiran los derechos humanos, “el problema no son los valores propiamente dichos ni el sistema de libertades fundamentales que postulan, sino el hecho de que o no se aplican o se aplican de modo distinto a las personas con discapacidad.”¹

Si bien, este trabajo busca centrarse en la inclusión laboral de las personas con discapacidad intelectual, no podemos perder de vista el panorama general de la inclusión y de la discapacidad, esto nos permitirá orientar la visión respecto a

¹ DEGENER, T. y QUINN, G. 2002. Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad. Nueva York. p. 28

los aspectos más específicos en los que profundizaremos en los capítulos siguientes.

1.1 El trato social a la discapacidad. Paradigmas históricos.

Se reconocen históricamente tres paradigmas o modelos que han determinado el trato de la sociedad hacia las personas con discapacidad, éstos coexisten en la actualidad, razón por la cual es sumamente relevante revisarlos para entender cómo siguen vigentes en algunas instituciones y conductas.

a) El modelo de la prescindencia: de acuerdo con este modelo las personas con discapacidad son innecesarias, “se estima que no contribuyen con las necesidades de la comunidad, que albergan mensajes diabólicos, que son consecuencia del enojo de los dioses, o que – por lo desgraciadas – sus vidas no merecen la pena ser vividas.”² Por lo tanto se prescinde de ellas, ya sea por medio de su eliminación o situándolas en ámbitos de marginalidad.

Dentro de este paradigma se presentan dos submodelos, los cuales representan formas diferentes de prescindir de las personas con discapacidad, denominados eugenésico y de marginación.

² BARIFFI, F. y PALACIOS, A. 2007. La Discapacidad como una cuestión de Derechos Humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Madrid. Ediciones Cinca. p. 13.

Submodelo eugenésico: durante la antigüedad clásica se creía que el nacimiento de un niño con discapacidad “era el resultado de un pecado cometido por los padres en el caso de Grecia, o una advertencia de que la alianza con los dioses se encontraba rota en el caso de Roma.”³ Las personas con discapacidad constituían una carga y la solución que se adoptaba era recurrir “a prácticas eugenésicas, como el infanticidio en el caso de niños y niñas.”⁴

Submodelo de la marginación: fue dominante durante la Edad Media y estaba fundado en distintas creencias, tiene como característica esencial la exclusión o marginación de las personas con discapacidad. Se identifican como principales fundamentos de exclusión el “subestimar a las personas con discapacidad y considerarlas objeto de compasión, o como consecuencia del temor o el rechazo por considerarlas objeto de maleficios o como advertencia de un peligro inminente.”⁵ Bajo este paradigma las personas con discapacidad eran relegadas a la marginalidad, sobrevivían como mendigos o como objeto de diversión exhibiendo su “anormalidad”.

³ PALACIOS, A. y ROMANACH, J. 2006. El modelo de la diversidad. La bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad de en la diversidad funcional. España. Diversitas. p. 41

⁴ GARLAND, R. 1995. The eye of the beholder deformity & disability un the Graeco-Roman world, Duskworth, London. En: PALACIOS, A. y ROMANACH, J. Op. cit. p. 42.

⁵ BARIFFI, F. y PALACIOS, A. Op. cit. p. 15.

Actualmente podemos señalar que el paradigma de la prescindencia no es el que predomina en la visión sobre la discapacidad, sin embargo, todavía existen importantes manifestaciones de éste. Una de las más evidentes es el aborto de aquellos niños que presentan algún tipo de discapacidad identificada durante el embarazo.

b) El modelo rehabilitador: bajo este paradigma se considera que las causas de la discapacidad son científicas, por lo tanto, es necesario un tratamiento que permita la rehabilitación de las personas con discapacidad. El fin que se persigue es el de “normalizar” a quienes padecen alguna deficiencia para que puedan desenvolverse en el mundo. Desde esta óptica, las personas con discapacidad tienen algo que aportar a la sociedad, siempre y cuando sean rehabilitadas para desenvolverse adecuadamente en ella.

La irrupción de éste modelo se produjo a inicios del siglo XX, impulsado por las Guerras Mundiales y la industrialización. Tanto los accidentes laborales como las mutilaciones y heridas producidas por la guerra hicieron visible el problema de la discapacidad e impulsaron a los Estados a hacerse cargo de esta realidad. Al ser los Estados responsables de los heridos, que estaban sirviendo a su país en la guerra, es deber de la comunidad apoyar su rehabilitación. De

este modo, la discapacidad se convirtió en un problema público y “comenzó a ser vista como una insuficiencia, una deficiencia a ser erradicada.”⁶

En una primera etapa se impulsaron medidas en apoyo de los veteranos de guerra, las que se basaban en “la creencia acerca de la existencia de una obligación por parte de la sociedad, de compensar a estas personas mediante pensiones de invalidez, beneficios de rehabilitación y cuotas laborales.”⁷

Durante los años sesenta, estas medidas fueron extendidas a todas las personas con discapacidad, con independencia del motivo que la hubiera ocasionado, ampliando sus destinatarios.

El paradigma de la rehabilitación representó un gran avance en relación al modelo de la prescindencia. Del rechazo y ocultamiento de las personas con discapacidad, se buscó un camino para la superación de las dificultades mediante procedimientos médicos. Sin perjuicio de ello, se le critica por las siguientes razones:

- Considera la discapacidad como un problema personal y lo reduce a su aspecto médico, sin considerar otro tipo de variables, particularmente los aspectos sociales.

⁶ PALACIOS, A. y ROMANACH, J. Op. cit. p. 45.

⁷ BARIFFI, F. y PALACIOS, A. Op. cit. p. 16.

- Busca la integración de las personas con discapacidad por medio de su “normalización”, eliminando la diferencia, lo que en la mayoría de los casos es imposible.
- Aborda la discapacidad desde una óptica asistencialista, excluyendo a las personas con discapacidad de la toma de decisiones relevantes para sus vidas, porque se reduce el problema de la discapacidad a un asunto científico siendo los expertos los llamados a tomar las decisiones y no quienes tienen una discapacidad.

c) El modelo social: surgió en la década de los setenta en Estados Unidos y Gran Bretaña como reacción de los colectivos de personas con discapacidad en contra de los fundamentos del modelo rehabilitador, planteando los principios que darían forma a este nuevo paradigma: autonomía, igualdad de oportunidades, no discriminación, accesibilidad universal y participación.

Los fundamentos sobre los cuales se construye son, en primer lugar, reconocer a la discapacidad como una construcción social, no como un problema del individuo. Desde esta perspectiva, es la sociedad la que genera la discapacidad cuando excluye a las personas que presentan alguna diferencia. Un segundo fundamento es que las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad pero no desde la eliminación de la diferencia, sino desde la valoración

de la misma. Esto quiere decir que el objetivo ya no es “rehabilitar” al individuo para que pueda desenvolverse en la sociedad, sino que la sociedad valore positivamente la diferencia y la acoja.

Para el modelo social la discapacidad no es una enfermedad que hay que curar, sino un problema generado por la sociedad al discriminar a quienes son diferentes; por lo tanto, debe ser asumido por la sociedad en su conjunto. Lo que el modelo busca es “la rehabilitación o normalización de una sociedad, de manera que esté pensada y diseñada para hacer frente a las necesidades de todos.”⁸ Esto quiere decir que el acceso a las instituciones básicas de una sociedad debe estar garantizado para las personas que la integran, con independencia de sus diferencias.

Este modelo está estrechamente relacionado con los derechos humanos ya que se funda en la igual dignidad de toda la humanidad, se persigue que las personas con discapacidad puedan construir su vida de acuerdo a sus propias determinaciones, de forma autónoma y que ésta no se vea reducida por los prejuicios sociales. Como consecuencia de ello, la sociedad debe eliminar todas las barreras que impidan la participación de las personas con discapacidad, las que son de muy diversos tipos, desde aspectos de accesibilidad física hasta prejuicios y diversos hechos de discriminación.

⁸ PALACIOS, A. y ROMANACH, J. Op. cit. p. 49.

El modelo social no se limita a la búsqueda de una igualdad formal, va un paso más allá, desde el reconocimiento de la diversidad existente en la sociedad, proporciona iguales oportunidades para todos sus integrantes. Por lo tanto, no sólo busca poner fin a la discriminación, también aboga por la necesidad de proporcionar apoyos y herramientas que permitan a las personas con discapacidad enfrentar la vida con las mismas oportunidades.

El modelo social “ha generado una mirada diferente hacia la persona con discapacidad, centrada en primer término en su condición de ser humano en igualdad de derechos y dignidad que los demás, y en segundo lugar en una condición (la discapacidad) que le acompaña, y que requiere en determinadas circunstancias de medidas específicas para garantizar el goce y ejercicio de los derechos, en igualdad de condiciones que el resto de las personas.”⁹

1.2 El horizonte de la inclusión

Al analizar los paradigmas constatamos que hay una notable y reciente evolución. La humanidad ha tardado mucho en hacerse cargo de las necesidades de las personas con discapacidad y aun persisten desafíos para

⁹ BARRIFFI, F. y PALACIOS, A. Op. cit. p. 23.

avanzar hacia la inclusión. Para alcanzar este objetivo los Derechos Humanos son una certera orientación que la sociedad debe seguir.

Un enorme progreso de la humanidad ha sido reconocer que todos los seres humanos son igualmente dignos, su valor no depende de ninguna de sus características ni de sus posibilidades de aportar a la sociedad, la mera existencia nos pone en condiciones de igualdad a unos con otros. Este principio es recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, al establecer que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.”¹⁰ No obstante, y a pesar de su incorporación en nuestra Constitución, así como en diversos instrumentos internacionales, siguen existiendo ámbitos de exclusión que impiden que este principio universal sea una realidad para todos los miembros de la sociedad.

De allí la importancia de hacer plenamente operativos los Derechos Humanos, que este catalogo de normas consensuadas por la humanidad sea una realidad para quienes se encuentran excluidos. Si todos somos merecedores de igual trato, debemos gozar de los mismos derechos y de las mismas oportunidades para el desarrollo de una vida plena.

¹⁰ ONU. 1948. Declaración universal de Derechos Humanos. Art. 1.

A las personas con discapacidad no se les ha negado de forma explícita el ejercicio de sus derechos humanos, pero la realidad demuestra que muchos derechos básicos, tales como: educación, trabajo y salud, no son accesibles en igualdad de condiciones.

El II Estudio Nacional de la Discapacidad confirma el bajo acceso a ciertos derechos para las personas con discapacidad. En materia de educación las personas sin discapacidad tienen un promedio de 11,6 años de estudio, muy superior a los 9,6 años de estudio de las personas con discapacidad leve a moderada y a los 7,1 años de estudio de las personas con discapacidad severa.

En lo que respecta a la participación en el mercado laboral de las personas con discapacidad las cifras demuestran que tienen mayores dificultades para acceder a un trabajo. La tasa de participación laboral de la población sin discapacidad es del 69%, las personas con discapacidad leve a moderada tienen un 56% de participación y en el caso de la discapacidad severa desciende al 24,3%.¹¹

Las cifras demuestran que la igualdad formal no es suficiente, no basta con señalar que todos somos titulares de los mismos derechos para que efectivamente ello ocurra. Es indispensable ser sensibles a la diferencia y

¹¹ Datos obtenidos de: MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. 2015. Segundo Estudio Nacional de la Discapacidad.

entender que las personas con discapacidad pueden requerir más que el reconocimiento formal de sus derechos, necesitan que el Estado tenga un rol activo para generar igualdad de oportunidades.

QUINN y DEGENER plantean la necesidad de superar la idea de igualdad formal, señalan que una “ley antidiscriminatoria formal, por ejemplo, puede prohibir la discriminación de los discapacitados, pero no ir más allá del principio de la ‘igualdad como neutralidad’ para dar el paso fundamental de exigir un ‘acomodo razonable’ de la diferencia que supone la discapacidad. Este tipo de igualdad está claramente vacío. Concede beneficios ilusorios y genera escepticismo en relación con la ley.”¹²

Desde la perspectiva de los Derechos Humanos no podemos limitar la igualdad a la igualdad formal, es un concepto necesario, pero insuficiente. Esta forma de entender la igualdad no alcanza para conformar una sociedad inclusiva, principalmente porque no es sensible a la diferencia, trata de la misma forma a situaciones que son esencialmente diversas, excluyendo a quienes están fuera de los márgenes “normales”.

¹² DEGENER, T. y QUINN, G. 2002. Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad. Nueva York. p. 22.

QUINN y DEGENER sostienen que para lograr la inclusión hay que asumir el concepto de igualdad de oportunidades. Fundan esta visión en que “no debe permitirse que factores respecto de los cuales la persona no tiene control y que por lo tanto son ‘arbitrarios desde el punto de vista moral’ dicten las oportunidades de esa persona en la vida.”¹³ Si aplicamos esta idea al campo del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, concluiremos que la posibilidad de trabajar no puede estar determinada por haber nacido con una discapacidad, sino que debe estar determinada por las aptitudes que esta persona tenga para desempeñarse en un puesto de trabajo. No se puede asimilar la discapacidad con la imposibilidad para realizar un trabajo.

La igualdad de oportunidades nos plantea el desafío de crear estructuras que permitan la inclusión de la diversidad, entendida como “el acceso y la participación plena de las personas con discapacidad, independientemente de las limitaciones que puedan tener, en todos los ámbitos sociales de la vida (educativo, laboral, político, económico, cultural) y en los entornos más normalizados posible.”¹⁴

Generar igualdad de oportunidades no significa asistencialismo o paternalismo. Para igualar las oportunidades de las personas con discapacidad se deben

¹³ *Ibíd.* p. 22.

¹⁴ VILLA, N. 2007. La inclusión progresiva de las personas con discapacidad intelectual en el mundo laboral (1902-2006). Madrid. Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales p. 93.

proporcionar los apoyos que éstas puedan requerir para desenvolverse en los distintos ámbitos de la vida con autonomía y en ningún caso reemplazar su voluntad, ni determinar externamente las necesidades de las personas.

Si queremos ser coherentes con el reconocimiento de la igual dignidad de toda vida humana debemos buscar la inclusión de todos los seres humanos, acogiendo la diferencia como una riqueza. “El valor de la dignidad humana nos recuerda con fuerza que las personas con discapacidad tienen un papel y un derecho en la sociedad que hay que atender”,¹⁵ precisamente por ello este trabajo busca avanzar en una dimensión específica, y a nuestro juicio muy relevante para la inclusión, el derecho al trabajo de las personas con discapacidad intelectual.

1.3 Discapacidad intelectual

Para poder introducirnos en la realidad de la inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual de forma apropiada, es fundamental detenernos un momento en el concepto de discapacidad intelectual y su evolución.

La conceptualización de la discapacidad intelectual no se produjo sino hasta el siglo XVII, previo a esto se solía confundir con la demencia. Las primeras

¹⁵ DEGENER, T. y QUINN, G. Óp. cit. p. 20.

aproximaciones se refieren al “idiotismo” como una realidad diferente a la demencia, sin embargo, el estudio científico de la discapacidad intelectual se inició en el siglo XIX, lo que permitió profundizar en la comprensión del fenómeno principalmente desde la categorización de distintos grados de profundidad que esta podía presentar¹⁶.

Las primeras conceptualizaciones derivaron en una aproximación a la discapacidad intelectual centrada exclusivamente en el funcionamiento cognitivo. Si bien existieron aproximaciones diversas, todas ellas ponían el acento en la medición del coeficiente intelectual de la persona como aspecto fundamental para determinar la existencia de discapacidad.

Esta forma de abordarla, consistente con los planteamientos del modelo rehabilitador, ve la discapacidad como una realidad estática, inmodificable y que no proporciona alternativas para el desarrollo pleno de las personas. Esta fue la visión dominante hasta la década de 1990.

La irrupción del modelo social tuvo su manifestación en el mundo de la discapacidad intelectual, la Asociación Americana de Retraso Mental (AARM), una de las entidades más relevantes en esta materia, revisó y modificó su tradicional manual sobre el “retraso mental”. En su novena edición, éste

¹⁶ Para profundizar en esta materia ver: VILLA, N. Op. cit. pp. 40-67.

contiene un concepto completamente diferente al que se manejaba hasta la época y que es plenamente consistente con el modelo social, como veremos a continuación.

Hasta antes de 1992 la discapacidad intelectual era considerada como un rasgo absoluto del individuo que la padecía, determinada por la medición del coeficiente intelectual, de acuerdo al cual las personas eran categorizadas según la profundidad del “retraso”, lo que determinaba en gran medida sus posibilidades de desarrollo.

La nueva visión, rompe con lo planteado hasta la fecha, establece que la discapacidad intelectual no es algo estático, muy por el contrario, es una situación dinámica, y que no depende exclusivamente del coeficiente intelectual de una personas, también depende de sus habilidades adaptativas y de su interacción con el contexto en el que le toca desenvolverse.

De acuerdo con esta nueva visión, se define el retraso mental como una “discapacidad caracterizada por limitaciones significativas tanto en el funcionamiento intelectual como en la conducta adaptativa, expresada en

habilidades adaptativas conceptuales, sociales y prácticas. Esta discapacidad se origina con anterioridad a los 18 años.”¹⁷

La definición contiene tres elementos: la edad en que inicia la discapacidad, el funcionamiento intelectual y la conducta adaptativa. Lo novedoso de esta visión es que la discapacidad ya no está determinada solamente por el funcionamiento intelectual, sino por la relación entre éste, la conducta adaptativa y el contexto.

Para comprender adecuadamente la definición es necesario saber qué se entiende por conducta adaptativa. En palabras de LUCKASSON, el término hace referencia al “conjunto de habilidades conceptuales, sociales y prácticas aprendidas por la persona para funcionar en su vida diaria.”¹⁸ La AARM reconoce diez áreas de habilidades adaptativas: comunicación, cuidado personal, vida en el hogar, habilidades sociales, utilización de la comunidad, autogobierno, salud y seguridad, habilidades académicas funcionales, ocio y trabajo.

De acuerdo a lo anterior, para determinar la discapacidad intelectual no sólo será necesario que exista una limitación significativa en su funcionamiento

¹⁷ LUCKASSON, R. y REEVE, A. 2001. Denominar, definir y clasificar en el campo del retraso mental. Siglo Cero. p. 1. En: VILLA, N. Op. cit. p. 86.

¹⁸ LUCKASSON, R. “et al”. 2002. Mental retardation: Definition, classification and systems of supports. Washington. AARM. p. 73. En: VILLA, N. Op. cit. p. 87.

intelectual, sino también que en su conducta adaptativa presente limitaciones relevantes.

La concepción impulsada por la AARM sobre la discapacidad intelectual pone el énfasis en proporcionar los apoyos necesarios para que las personas puedan desarrollarse de forma plena. El supuesto que está detrás es que “con los apoyos adecuados el funcionamiento de toda persona generalmente mejorará”.¹⁹ La concepción planteada por la AARM “aplica el modelo de rechazo cero según el cual deben darse a todas las personas los apoyos necesarios para fomentar su independencia, productividad e integración en la comunidad.”²⁰

De acuerdo al concepto de discapacidad intelectual aquí desarrollado, lo relevante al plantear un sistema que permita la inclusión laboral de las personas con discapacidad intelectual es la capacidad de proporcionar los apoyos que las personas requieren, de modo de facilitar el desarrollo de las habilidades laborales. Esta idea será fundamental al evaluar si el sistema actual posibilita la inclusión laboral y también para proponer formas de avanzar en este objetivo.

¹⁹ VILLA, N. Op. cit. p. 83.

²⁰ Ibid. p.84.

1.4 El trabajo: un derecho y un medio privilegiado de inclusión social

Toda persona tiene derecho al trabajo, así lo reconoce tanto nuestra Constitución como el derecho internacional. En el artículo 19 n° 16 de la Carta Fundamental establece el derecho de toda persona a la “libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución”²¹. En este mismo sentido, el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales señala en el artículo 6.1 que los Estados parte “reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.”²²

El problema que viven las personas con discapacidad es que, si bien hay claridad respecto a los derechos que corresponden a toda persona, éstos no son una realidad para ellas. Para garantizar el derecho a trabajar de las personas con discapacidad debemos superar las normas que regulan el empleo ya que no se adaptan a la realidad de las personas con discapacidad.

Es indispensable avanzar hacia un mercado de trabajo inclusivo, en el cual todos tengan iguales oportunidades, apoyando especialmente a quienes

²¹ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Constitución Política de la República. p. 20.

²² ONU. 1966. Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Art. 6.1.

históricamente han tenido más dificultades para obtener un trabajo digno y estable, de otro modo, la consagración del derecho al trabajo quedará como una mera declaración, sin impacto alguno, a pesar de lo dispuesto en nuestra Constitución que establece como deber del Estado: “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”²³.

El trabajo, además de ser un derecho, es un medio privilegiado de inclusión social. Trabajar permite a una persona vivir con autonomía, sentirse reconocido e interactuar con un grupo de personas diverso. Una de las manifestaciones más evidentes del trabajo como medio de inclusión tiene que ver con la autonomía generada al recibir una remuneración. Las personas con su trabajo logran independencia económica, el dinero es un medio que permite llevar a cabo las decisiones propias. Desde esta perspectiva, los ingresos producidos por el trabajo permiten vivir con mayor autonomía y en muchos casos salir de la marginalidad que la carencia de bienes produce.

El trabajo además de ser un medio de inclusión social, es una forma de realización personal. Tener un trabajo no sólo nos permite ser autónomos, también permite construir la propia identidad por medio de la interacción con otros. En palabras de VILLA, “el trabajo es por tanto, uno de los principales

²³ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Constitución Política de la República. p.1.

componentes de la integración social de las personas, no sólo porque proporciona cierta autonomía económica, sino también porque contribuye a la construcción de la identidad social.”²⁴

Para que el trabajo sea un verdadero medio de inclusión se requiere que cumpla ciertas condiciones mínimas. Algunas de ellas pueden parecer de sentido común, pero si las mencionamos es precisamente porque en nuestra realidad estas condiciones no siempre están presentes.

En el marco del modelo rehabilitador, el trabajo se consideraba principalmente como un medio terapéutico. Al tener un objetivo diferente, proporcionar trabajo a las personas con discapacidad es básicamente un acto caritativo, que admite condiciones especiales y que no facilita la inclusión. Esta visión aún se encuentra muy presente en nuestra sociedad y en nuestra legislación, se considera que las personas con discapacidad no tienen las habilidades necesarias para trabajar. Esta situación es más evidente respecto de las personas con discapacidad intelectual, sobre quienes muchas veces se presume que no son capaces de realizar un trabajo.

El modelo social comprende al trabajo como un derecho de las personas con discapacidad, con independencia del legítimo rol rehabilitador que pueda

²⁴ VILLA, N. Op. cit. p. 96.

ejercer. Así entendido, el trabajo como derecho implica condiciones básicas de igualdad que deben estar presentes, por ejemplo, recibir la misma remuneración por el mismo trabajo realizado, tener posibilidades de ascender en el trabajo, acceso a los mismos beneficios que el resto de los trabajadores, entre otras.

Para NISBET y CALLAHAN, la inclusión laboral implica “trabajar al lado de y compartir las responsabilidades con sus compañeros de trabajo; tomando los descansos juntos, almorzando o tomando algo con ellos; recibiendo las mismas instrucciones de los supervisores de la empresa; aprendiendo de sus compañeros de trabajo y siendo valorados de la misma forma en la empresa.”²⁵

La inclusión no está dada sólo por una igualdad en las condiciones de trabajo, sino por la posibilidad de ser considerado en los aspectos sociales del trabajo, de modo tal que la persona con discapacidad sea valorada como un compañero de trabajo más. Esto en ningún caso significa desconocer la diferencia que puede existir, lo relevante es que ésta no sea motivo de exclusión sino de riqueza al interior del lugar de trabajo.

Para lograr la inclusión laboral se han planteado diversos métodos que facilitan la incorporación de las personas con discapacidad en los lugares de trabajo de

²⁵ *Ibíd.* p. 94.

acuerdo con la realidad de cada una. Así surgieron en el mundo iniciativas como las cuotas de reserva, el empleo protegido y el empleo con apoyo, en las cuales profundizaremos más adelante ya que pueden orientar el camino que como país debemos seguir si queremos avanzar a ser una sociedad verdaderamente inclusiva.

1.5 Tratados internacionales y discapacidad

Nuestro país ha suscrito diversos instrumentos internacionales que han sido ratificados y por lo tanto nos obligan como país a cumplir con su contenido. En éste apartado analizaremos los tres tratados más relevantes en materia de discapacidad, a saber: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la Convención), la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (en adelante, la Convención Interamericana) y el Convenio N° 159 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo.

1.5.1 Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad

El instrumento más relevante en materia de discapacidad es la Convención de las Naciones Unidas. Es un tratado muy completo, que aborda las diversas materias más importantes para el mundo de la discapacidad, fue acordada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre del año 2006 y ratificada por nuestro país en 2008.

La Convención busca hacer efectivos los Derechos Humanos respecto de las personas con discapacidad, pues se ha constatado que los instrumentos generales de Derechos Humanos no han sido capaces de acabar con la discriminación ni han logrado generar igualdad de oportunidades. Por esta razón se decidió crear una convención con el propósito de “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.”²⁶

Los principios inspiradores de esta Convención se enuncian en el artículo tercero y son las nociones básicas desde donde debe leerse e interpretarse este instrumento. Los principios enumerados son:

²⁶ ONU. 2008. Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Artículo 1.

- Respeto de la dignidad inherente, autonomía e independencia de las personas;
- No discriminación;
- Participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- Respeto por la diferencia;
- Igualdad de oportunidades;
- Accesibilidad;
- Igualdad entre hombre y mujer;
- Respeto a la evolución de las facultades de niños y niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

La Convención recoge un amplio catálogo de derechos, la mayoría de ellos corresponden a los derechos humanos tradicionalmente reconocidos en diversos tratados internacionales, que sin embargo le han sido negados a las personas con discapacidad por distintas vías. La Convención explicita estos derechos y profundiza en las implicancias de su reconocimiento a favor de las personas con discapacidad.

En este tratado no se “crea ningún derecho nuevo, pero prohíbe específicamente la discriminación de estas personas en todos los ámbitos, concretando aspectos especialmente problemáticos y, además, reconoce el

derecho a los ajustes razonables necesarios para el ejercicio en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos”.²⁷

Los derechos protegidos por la Convención, siguiendo a PALACIOS y BARIFFI,²⁸ se pueden clasificar en cinco grupos: derechos de igualdad, derechos de protección, derechos de libertad y autonomía personal, derechos de participación y derechos sociales básicos. A continuación analizaremos brevemente cada categoría y posteriormente nos detendremos con mayor profundidad en el derecho al trabajo.

a) Igualdad: dentro de esta categoría encontramos el derecho de igualdad y no discriminación que consagra la igualdad ante la ley, la prohibición de toda discriminación y la promoción de la igualdad por medio de ajustes razonables y medidas de discriminación positiva (art. 5). Vinculado con esto, se establece el deber del Estado de asegurar la accesibilidad para las personas con discapacidad al entorno físico, transporte, información y comunicaciones (art. 9).

Se reconoce también la igualdad en el acceso a la justicia (art. 13) y el igual reconocimiento como persona ante la ley, consagrando el derecho al

²⁷ SAN JOSÉ, A. 2007. El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: La Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad. Revista electrónica de estudios internacionales. p.25.

²⁸ Ver: BARIFFI, F. y PALACIOS, A. Op. cit. p. 101-128.

reconocimiento de la personalidad jurídica y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad (art. 12).

b) Protección: en esta categoría podemos distinguir la protección del derecho a la vida (art. 10), el cual se expresa también en la protección de las personas con discapacidad ante situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (art. 11), en consideración a la especial vulnerabilidad de éste colectivo frente a situaciones de emergencia.

También se protege la integridad personal tanto física como mental (art. 17). En consistencia con lo anterior, se establece la protección contra la explotación, violencia y abuso (art. 16) y la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 15).

Dentro de esta categoría se incluye la protección de la privacidad de la información personal relativa a la salud y rehabilitación (art. 22) y la protección del hogar y de la familia (art. 23).

c) Libertad y autonomía personal: el trato que la Convención da a esta categoría de derechos presenta una particularidad, “tradicionalmente la regulación del derecho a la libertad estaba vista en términos de pasividad, es decir en una

abstención estatal”²⁹. Sin embargo, para garantizar estos derechos respecto de las personas con discapacidad, es necesario un “papel activo del Estado que debe adoptar medidas que permitan el ejercicio de este derecho en igualdad de condiciones de los demás.”³⁰

El papel activo del Estado en esta materia se aprecia principalmente en la regulación del derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (art. 19), particularmente en el deber del Estado de proporcionar servicios de asistencia para facilitar la independencia de las personas con discapacidad. También el derecho a la movilidad personal (art. 20) implica esfuerzos del Estado para hacer accesibles, física y económicamente, los medios de transporte.

Dentro de esta categoría se encuentra además el derecho a la libertad y seguridad de la persona (art. 14) que establece que la discapacidad nunca puede significar motivo de privación de libertad. También se reconoce la libertad de desplazamiento y nacionalidad (art. 18).

d) Participación: las personas con discapacidad han sido marginadas de la participación en la vida pública, por ello la Convención reconoce de manera explícita los derechos de participación en la sociedad. De este modo, se

²⁹ BARRIFFI, F. y PALACIOS, A. Op. cit. p.113.

³⁰ *Ibíd.* p.113.

reconoce la participación en la vida política y pública (art. 29) estableciendo medidas tanto para facilitar el acceso al voto como para permitir a las personas con discapacidad ser candidatos y participar de forma activa en la administración de su país.

En este ámbito también se reconoce la libertad de expresión, de opinión y de acceso a la información (art. 21) estableciendo que las comunicaciones dirigidas al público en general deben ser accesible para las personas con discapacidad, ya sea por medios tecnológicos, lengua de señas, braille, etc. Finalmente se reconoce también el derecho a participar en la vida cultural, actividades recreativas, esparcimiento y deporte (art. 30).

e) Derechos sociales básicos: por último, la Convención reconoce ciertos derechos considerando que éstos son medios esenciales para alcanzar la inclusión y la igualdad de las personas con discapacidad en la sociedad.

De este modo se reconoce el derecho a la educación (art. 24), estableciendo la necesidad de una educación inclusiva y accesible para todos. También se reconoce el derecho a la salud (art. 25) y se distingue este derecho de la habilitación y rehabilitación (art. 26), manifestando la ruptura con el modelo rehabilitador.

Se consagran además el derecho al trabajo y empleo (art. 27) y el derecho a gozar de un nivel de vida adecuado y protección social (art. 28). La Convención reconoce “el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con los 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 para las personas con discapacidad.”³¹

Al abordar el trabajo como un derecho de las personas con discapacidad, se busca abandonar la visión paternalista y asistencialista que consideraba el trabajo como un medio para favorecer la rehabilitación o como un acto de caridad. El trabajo es un derecho que toda persona tiene, por lo tanto, no se busca que las personas con discapacidad ingresen al mercado laboral por solidaridad, sino porque tiene la capacidad de trabajar, lo que falta es derribar los prejuicios y la discriminación para generar igualdad de oportunidades.

Para garantizar este derecho, y atendido a que la búsqueda de igualdad de oportunidades requiere de una transformación en la sociedad, la Convención establece los siguientes deberes para los Estados:

³¹ ONU. 2008. Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Art. 27.

- Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad en el acceso al empleo;
- Proteger la igualdad de condiciones en el trabajo, en particular la igual remuneración por trabajo de igual valor y la igualdad de oportunidades dentro del trabajo;
- Asegurar ejercicio de derechos laborales y sindicales;
- Acceso a programas de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación;
- Alentar las oportunidades de empleo, apoyo en la búsqueda, obtención y conservación del empleo;
- Promover distintas oportunidades de empleo, en empresas, trabajo independiente, constitución de cooperativas e inicio de empresas propias;
- Emplear a personas con discapacidad en el sector público;
- Promoción del empleo en el sector privado mediante políticas, medidas de acción afirmativa, incentivos y otros mecanismos;
- Velar por la realización de ajustes razonables en los lugares de trabajo.

La Convención no impulsa un modelo específico, establece el deber del Estado de promover la inclusión, las vías elegidas dependerán de la realidad de cada país.

1.5.2 Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad

Esta convención fue acordada en el año 1999 y ratificada por nuestro país durante el año 2002. Tiene como objetivos “la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad.”³²

El énfasis de la Convención Interamericana está puesto en la eliminación de la discriminación en contra de las personas con discapacidad, entendida como “toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad sus derechos humanos y libertades fundamentales.”³³

³² OEA. 2002. Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Art. 2.

³³ *Ibíd.* Art. 1.

El tratado establece obligaciones relevantes para los Estados parte, entre ellas:

- Adoptar medidas para eliminar la discriminación en contra de las personas con discapacidad y propiciar su integración en la sociedad. Entre ellas se incluyen medidas de accesibilidad arquitectónica, acceso a los medios de transporte y a las comunicaciones. También se hace referencia a la integración laboral, educacional, al acceso a la justicia y al acceso diversos servicios.
- Trabajar prioritariamente en la prevención y detección temprana de la discapacidad.
- Sensibilización de la población sobre la realidad de la discapacidad, eliminando prejuicios y propiciando el respeto. También se establece el deber de capacitar a las personas que estarán encargadas de aplicar la Convención.

La Convención Interamericana crea el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, es el órgano responsable del seguimiento a los compromisos establecidos en el tratado, al cual todos los Estados deben informar periódicamente.

1.5.3 Convenio N° 159 OIT sobre la readaptación profesional y el empleo

Este Convenio fue acordado por la OIT en el año 1983 y aprobado por el Congreso Nacional en el año 1994. A pesar de ser un instrumento antiguo en comparación a los demás tratados analizados, su contenido mantiene una notable vigencia. Su fecha de origen explica la terminología utilizada para referirse a la discapacidad (personas inválidas), que para efectos del tratado incluye a “toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida.”³⁴

El objetivo del Convenio es “permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona a la sociedad.”³⁵

El Convenio establece que todos los países deben formular una política nacional sobre readaptación profesional y empleo de personas inválidas, la cual tendrá que “asegurar que existan medidas adecuadas de readaptación profesional al alcance de todas las categorías de personas inválidas y a promover oportunidades de empleo para las personas inválidas en el mercado

³⁴ OIT. 1983. Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas). Ginebra. Art. 1.1

³⁵ *Ibíd.* Art. 1.2.

regular de empleo.”³⁶ Se establece, además, que esta política deberá estar basada en el principio de igualdad de oportunidades, el cual en ningún caso se verá vulnerado por las medidas de acción positiva adoptadas por el Estado para favorecer la inclusión laboral.

El Convenio señala que la política nacional deberá ser trabajada con las organizaciones representativas de los trabajadores, empleadores y de las organizaciones de personas con discapacidad, consagrando el principio de la participación.

El Convenio 159 de la OIT está en completa consonancia con la Convención de las Naciones Unidas respecto a la inclusión laboral, siendo dos instrumentos complementarios y que refuerzan el deber que tiene el Estado de asumir el desafío de la incorporación de las personas con discapacidad al mundo del trabajo.

1.5.4 Inclusión laboral, un compromiso pendiente con la comunidad internacional

De los tres tratados internacionales enunciados es posible concluir que existe acuerdo en la comunidad internacional respecto a necesidad de incluir a las

³⁶ *Ibíd.* Art. 3.

personas con discapacidad en nuestra sociedad. Esta visión ha ido evolucionando y encuentra su máxima expresión en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Chile se ha comprometido con la comunidad internacional a trabajar por la inclusión de las personas con discapacidad en la sociedad, siendo la inclusión laboral una de las materias que es necesario abordar; debemos responder como país y procurar que los tratados suscritos no resulten ineficaces, asumiendo con responsabilidad los compromisos que hemos adoptado.

Los tratados revisados no establecen un mecanismo específico respecto a la inclusión laboral, por lo tanto es nuestro deber como país elegir un camino, adoptando las medidas pertinentes en nuestra legislación, ya que, como veremos en el capítulo siguiente, la legislación nacional está lejos de ajustarse a los estándares que los tratados internacionales suscritos nos imponen.

1.6 Derechos Humanos e inclusión laboral, un desafío pendiente

Las personas con discapacidad intelectual, como cualquier persona, tienen derecho a tener un trabajo digno y justamente retribuido. Esta no es una exigencia planteada desde la solidaridad, es una conclusión que emana de la

doctrina de los Derechos Humanos y del reconocimiento de la igual dignidad de todos los seres humanos.

Hacerse cargo de esta realidad va a permitir que las personas con discapacidad intelectual, cuyas necesidades muchas veces han sido invisibles para la sociedad, tengan la posibilidad de desarrollar una vida más autónoma y plena, siendo partes activas de nuestra sociedad. Nos interesa particularmente que nuestra sociedad sea capaz de generar un modelo de inclusión laboral que responda a las necesidades de las personas con discapacidad intelectual, que son múltiples y muy diversas respecto de las que presentan otros tipos de discapacidad.

Nuestro país tiene que elegir un camino para permitir la igualdad de oportunidades en el acceso al mundo laboral de las personas con discapacidad, así lo exigen los tratados internacionales que se han suscrito y los principios plasmados en nuestra propia Constitución. La alternativa que el país adopte debe ser capaz de responder a los desafíos propios de nuestra sociedad, buscando aunar los esfuerzos de los distintos actores para lograr mayor justicia en nuestro país.

El desafío de nuestro país es la creación de un modelo propio de inclusión, que responda a la realidad de la sociedad chilena y de las personas con

discapacidad intelectual en Chile, de otra forma es sumamente difícil esperar un resultado exitoso. Esto no quiere decir que no debamos aprender de la experiencia internacional, todo lo contrario, debemos tenerla presente, pero cada sociedad tiene particularidades de las cuales debe hacerse cargo sin esperar que modelos externos se ajusten perfectamente a nuestra realidad.

CAPÍTULO II: LEGISLACIÓN NACIONAL E INCLUSIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En la doctrina jurídica nacional no existe una sistematización de la legislación sobre discapacidad y la bibliografía al respecto es muy escasa. Este capítulo pretende proporcionar una sistematización de la legislación nacional sobre la inclusión de las personas con discapacidad al mundo del trabajo, haciendo una revisión de las leyes que abordan la materia.

2.1 Ley 20.422: sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad

La ley 20.422 es la norma principal respecto a la discapacidad, promulgada en el año 2010 con el objeto de reemplazar la legislación existente desde el año 1994, la ley 19.284. La necesidad de actualizar nuestras normas legales se debe a la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad durante el año 2008.

La ley 20.422 busca adoptar una nueva visión sobre la discapacidad siguiendo el modelo social, esto se refleja en la definición de la discapacidad³⁷ que la norma introduce, ya que no define a la discapacidad solamente desde la existencia de una deficiencia que afecta a la persona (sea física o mental), lo constitutivo de la discapacidad pasa a ser la imposibilidad de participar plenamente en la sociedad debido a las barreras que ella establece. Por lo tanto, una persona se entiende con discapacidad cuando existe una deficiencia que impide la participación en la sociedad producto de las barreras que la misma comunidad genera.

Esta definición se adscribe al modelo social entendiendo que la discapacidad no es un problema personal del individuo que presenta una deficiencia sino que es un problema social. La comunidad tiene el deber de eliminar las barreras para que todas las personas puedan participar en la sociedad en igualdad de condiciones.

La ley 20.422 aborda de forma integral la realidad de la discapacidad y, junto con establecer la regulación de derechos específicos, plantea una serie de principios orientadores para su aplicación e interpretación, los cuales permiten

³⁷ Ley N° 20.422, artículo 5: “Persona con discapacidad es aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”

hacer una lectura adecuada de la norma y de su relación con otros cuerpos legales.

El texto legal en su artículo 1º indica como objetivo “asegurar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, con el fin de obtener su plena inclusión social, asegurando el disfrute de sus derechos y eliminando cualquier forma de discriminación fundada en la discapacidad.”³⁸

Además en el artículo 3º se establecen los siguientes principios, a saber:

- Vida independiente: las personas tienen derecho a desarrollar de manera libre su personalidad, con la facultad de tomar sus propias decisiones y de participar en la sociedad. Este principio busca evitar la infantilización de las personas con discapacidad, reconociéndoles su autonomía.

- Accesibilidad universal y diseño universal: ambos principios dicen relación con la aptitud que deben tener los entornos, procesos, bienes, servicios e instrumentos para que sean utilizados por todas las personas con seguridad y autonomía. Estos principios abarcan, por ejemplo, el acceso a edificios públicos, al transporte público y también la forma en que se transmite la información pública, de modo que sea comprensible

³⁸ CHILE. Ministerio de planificación. 2010. Ley 20.422: Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad. p.1.

para todos, por lo que no debemos asociarlo exclusivamente con aspectos físicos.

- Intersectorialidad: en toda política pública se debe considerar transversalmente los derechos de las personas con discapacidad, por lo tanto no es solo el Servicio Nacional de la Discapacidad el encargado de aplicar la ley 20.422, sino todos los organismos públicos.
- Participación y diálogo social: éste principio recoge un antiguo anhelo de las organizaciones de personas con discapacidad, poder ser parte en las decisiones que los involucran. “El lema *Nothing about us without us* – nada sobre nosotros sin nosotros – que surgió con el modelo de vida independiente resume de manera efectiva esta postura”.³⁹ Se debe tener en consideración que desde la perspectiva del modelo rehabilitador, las decisiones sobre las personas con discapacidad eran tomadas principalmente por los expertos de la salud, sin reparar mayormente en la opinión de los involucrados.

El título primero de la ley 20.422 se refiere al derecho a la igualdad de oportunidades, aspecto central a la hora de pensar en la inclusión laboral de las

³⁹ DEGENER, T. y QUINN, G. 2002. Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad. Nueva York. p. 81.

personas con discapacidad. Es precisamente este concepto el que nos permite fundamentar la necesidad de una intervención del Estado más robusta en materia de inclusión laboral.

El artículo séptimo define la igualdad de oportunidades como “la ausencia de discriminación por razón de discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, educacional, laboral, económica, cultural y social.”⁴⁰

Nuestra legislación, al tratar la igualdad de oportunidades considera dos elementos, en primer lugar se refiere a la ausencia de discriminación fundada en la discapacidad. Pero junto con ello se hace referencia a la adopción de medidas de acción positiva, de modo de permitir la participación de las personas con discapacidad en la sociedad. Con esto destaca el rol del Estado para permitir que la igualdad de oportunidades se concrete, lo que se debe traducir en acciones que vayan más allá de la no discriminación.

⁴⁰ CHILE. Ministerio de planificación. 2010. Ley 20.422: Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad. p.3.

En el artículo octavo⁴¹ fija las medidas que debe establecer el Estado en contra de la discriminación con el fin de garantizar la igualdad de oportunidades, pero se refiere únicamente a exigencias de accesibilidad, ajustes necesarios y prevención de acoso.

La ley contempla un apartado en el que hace referencia a grupos de personas dentro del mundo de la discapacidad que se consideran especialmente vulnerables. Entre ellas se incluye a las mujeres con discapacidad, a las personas con discapacidad mental (psíquica o intelectual) y a los niños con discapacidad. Esta norma determina la necesidad de poner especial atención en la situación de personas especialmente vulnerables, las cuales suelen ser marginadas con mayor frecuencia.

El artículo noveno indica que el Estado adoptará las medidas necesarias para asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos de éstas personas en condiciones de igualdad con las demás, el Estado adoptará medidas para evitar la violencia, abuso y discriminación de las que pueden ser víctimas las personas con discapacidad que constituyen este grupo especialmente vulnerable.

⁴¹ Ley 20.422. Artículo 8: “Con el fin de garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, el Estado establecerá medidas contra la discriminación, las que consistirán en exigencias de accesibilidad, realización de ajustes necesarios y prevención de conductas de acoso.”

Ésta norma pretende proteger a aquellas personas que se ven expuestas mayormente a una vulneración de sus derechos debido a que concurren en ellas la discapacidad junto con un cierto grado de dependencia (niños y personas con discapacidad mental), o bien, discriminación de género.

Durante la discusión de la ley 20.422 en el Congreso Nacional se afirmó por el Ejecutivo para fundamentar esta disposición que “las mujeres y niñas con discapacidades enfrentan una mayor discriminación que otras mujeres, no sólo laborales sino que también una mayor vulnerabilidad respecto a su sexualidad y salud reproductiva.”⁴²

Respecto a las personas que se encuentran en situación de dependencia, el artículo 12 señala que el Estado promoverá su autonomía y la atención mediante prestaciones o servicios de apoyo. Esta atención busca facilitar la existencia autónoma de las personas y proporcionar un trato digno en su vida personal, familiar y social.

Estas disposiciones reconocen que las personas con discapacidad intelectual se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad que nos obliga a poner especial atención en los potenciales abusos que se le puedan generar. El artículo 12 fija las pautas para el trato de las personas en situación de

⁴² CONGRESO NACIONAL. Primer Informe de la Comisión Especial de Discapacidad y Adulto Mayor. 9 de mayo de 2007. p. 25.

dependencia, fundadas en promover la autonomía personal mediante servicios de apoyo. Esta idea se condice con nuestra visión sobre la discapacidad intelectual, al postular la necesidad de proporcionar apoyos adecuados para facilitar y posibilitar una vida autónoma y plena.

Una evidencia muy clara de la doble vulnerabilidad que sufren las personas con discapacidad intelectual se manifiesta en sus posibilidades de trabajar. “Las tasas de empleo varían de acuerdo con el tipo de discapacidad. Las más altas se dan entre las personas con discapacidad auditiva, y las más bajas entre las personas con discapacidad intelectual.”⁴³

Especial preocupación debemos tener por las mujeres con discapacidad intelectual, pues como reconoce la ley, ellas se encuentran mayormente expuestas a la discriminación. A la hora de pensar en un modelo de inclusión laboral será indispensable tomar en consideración la realidad de las mujeres.

Destaca la ley 20.422 en cuanto contiene disposiciones que hacen referencia específica a la inclusión laboral de las personas con discapacidad, lo que es una novedad frente a la ley 19.284 que no contemplaba normas a este respecto, sin embargo resulta insuficiente. Las disposiciones que se refieren al derecho al trabajo se aprecia que son sumamente amplias y abiertas, no

⁴³ ORGANIZACIÓN IBEROAMERICANA DE SEGURIDAD SOCIAL. 2014. Medidas para la promoción del empleo de personas con discapacidad en Iberoamérica. Madrid. p. 16.

consagran una orientación clara respecto al modo en que el Estado debe abordar la inclusión laboral. Por otra parte, aquellas normas que son específicas, no tienen un impacto mayor en la realidad de las personas con discapacidad.

La ley 20.422 aborda la inclusión laboral desde un punto de vista general y desde situaciones específicas. Los artículos 43 y 44 constituyen las normas generales y que establecen criterios comunes en la materia.

El artículo 44 de la ley 20.422 establece los deberes primordiales respecto al derecho al trabajo de las personas con discapacidad al establecer que el Estado “creará condiciones y velará por la inserción laboral y el acceso a beneficios de seguridad social por parte de las personas con discapacidad.”⁴⁴

El artículo 43 establece como forma para buscar la inclusión laboral, la discriminación positiva, en los siguientes términos: “El Estado, a través de los organismos competentes, promoverá y aplicará medidas de acción positiva para fomentar la inclusión y no discriminación laboral de las personas con discapacidad, especialmente deberá:

a) Fomentar y difundir prácticas laborales de inclusión y no discriminación.

⁴⁴ CHILE. Ministerio de planificación. 2010. Ley 20.422: Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad. p. 13

- b) Promover la creación y diseño de procedimientos, tecnologías, productos y servicios laborales accesibles y difundir su aplicación.
- c) Crear y ejecutar, por sí o por intermedio de personas naturales o jurídicas con o sin fines de lucro, programas de acceso al empleo para personas con discapacidad.
- d) Difundir los instrumentos jurídicos y recomendaciones sobre el empleo de las personas con discapacidad aprobados por la Organización Internacional del Trabajo.”⁴⁵

El artículo 44 también refuerza la opción por las medidas de discriminación positiva, facultando al Estado para “desarrollar en forma directa o por intermedio de terceros, planes, programas, e incentivos y crear instrumentos que favorezcan la contratación de personas con discapacidad en empleos permanentes.”⁴⁶

Constituye un aporte de la ley determinar el deber del Estado en la inclusión laboral de las personas con discapacidad y que para ello puede valerse de medidas de discriminación positiva. Sin embargo, se corre el riesgo de que estas declaraciones no tengan su expresión en la realidad de dichas personas, ya que no se ha optado por un mecanismo concreto para fomentar la inclusión,

⁴⁵ *Ibíd.* p. 13.

⁴⁶ *Ibíd.* p. 13.

solo se enuncian algunas formas posibles de hacerlo, sin que ninguna de ellas sea exigible.

Las disposiciones específicas que se contemplan respecto a la inclusión laboral dicen relación con la capacitación, selección de personal en los órganos del Estado, la regulación especial del contrato de aprendizaje y permisos municipales a los que pueden acceder las personas con discapacidad. El tratamiento de estas materias es poco sistemático y son medidas que, siendo positivas, tienen un bajo impacto en la realidad de las personas con discapacidad.

De acuerdo a la ley 20.422, los órganos del Estado en la contratación de personal, deberán preferir a las personas con discapacidad en aquellos casos en que ésta se encuentre en iguales condiciones de mérito con otro postulante (artículo 45).

Ésta disposición que constituye una medida concreta de discriminación positiva, es cuestionable por su impacto real en la contratación de personal en la administración del Estado. De acuerdo al Estudio de Inclusión Laboral de Personas en situación de discapacidad en el Estado publicado por SENADIS en el año 2014, "el porcentaje de trabajadores en situación de discapacidad en el

Estado es de 2,2% (...) donde un 93,8% corresponde a discapacidad leve.”⁴⁷

En el informe también se señala que “el proceso de inclusión laboral ha sido más lento de lo esperado, pudiendo existir barreras de inclusión aun en la selección de personal por parte del Estado”⁴⁸

El artículo 46 de la ley establece que la capacitación de las personas con discapacidad no se limita exclusivamente a la formación, comprende además la orientación profesional de acuerdo a las capacidades, intereses y educación de la persona. Esta aproximación representa adecuadamente los postulados del modelo, en ella se afirma la formación es un proceso complejo que no se limita a proporcionar herramientas técnicas. Sin embargo, es difícil determinar su impacto por la falta de claridad del sujeto activo de la norma.

Otro mecanismo que introdujo la ley 20.422 es la facultad de las Municipalidades para conceder de forma gratuita espacios para la instalación de negocios de personas con discapacidad en las ferias autorizadas, o en otros recintos en caso de no haber ferias, de acuerdo a lo establecido en el artículo 33 de la ley.

⁴⁷ SENADIS. 2014. Estudio de inclusión laboral de personas en situación de discapacidad en el Estado. p. 9.

⁴⁸ *Ibíd.* p. 11.

Si bien esta norma es una oportunidad para personas con discapacidad que posean un pequeño negocio tengan un espacio para realizar sus ventas, al no constituir una obligación para las Municipalidades, la norma corre el riesgo de ser poco operativa, quedando a disposición de las autoridades municipales reconocerla como herramienta para incentivar el trabajo independiente de las personas con discapacidad.

El artículo 47 de la ley autoriza a las personas con discapacidad a celebrar el contrato de aprendizaje sin la limitación de edad estipulada en el Código del Trabajo (21 años). Este contrato se encuentra regulado en los artículos 78 y siguientes del Código del Trabajo, es definido como “la convención en virtud de la cual un empleador se obliga a impartir a un aprendiz, por sí o a través de un tercero, en un tiempo y en condiciones determinados, los conocimientos y habilidades de un oficio calificado, según un programa establecido, y el aprendiz a cumplirlo y a trabajar mediante una remuneración convenida.”⁴⁹

El contrato de aprendizaje es una herramienta eminentemente formativa y lo diferencian del contrato de trabajo las siguientes características:

- Extensión: de acuerdo al artículo 84 del Código del Trabajo, los contratos celebrados no pueden tener una duración superior a dos años.

⁴⁹ CHILE. Ministerio del trabajo y previsión social. 2002. DFL 1. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del código del trabajo. p. 35.

- Remuneración: el artículo 81 establece que los ingresos percibidos por el aprendiz no estarán sujetos a las disposiciones sobre el ingreso mínimo.
- Límite a la contratación: los aprendices no pueden exceder el 10% de los trabajadores contratados a jornada completa en la empresa, según lo establecido en el artículo 85 del Código del Trabajo.

Eliminar la limitación de edad en la celebración de contratos de aprendizaje para las personas con discapacidad reconocería la situación general de las personas con discapacidad cuya formación concluye después de cumplir 21 años, lo que retrasa su ingreso al mundo laboral y la posibilidad de usar este beneficio; sin perjuicio de ello existe el riesgo de que esta alternativa se convierta en una forma de precarizar el empleo de las personas con discapacidad, ya que este tipo de contratos presenta menos garantías que un contrato regular de trabajo, principalmente en lo relativo al ingreso mínimo mensual y además podrían ser contratadas como aprendices en reiteradas ocasiones durante su vida laboral, precarizando el empleo de quienes se espera obtener una mayor protección en atención a su condición.

2.1.1 Ley 20.422 y el derecho al trabajo, desafíos pendientes

La ley 20.422 tiene por objetivo la inclusión y no discriminación de las personas con discapacidad en el mundo laboral⁵⁰. Sin embargo, sostenemos que faltó tomar una definición clara por parte del Estado sobre la forma específica mediante la cual se abordaría el objetivo de la ley.

En los artículos sobre inclusión laboral se aprecia lo generales y abiertas que son sus normas más relevantes. No hubo una real intención por parte del legislador de comprometerse con formas concretas que permitan la inclusión laboral lo que se refleja en la historia de la ley.

Durante la tramitación del proyecto de ley en la Cámara de Diputados se debatió respecto a la posibilidad de incorporar una cuota de reserva de empleos para personas con discapacidad en la administración del Estado, se planteó incorporar al artículo 45 la reserva del 3% de los puestos de trabajo para personas con discapacidad, idea que fue descartada por la Secretaria Ejecutiva del Fondo Nacional de la Discapacidad, durante la votación en particular del proyecto de ley en la Comisión de la Discapacidad y el Adulto Mayor indicando que: “no fue posible incorporar los planteamientos de los parlamentarios en

⁵⁰ Ley Nº 20.422, artículo 1: “El objetivo de esta ley es asegurar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, con el fin de obtener su plena inclusión social, asegurando el disfrute de sus derechos y eliminando cualquier forma de discriminación fundada en la discapacidad.”

torno a la fijación de un porcentaje de cupos reservados en la administración pública para personas con discapacidad, ya que ello significaría abrir la puerta a que cada grupo de interés que se sienta discriminado pueda hacer valer sus pretensiones en torno a obtener también un cupo, alegando discriminación en su contra.”⁵¹

Hubo parlamentarios que se opusieron señalando que: “más que buscar cupos reservados para personas con discapacidad, se deberían establecer los incentivos suficientes, tributarios o de otro tipo, como para que la contratación de estas personas sea realmente atractiva, especialmente en la empresa privada, y su integración sea real y no sea solamente fruto de una imposición legal sin asidero en las condiciones laborales de los trabajadores.”⁵²

Al respecto, nos parece que el artículo 45 de la ley es de muy bajo impacto y en este sentido, concordamos con lo planteado por el diputado VALLESPÍN quien afirmó: “sería interesante establecer porcentajes predefinidos respecto de los cupos reservados que se abran en la Administración del Estado para los discapacitados, como lo han hecho otros países, en lugar de disponer que se

⁵¹ CONGRESO NACIONAL. Primer Informe de la Comisión Especial de Discapacidad y Adulto Mayor. 9 de mayo de 2007. p. 57.

⁵² *Ibíd.* p. 57.

“reservarán preferentemente cupos”, porque puede que nunca se concreten.”⁵³

El establecer una cuota de reserva en la administración pública no es la solución, sin embargo es una oportunidad para establecer un mecanismo concreto en miras a lograr el objetivo de la ley.

Durante la tramitación de la ley en el Senado se debatió sobre la posibilidad de establecer incentivos tributarios para favorecer la inclusión. Esta controversia se produjo por la inclusión de una disposición por los diputados LOBOS y VALCARCE, que modificaba el artículo 43 incluyendo un nuevo deber para el Estado, el de “crear instrumentos tributarios que favorezcan la contratación de personas con discapacidad en empleos permanentes.”⁵⁴

La norma consagraba un camino determinado para fomentar la inclusión; los incentivos tributarios; sin embargo, se eliminó en el Senado por su carácter específico. La Senadora MATTHEI argumentó en la Comisión de Hacienda que “la letra e) del artículo le parece demasiado específica al establecer la creación

⁵³ CONGRESO NACIONAL. Diario de Sesión en Sesión 31. Legislatura 355. Discusión General. 19 de junio de 2007.

⁵⁴ *Ibíd.* p. 56.

de instrumentos tributarios que favorezcan la contratación de personas con discapacidad.”⁵⁵ En este mismo sentido, el Senador GARCÍA manifestó que: “sería mejor que la letra e) dispusiera fomentar la creación de instrumentos y no directamente la creación de los mismos, porque parece muy imperativo sin que sea ese su objetivo.”⁵⁶

La ley 20.422 introdujo avances, pero estos han sido insuficientes para garantizar la inclusión de las personas con discapacidad en el mundo del trabajo. Para avanzar con decisión en la construcción de una sociedad inclusiva y, particularmente, de un mercado del trabajo inclusivo, se deben adoptar decisiones concretas que permitan construir un modelo de apoyo para las personas con discapacidad.

2.2 Ley 18.600 sobre discapacidad intelectual, una norma obsoleta

La ley 18.600 aborda la realidad de las personas con discapacidad intelectual, pero resulta sumamente notorio que tanto su lenguaje como su paradigma inspirador se encuentran obsoletos, el mismo título de la ley, “Establece normas sobre deficientes mentales”, es un ejemplo claro de lo señalado. Esta norma fue dictada en el año 1987, tiempo en el que la visión existente respecto a la

⁵⁵ CONGRESO NACIONAL. Informe de la Comisión de Hacienda. 6 de noviembre de 2009. p. 33.

⁵⁶ *Ibíd.* p. 34.

discapacidad distaba mucho de la que prima en la actualidad. Si bien fueron introducidas reformas a su texto en los años 2001, 2004 y 2008 ninguna de ellas logró acercarla a los estándares que están vigentes luego de la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y de la promulgación de la ley 20.422.

Las principales materias tratadas por la ley 18.600 corresponden a aspectos vinculados con la capacidad jurídica y a beneficios económicos. También hay normas relativas a educación y en menor medida al trabajo. Nos interesa particularmente el análisis de esta ley ya que ella evidencia la visión que el Estado tiene respecto a la discapacidad intelectual.

Se establece que la prevención, rehabilitación y equiparación de oportunidades son un derecho de las personas con discapacidad mental. Estos, a su vez, son deberes para su familia y para la sociedad, agrega que es deber del Estado apoyar a las familias en las obligaciones que la ley les asigna mediante la coordinación de un sistema mixto, de participación pública y privada. El Estado debe velar por la prevención y debe financiar un sistema de apoyo económico para las personas con discapacidad intelectual de menores recursos (art. 1).

Se indica en la norma que las acciones de prevención se realizarán en tres niveles: primaria, detección de casos de alto riesgo; secundaria, tratamiento temprano y, terciaria, programas de rehabilitación e integración; estas deben ser coordinadas por el Ministerio de Salud (art. 7).

La definición de discapacidad mental de la ley 18.600 difiere de la incorporada por la ley 20.422, ya que se define a las personas con discapacidad mental señalando que son aquellas personas con limitaciones psíquicas permanentes que presentan una disminución de al menos un tercio de su capacidad laboral, educativa o de integración social (art. 2)⁵⁷.

La norma establece cuatro grados de discapacidad: discreta, moderada, grave y profunda. Respecto al procedimiento de calificación, evaluación y declaración de la discapacidad, la ley se remite a las normas de la ley 20.422 (art. 3). Las personas con discapacidad mental grave y profunda permanecerán al cuidado de su familia. Sin perjuicio de lo anterior, solo para quienes no poseen un hogar

⁵⁷ Ley 18.600, artículo 2: “Para los efectos de la presente ley, se considera persona con discapacidad mental a toda aquella que, como consecuencia de una o más limitaciones síquicas, congénitas o adquiridas, previsiblemente de carácter permanente y con independencia de la causa que las hubiera originado, vea obstaculizada, en a lo menos un tercio, su capacidad educativa, laboral o de integración social.

Se entiende disminuida en un tercio la capacidad educativa, laboral o de integración social de la persona cuando, considerando en conjunto su rendimiento en las áreas intelectual, emocional, conductual y relacional, se estime que dicha capacidad es igual o inferior al setenta por ciento de lo esperado para una persona de igual edad y condición social y cultural, medido por un instrumento validado por la Organización Mundial de la Salud y administrado individualmente.”

propio, el Estado mantendrá establecimientos especiales a cargo de los Ministerios de Salud y Justicia (art. 9).

También se regulan en la ley aspectos vinculados con la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental, se establece que la certificación vigente de la discapacidad permite la declaración de interdicción definitiva y el nombramiento de curador definitivo. Este procedimiento contempla una audiencia con la persona con discapacidad previo a la declaración de interdicción. La norma permite a la persona interdicta celebrar contratos de trabajo autorizado por el curador (art. 4)⁵⁸.

La ley establece la figura del curador provisorio, en virtud de la cual las personas naturales o jurídicas que estén a cargo de una persona con discapacidad intelectual serán curadores provisorios de sus bienes por el solo ministerio de la ley cumpliendo tres requisitos: a) que se encuentren bajo su

⁵⁸ Ley 18.600. Artículo 4º.- La constatación, calificación, evaluación y declaración de la discapacidad mental, así como la certificación de ésta, se hará de conformidad al procedimiento señalado en el Título II de la ley N° 19.284 y en el reglamento.

Cuando la discapacidad mental de una persona se haya inscrito en el Registro Nacional de la Discapacidad, su padre o madre podrá solicitar al juez que, con el mérito de la certificación vigente de la discapacidad, otorgada de conformidad al Título II de la ley N° 19.284, y previa audiencia de la persona con discapacidad, decreta la interdicción definitiva por demencia y nombre curador definitivo al padre o madre que la tuviera bajo su cuidado permanente. Si el cuidado permanente lo ejercen los padres de consuno, podrá deferir la curaduría a ambos. El juez procederá con conocimiento y previa citación personal y audiencia del discapacitado. En caso de ausencia o impedimento de los padres, los parientes más cercanos podrán proceder de igual forma, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 18 bis. Se aplicará a la persona discapacitada interdicta lo que prevén los artículos 440 y 453 del Código Civil para la guarda del menor adulto y del disipador, respectivamente. La suma de dinero que se asigne al discapacitado para sus gastos personales podrá ser fijada prudencialmente por el mismo curador, de acuerdo con su grado de discapacidad. La persona interdicta podrá celebrar contratos de trabajo con la autorización del curador.

cuidado permanente; b) que carezcan de curador o no se encuentren sometidos a patria potestad y c) que el curador provisorio no esté afectado por alguna incapacidad para ejercer de acuerdo a las normas del Código Civil (art. 18 bis).

Se consagra el deber del Estado de mantener un sistema de subsidios para favorecer a las personas con discapacidad que tengan una precaria situación económica, entre los que destacan: la exención tributaria para donaciones realizadas en beneficio de talleres protegidos (art. 10), la subvención de educación especial (art. 11) y la posibilidad de postular al subsidio familiar (art. 18).

En cuanto al acceso a la educación se establece que el Ministerio de Educación debe implementar medidas para que las personas con discapacidad mental discreta sean integrados a la educación común, aquellas con discapacidad moderada y grave pueden ser atendidas en el sistema de educación especial (art. 8). Todo ello debe orientarse a facilitar su integración educativa, laboral y social (art. 8 bis).

La ley 18.600 regula la inclusión laboral de forma asistemática, destacan dentro de ella dos aspectos:

a) No discriminación en la administración del Estado: se establece que respecto a los nombramientos, contrataciones y llamados a concurso no podrá discriminarse a las personas con discapacidad mental involucradas, siempre y cuando las funciones o labores implicadas resulten compatibles con su condición psicobiológica (art. 15).

b) Ingreso mínimo: respecto a los contratos de trabajo celebrados por las personas con discapacidad mental, las normas sobre ingreso mínimo no son aplicables. Es decir, el salario puede ser libremente convenido en una cifra inferior al monto mínimo establecido para la generalidad de los trabajadores (art. 16).

2.2.1 Análisis de la ley 18.600

La ley no se aviene con el nuevo paradigma que impera en la regulación sobre discapacidad, su inspiración en el modelo rehabilitador resulta incoherente con los principios establecidos en la Convención y en la ley 20.422, esto se refleja en los siguientes aspectos:

a) Una definición restrictiva y obsoleta: se opta por un criterio objetivo al definir la discapacidad mental, este corresponde a la obstaculización en un tercio de la capacidad educativa, laboral o de integración social. Si bien, una definición de

este tipo puede ser apropiada, por ejemplo, para determinar a los beneficiarios de una política pública; no parece apropiada para una ley que tiene como objetivo “integrar en un mismo cuerpo legal todas las normas necesarias para el debido amparo de los deficientes mentales durante su vida”.⁵⁹

La Convención, en su preámbulo, reconoce que la “discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”⁶⁰. La ley 18.600 posee una visión estática de la discapacidad, asociándola exclusivamente a algún tipo de déficit que obstaculiza la vida de una persona sin reparar en las causas sociales que contribuyen a la discapacidad.

b) Educación segregada: se establece la inclusión a la educación regular sólo a aquellas personas con un menor grado de discapacidad; el resto, deberá acceder a la educación especial (art. 8). Si bien, la discusión sobre la pertinencia de la existencia de un régimen de educación especial escapa de las pretensiones de este trabajo, queremos señalar que no nos parece apropiado

⁵⁹ CÁMARA DE DIPUTADOS. Departamento de Evaluación de la Ley. 2013. Informe Ejecutivo: Evaluación de la ley N° 18.600. p. 4.

⁶⁰ ONU. 2008. Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. p.2.

que sea la ley la que limite la posibilidad de las personas con discapacidad de ingresar a la educación regular.

Esta norma no considera que para alcanzar el horizonte de una sociedad inclusiva, la educación tiene que ser capaz de llegar a todos, dado que es “fundamental para ejercer el derecho que tiene toda persona con discapacidad a tener las mismas oportunidades que el resto de la sociedad, a aprender a interactuar con sus pares y medio social, y a ser incluida sin discriminaciones de ninguna especie.”⁶¹

c) La interdicción como norma general: en la regulación sobre capacidad jurídica establecida en la ley (arts. 4 y 18 bis) la incapacidad es la norma general. Esto no sólo contradice las normas generales de nuestro derecho, de acuerdo a las cuales toda persona es capaz (art. 1446 Código Civil), sino también contradice lo estipulado en el artículo 12.2 de la Convención, que señala: “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.”⁶²

⁶¹ OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL. 2014. Derechos Humanos de las personas con discapacidad mental: diagnóstico de la situación en Chile. p. 41.

⁶² ONU. 2008. Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. p.7.

La primera respuesta del ordenamiento jurídico para tratar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual no puede ser la interdicción. Es necesario que exista un sistema de apoyo a las personas que les permita ejercer su capacidad jurídica; la incapacidad absoluta, se debe reservar sólo para los casos de mayor complejidad. El camino del apoyo es el planteado por la Convención en su artículo 12.3 en el cual se establece que los Estados “adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.”⁶³

d) Ingreso mínimo: el excluir a las personas con discapacidad intelectual de las normas sobre ingreso mínimo es una discriminación que no tienen justificación alguna. No se puede buscar la inclusión laboral a cambio de precarizar las condiciones de trabajo, se evidencia que el legislador trata como sujetos de caridad y asistencialismo a las personas con discapacidad.

La Convención reconoce “el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás”⁶⁴ y agrega que los Estados deben proteger “la igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor”⁶⁵(art. 27). Lo que se busca no es otra cosa que un trato igualitario

⁶³ Ibid. p. 7

⁶⁴ Ibid. p. 13.

⁶⁵ Ibid. p. 13.

en el trabajo que se realice, pero la ley 18.600 conduce a fomentar la existencia de ciudadanos de segunda categoría, que no son merecedores de la misma protección.

Por lo anterior resulta imperioso su reemplazo al no responder al paradigma que nuestra sociedad está buscando alcanzar y por no ser consistente con los compromisos internacionales suscritos por el país y con la propia ley 20.422. Esta norma fue construida en base a una visión de la discapacidad que la entiende como un problema principalmente médico e individual, la visión del modelo rehabilitador que “considera a la discapacidad exclusivamente como un problema de la persona, directamente ocasionado por una enfermedad, accidente, o condición de salud, que requiere de cuidados médicos prestados por profesionales en forma de tratamiento individual. En consecuencia, el tratamiento de la discapacidad se encuentra encaminado a conseguir la cura, o una mejor adaptación de la persona, o un cambio en su conducta.”⁶⁶

La rehabilitación cumple un rol relevante sin embargo, no podemos condicionar su inclusión a la “normalización” generada por un proceso de rehabilitación. Razonar de esta manera es no comprender que el fenómeno de la discapacidad intelectual está más relacionado con la diversidad propia de los seres humanos que con un estándar de “normalidad” que las personas deben alcanzar.

⁶⁶ BARRIFFI, F. y PALACIOS, A. Óp. Cit. p.17

Es imprescindible que esta norma sea reformada de manera radical para superar el anticuado paradigma rehabilitador, asumiendo la tarea de la inclusión desde la perspectiva de los derechos. De acuerdo a la ley 20.422, las personas con discapacidad intelectual son un grupo especialmente vulnerable dentro del colectivo de la discapacidad; la ley 18.600, no se hace cargo de esta realidad. Sus “principios rectores se traducen en medidas de tipo asistencialista, dirigidas sólo a personas con discapacidad de escasos recursos. Dado lo anterior, la respuesta jurídica aparece focalizada en la intervención médica de la discapacidad, en lugar de la integración social de la persona con discapacidad a la sociedad.”⁶⁷

Esta ley representa una visión sobre la discapacidad intelectual que nos parece equivocada y que en la actualidad se encuentra superada. Necesitamos entender que la discapacidad no es una condición que inhabilita para la vida “normal” sino que es la sociedad la que inhabilita al no ser capaz de prestar los apoyos que las personas precisan. Por lo tanto, es un deber para nuestro país reemplazarla por una legislación que tenga por objeto poner en el centro la dignidad de las personas con discapacidad intelectual, y que proporcione alternativas que les permita desarrollarse de una forma autónoma y plena.

⁶⁷ CÁMARA DE DIPUTADOS. Óp. Cit. p. 10.

2.3 Código del Trabajo

El Código del Trabajo no regula la discapacidad intelectual; sin embargo, existen normas que se refieren a ella:

a) No discriminación: en la ley se consagra el principio de no discriminación en el mundo del trabajo, se establece que “son contrarios a la ley laboral los actos de discriminación.”⁶⁸ Si bien, no hay una referencia explícita a la discapacidad, resulta evidente que la discriminación en razón de la discapacidad vulneran este principio general.

b) Ajustes necesarios y servicios de apoyo: se establece la obligación de incluir en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad, normas respecto a “los ajustes necesarios y servicios de apoyo que permitan al trabajador con discapacidad un desempeño laboral adecuado”⁶⁹ (art. 154 N°7 CT).

c) Empresas de servicios transitorios (ETS): los contratos de puesta a disposición de trabajadores celebrados entre las ETS y una empresa tendrán

⁶⁸ Código del Trabajo. Artículo 2 incisos 3º y 4º: “Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.

Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.”

⁶⁹ CHILE. Ministerio del trabajo y previsión social. 2002. DFL 1. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del código del trabajo. p. 71.

una duración máxima de 90 o 180 días, dependiendo del tipo de tarea a realizar (art. 183 O), se contempla una excepción respecto a los trabajadores con discapacidad, estableciendo respecto de ellos un plazo máximo de duración de seis meses renovables (art. 183 AC).

De acuerdo a los fundamentos que se señalan en la historia de la ley, esta norma tiene como objetivo fomentar la contratación de personas con discapacidad considerándolos dentro del “conjunto de trabajadores atípicos, que requieren de la especial protección y tutela de la norma laboral.”⁷⁰

Esta disposición abre una puerta para los denominados enclaves laborales, una forma de inclusión laboral basada en la creación de empresas en las que los trabajadores son personas con discapacidad y prestan servicios a otras empresas.

2.4 Contratos administrativos de suministro y prestación de servicios

Una de las vías utilizadas en el derecho comparado para incentivar la contratación de personas con discapacidad son precisamente los contratos públicos de suministros y servicios.

⁷⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Óp. Cit. p. 14

En Chile, esta materia se regula en la ley 19.886, que no contempla normas relativas a la inclusión laboral de personas con discapacidad, es el reglamento de ejecución de la ley, Decreto Supremo N° 250 del Ministerio de Hacienda, año 2004, que se refiere a las siguientes materias:

a) Trato directo o licitación privada: se establecen una serie de casos excepcionales en los cuales proceden estas dos modalidades de contratación. Uno de ellos corresponde a las adquisiciones inferiores a 10 UTM que privilegien materias de alto impacto social, considerando la contratación de personas con discapacidad como una de estas materias. Por lo tanto, las empresas que cuenten con trabajadores con alguna discapacidad podrán aprovechar este beneficio, esto es, acceder a modos excepcionales de contratación (art. 10).

c) Contenido de las bases de licitación: el reglamento faculta a los órganos de la administración a incluir dentro de las bases de licitación, como criterio relevante, la consideración de materias de alto impacto social, entre ellas, la contratación de personas con discapacidad (art. 23).

d) Criterios de evaluación: se indican que en los casos de prestación de servicios habituales se debe considerar en las bases de licitación, como criterio técnico, las condiciones de empleo y remuneración. Para evaluar este criterio

se podrá considerar favorablemente la contratación de personas con discapacidad, junto con otros factores (art. 38).

Utilizar las compras públicas para favorecer la contratación de personas con discapacidad es una alternativa para generar un importante incentivo para la inclusión ya adoptado en otros países. Estas disposiciones son facultativas, corresponde a la autoridad competente decidir si las aplica, no hay una obligación de incluirlos; por lo tanto, difícilmente van a operar como incentivo para la contratación de personas con discapacidad en las empresas.

2.5 Proyectos de ley sobre inclusión laboral. Boletines 7.025-31 y 7855-13

En la actualidad se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional un proyecto de ley que busca incentivar la inclusión laboral de las personas con discapacidad por medio del establecimiento de una cuota de reserva de empleos.

El actual proyecto se inició con la presentación de dos mociones, la primera establecía una preferencia en las compras públicas para las empresas que contraten personas con discapacidad en un porcentaje igual o superior al 2% (Boletín N° 7.025-31). El segundo de estos proyectos pretende establecer una

cuota de reserva del 2% para personas con discapacidad tanto en el ámbito público como privado, modificando la ley 20.422 (Boletín N° 7.855-13).

Ambos proyectos fueron refundidos y aprobados por la Cámara de Diputados; sin embargo, durante la tramitación en el Senado fue modificado completamente.

La innovación más relevante del proyecto de ley es establecer una cuota de reserva de puestos de trabajo a favor de las personas con discapacidad del 1% en el sector público como el privado. En el primer caso se modifica la ley 20.422 estableciendo un nuevo artículo 45, obligando a las entidades públicas con una dotación anual superior a 100 funcionarios o trabajadores, a contar al menos con un 1% de trabajadores con discapacidad (inscritos en el registro nacional de discapacidad) o asignatarios de una pensión de invalidez. Las Fuerzas Armadas, las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y Gendarmería, se considerará solamente a su personal civil para efectos del cumplimiento de la obligación. Las jefaturas máximas de los órganos correspondientes deben adoptar las medidas que se requieran para dar cumplimiento a esta obligación.

Si no fuera posible el cumplimiento, deberán remitir un informe fundado a la Dirección Nacional del Servicio Civil y al SENADIS. Este informe sólo podrá fundarse en la siguientes causales que imposibilitan la contratación de personas

con discapacidad: la naturaleza de las actividades del organismo; falta de cupos en la dotación o falta de postulantes que cumplan con los requisitos necesarios.

La cuota de reserva para el sector privado, de acuerdo al proyecto de ley, se incorporará al Código del Trabajo. Será obligación para las empresas de 100 o más trabajadores contratar un 1% de trabajadores con discapacidad (inscritos en el registro nacional de discapacidad) o que sean asignatarios de una pensión de invalidez.

El empleador sólo podrá excusarse de dar cumplimiento a esta obligación por el período de doce meses, dando cuenta de los motivos a la Dirección del Trabajo con copia a SENADIS. La Dirección deberá pronunciarse acogiendo o rechazando dicha solicitud. Sólo podrán excusarse cuando la naturaleza de las funciones desarrolladas al interior de la empresa impida la incorporación de una persona con discapacidad y cuando no existan interesados en la oferta de trabajo.

El empleador, cuando no pueda cumplir la obligación por las causales señaladas, deberá cumplir de forma alternativa, por medio de una de las siguientes medidas: (i) celebrar contratos de prestación de servicios con empresas que tengan contratadas personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional; o (ii) efectuar

donaciones en dinero a proyectos o programas de asociaciones, corporaciones o fundaciones a las que se refiere el artículo 2 de la ley 19.885.

Cualquiera sea la medida elegida se establece un monto mínimo anual equivalente a veinticuatro ingresos mínimos mensuales por cada trabajador que debía ser contratado por la empresa.

Las empresas que opten por alguna de estas medidas deberán informar la razón invocada y la medida adoptada a la Dirección del Trabajo, con copia a la Subsecretaría de Evaluación Social del Ministerio de Desarrollo Social, al Servicio Nacional de la Discapacidad y al Servicio de Impuestos Internos.

Los empleadores deberán registrar los contratos de los trabajadores con discapacidad y sus modificaciones dentro de los 15 días siguientes a su celebración, a través del sitio electrónico de la Dirección del Trabajo.

El proyecto establece que para las empresas con más de 100 trabajadores y menos de 200, la obligación de la cuota de reserva comenzará a regir al término del primer año de vigencia de la norma (art. 5 transitorio).

Durante los dos primeros años de vigencia de la norma, las empresas podrán optar por cumplir por medio de alguna de las medidas alternativas sin necesidad de contar con una razón fundada (art. 6 transitorio).

El proyecto contempla otras medidas de menor magnitud pero que se hacen cargo de solucionar deficiencias de la legislación vigente.

a) El proyecto elimina el artículo 16 de la ley 18.600 que faculta a los empleadores para contratar a trabajadores con discapacidad intelectual sin estar sujetos a las normas sobre ingreso mínimo.

El artículo 16 contraviene las disposiciones de las Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de forma evidente, por lo que su derogación es una obligación del país para responder a sus compromisos internacionales.

b) Propone incorporar al artículo 17 del Estatuto Administrativo, relativo al ingreso a la carrera funcionaria, la prohibición de todo acto discriminatorio por motivos de discapacidad que tenga por objeto alterar la igualdad de condiciones en el acceso al trabajo.

c) Regula el contrato de aprendizaje para personas con discapacidad, busca que puedan celebrarlo hasta los 26 años, estableciendo un límite que actualmente no existe y que lo compatibiliza con las normas del sistema educacional, ya que las personas con discapacidad pueden recibir subvención hasta dicha edad.

2.5.1 Avances y desafíos

El proyecto de ley no constituye un sistema de inclusión laboral, se remite casi exclusivamente a establecer una cuota de reserva y algunas otras medidas en contra de la discriminación.

Destacamos que el proyecto elimine la discriminación existente en la ley 18.600 respecto del ingreso mínimo en los contratos de trabajo de las personas con discapacidad intelectual. Nuestro ordenamiento jurídico debe ajustarse a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ratificada por Chile en 2008. Estimamos razonable la limitación establecida en el contrato de aprendizaje para evitar que este opere como una vía de precarización laboral de las personas con discapacidad.

La cuota de reserva establecida en el proyecto nos parece insuficiente, a nivel comparado las cuotas establecidas en los distintos países son superiores a la

que aquí se propone. La cuota es insuficiente por el porcentaje propuesto (1%) y también porque se aplicara solo a empresas que cuenten con más de 100 trabajadores.

No podemos negar el avance al establecer una cuota de reserva en la legislación; sin embargo, estimamos que no se está apuntando a tener un alto impacto con la cuota establecida, creemos que debería aplicarse a más empresas y con un mayor porcentaje.

En cuanto a las medidas alternativas consideramos que se fortalece la vigencia de la norma, aún cuando la empresa no pueda cumplir con el 1%, deberá realizar una de las medidas establecidas. Además, es muy relevante que estas se entiendan como una excepción y que la interpretación de las causales contempladas en la ley se haga de forma restrictiva, respetando el espíritu de la norma.

2.6 Recomendaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU

Nos parece pertinente revisar las observaciones que han sido planteadas a nuestro país por el comité encargado de supervisar el cumplimiento de la

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad en el informe de abril de 2016, en el que destacan:

a) Armonización de la legislación nacional: se plantea que nuestro país no ha realizado una armonización de la legislación a los desafíos planteados por la Convención, persisten manifestaciones del modelo médico, se critica la utilización de “terminología peyorativa tales como “invalidez”, “incapaces” y “dementes” en normas vigentes”⁷¹.

En virtud de este diagnóstico se recomienda a nuestro país la adecuación de la legislación nacional a los estándares que la Convención ha establecido en la materia, armonizando ambos cuerpos normativos y eliminando todo tipo de terminología peyorativa.

b) Calificación de la discapacidad: se observa por el Comité que los criterios para calificar y certificar la discapacidad no están en armonía con la Convención ya que el análisis se realiza en torno a la deficiencia sin considerar las barreras sociales a las cuales se ven enfrentadas las personas con discapacidad. Por ello se propone una revisión de los criterios para asegurar que estos reflejen adecuadamente un modelo basado en los derechos humanos.

⁷¹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 2016. Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile. p. 2.

c) Participación y consulta: a pesar de que la participación figura como uno de los principios rectores de la ley 20.422, el Comité plantea su preocupación porque estas consultas no sean vinculantes, por lo que se propone al país adoptar un mecanismo de participación permanente, cuyas resoluciones sean vinculantes y que esté integrado por personas con discapacidad por medio de sus organizaciones.

d) Ajustes razonables: se plantea en el informe que la definición de ajuste razonable planteada en la ley 20.422⁷² no es consistente con la que plantea la Convención⁷³. Si se comparan ambas definiciones podemos apreciar que la legislación nacional es más restringida. Además el Comité señala que no se establece la denegación de los ajustes razonables como una causa de discriminación. Por ello se recomienda al país que se revise la definición de ajustes razonables y que se introduzca la denegación de realizar ajustes necesarios como una causal de discriminación.

e) Mujeres con discapacidad: el comité señala que el país no ha abordado el problema de la inclusión de las mujeres con discapacidad desde la perspectiva

⁷² Ley 20.422 artículo 8 inciso 3: “Los ajustes necesarios son las medidas de adecuación del ambiente físico, social y de actitud a las carencias específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos.”

⁷³ Ley 20.422 artículo 2: “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”.

de las políticas de género y tampoco desde las políticas de discapacidad. Por tal situación se insta al país a asumir la inclusión de las mujeres con discapacidad con estrategias destinadas específicamente a ellas.

f) Toma de conciencia: existe la preocupación por la ausencia de políticas destinadas a erradicar los prejuicios y estereotipos negativos asociados a la discapacidad, prima aún una visión asistencialista respecto a la discapacidad que no es consistente, a juicio del Comité, con el modelo de los derechos humanos. Se propone que el país promueva la visión de las personas con discapacidad como sujetos de derechos humanos.

g) Igual reconocimiento como persona ante la ley: el Comité critica la forma en la cual la legislación nacional aborda la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Como analizamos en el presente capítulo, la ley 18.600 establece normas respecto a la capacidad discriminatorias y que no permiten a las personas con discapacidad desarrollar su autonomía. Es por ello que se propone la derogación de “toda disposición legal que limite parcial o totalmente la capacidad jurídica de las personas con discapacidad adultas y adopte medidas concretas para establecer un modelo de toma de decisiones con apoyo”.⁷⁴

⁷⁴ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 2016. Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile. p.4.

h) Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad: al analizar el derecho a la vida independiente el comité observa que no han existido avances relevantes a partir de la implementación de la ley 20.422 en lo relativo a la entrega de apoyos que permitan a las personas con discapacidad desarrollarse con mayor independencia. A juicio del Comité esta carencia se traduce en el ingreso a instituciones o a vivir en condiciones de indigencia. Atendido a esta realidad se recomienda a Chile impulsar un plan de desinstitutionalización para personas con discapacidad, principalmente intelectual o psicosocial, que busque el tránsito hacia una vida independiente, contando con los servicios y apoyos requeridos.

i) Derecho al trabajo: el Comité destaca la existencia de una relevante brecha de inclusión laboral en perjuicio de las personas con discapacidad. Por otra parte indica que no existen estrategias específicas para promover la inclusión laboral de las personas con discapacidad. Es por ello que se recomienda legislar en esta materia, estableciendo metas, plazos y formas de controlar el cumplimiento de dicho objetivo. Se insta al Estado a asegurar “un empleo productivo y decente para todas las personas, incluyendo a personas con discapacidad en línea con el principio de remuneración igual por trabajo de igual valor.”⁷⁵

⁷⁵ *Ibíd.* p. 9.

j) Nivel de vida adecuado y protección social: en el informe se señala la preocupación por la precaria situación económica de las personas mayores con discapacidad, así como quienes viven en áreas rurales y más aisladas. Para enfrentar esta situación el Comité recomienda la universalización de los subsidios por discapacidad de modo de aminorar el impacto del empobrecimiento por tal razón.

Al finalizar la revisión de la legislación nacional relativa a la situación de las personas con discapacidad y su derecho a trabajar resulta evidente que existen grandes desafíos para alcanzar los objetivos definidos tanto en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad como en la legislación interna, principalmente en la ley 20.422.

CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LEGISLACIÓN COMPARADA

En el presente capítulo analizaremos el modo en que la legislación de España, Ecuador y Perú trata la inclusión laboral de las personas con discapacidad, estos países presentan tasas de inclusión laboral relevantes y pueden ser inspiradores para nuestra legislación.

3.1 España

La legislación española en materia de discapacidad y de inclusión laboral ha tenido una interesante evolución. La Constitución de 1978 establece la necesidad de otorgarle una especial protección a las personas con discapacidad, camino que fue seguido por la legislación con posterioridad.

En el año 1982 se dictó en España la Ley de integración social de los minusválidos, esta “fue una norma avanzada para su tiempo, que sentó los cimientos de las políticas públicas de discapacidad en España.”⁷⁶ Una de las

⁷⁶ ORGANIZACIÓN IBEROAMERICANA DE SEGURIDAD SOCIAL. 2014. Medidas para la promoción del empleo de personas con discapacidad en Iberoamérica. Madrid. p.218.

disposiciones más relevantes en materia de inclusión laboral fue la cuota de reserva del 2% en el ámbito público y privado, disposición que continúa vigente.

Otras normas relevantes en esta materia fueron la ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, del año 2003 y la ley 49/2007 por medio de la cual se estableció un régimen de sanciones para los actos discriminatorios.

3.1.1 Constitución y tratados internacionales

La Constitución de España de 1978 regula el trabajo como un derecho y un deber que tienen los ciudadanos (art. 35) y establece que es un deber del poder público realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40).

La carta fundamental hace referencia explícita a las personas con discapacidad en el capítulo tercero, referido a los principios rectores de la política social y económica. El artículo 49 establece: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestará la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.”⁷⁷

⁷⁷ ESPAÑA. Constitución española. 1978. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid. p. 17.

Esta referencia explícita a las personas con discapacidad debe leerse en conjunto con el resto de las garantías constitucionales, particularmente con la igualdad, libertad y justicia, reconocidos como valores superiores del ordenamiento (art. 1º); el deber de los poderes públicos de promover la libertad e igualdad de las personas y de remover los obstáculos que dificulten la participación política, económica, cultural y social (art. 9) y finalmente, la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación por cualquier condición o circunstancia personal (art. 14).

España ha suscrito la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y el Convenio 159 de la OIT. Ambos tratados fueron reseñados en el capítulo primero, por lo que nos remitiremos a lo ya expresado.

3.1.2 Ley general de derechos de las personas con discapacidad

El Real Decreto Legislativo 1/2013 estableció el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, norma que agrupó la ley 13/1982 de integración social de las personas con discapacidad, la ley 5/2003 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la

ley 49/2007 que establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Esta norma legal da cuenta de la evolución que ha experimentado en España la legislación sobre discapacidad y la preocupación que existe en este país por la inclusión social de las personas con discapacidad. A continuación analizaremos las disposiciones más relevantes respecto a la inclusión laboral, las cuales se encuentran principalmente en el capítulo VI de la ley y también las disposiciones reglamentarias vinculadas a la aplicación de esta ley.

Para efectos de la ley, son personas con discapacidad “aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.”⁷⁸

Sin perjuicio de la definición, la ley exige además que las personas con discapacidad presenten un grado igual o superior al 33% para ser titulares de los derechos que en la norma se establecen.

⁷⁸ ESPAÑA. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. 2013. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. p. 6.

La ley establece que “las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación”⁷⁹ (art. 35). La Ley entiende la igualdad de trato como la ausencia de discriminación por motivo de discapacidad, sea esta directa o indirecta⁸⁰ (art. 36).

La legislación plantea claramente como objetivo, “aumentar las tasas de actividad y de ocupación e inserción laboral de las personas con discapacidad, así como mejorar la calidad del empleo y dignificar sus condiciones de trabajo, combatiendo activamente su discriminación.”⁸¹

En el derecho español se reconocen tres clases de empleos dentro de los cuales las personas con discapacidad pueden desempeñarse, estos son:

- Empleo ordinario: abarca todos aquellos trabajos del mercado laboral regular, ya sea en empresas o en la administración pública. Dentro de esta categoría se incluye el empleo con apoyo como veremos más adelante.

⁷⁹ *Ibíd.* p. 17.

⁸⁰ La ley General de discapacidad distingue dos tipos de discriminación, directa e indirecta. La discriminación directa se produce cuando una persona es tratada de forma desfavorable por razón de su discapacidad, la discriminación es indirecta cuando un hecho o una norma de cualquier tipo, con apariencia de neutralidad, produce una desventaja para la persona con discapacidad que no sufre el resto de la población (ver artículo 35 números 3 y 4).

⁸¹ *Ibíd.* p. 17.

- Empleo protegido: está constituido por los centros especiales de empleo (CEE) y por los enclaves laborales, estos son espacios de trabajo especiales para personas con discapacidad.
- Empleo autónomo: equivale a lo que conocemos en Chile como trabajo independiente.

Para incentivar la inclusión de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo ordinario, el artículo 40 de la ley establece dos principios fundamentales; en primer lugar, señala la posibilidad de adoptar medidas de acción positiva para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad. En segundo lugar, como deber para las empresas garantizar la accesibilidad adoptando las medidas que sean necesarias para ello, salvo que estas representen una carga excesiva. Esto es lo que se conoce como el deber de realizar los “ajustes necesarios” que permitan a las personas con discapacidad realizar adecuadamente su trabajo.

La legislación española también contempla la obligación de inclusión para las empresas y para el Estado, la denominada cuota de reserva. Según la cual serán las empresas que empleen un número igual o superior a 50 trabajadores las que deben cumplir con dicha cuota (art. 42).

Esta medida está vigente en España desde el año 1982, pero debido a que “históricamente ha sido inobservada de forma generalizada”,⁸² se han establecido excepciones a la regla, la primera de ellas en el año 1998, que permitió a las empresas adoptar “medidas alternativas al cumplimiento de la cuota a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva o por voluntad del empresario notificada a la autoridad laboral”⁸³ y la segunda en el año 2000, estableció formas alternativas de cumplir con la cuota de reserva en el Real Decreto 27/2000, para responder al problema del incumplimiento fundado en “la imposibilidad de poder contratar a personas con discapacidad cualificadas para los puestos de trabajo ofertados”.⁸⁴

Actualmente, estas excepciones se encuentran reguladas en el Real Decreto 364/2005 por el que excepcionalmente las empresas obligadas a cumplir con la cuota de reserva podrán quedar exentas de esta obligación por medio de acuerdos alcanzados en la negociación colectiva o por opción voluntaria del empresario en los casos excepcionales que se regulan. En ambos casos deberán aplicarse medidas alternativas.

⁸² LALOMA, M. 2007. Empleo protegido en España: análisis de la normativa legal y logros alcanzados. Ediciones Cinca. p. 29.

⁸³ *Ibid.* p. 30.

⁸⁴ *Ibid.* p. 30.

Los supuestos de excepcionalidad que permiten al empresario aplicar las medidas alternativas se refieren a la imposibilidad de los servicios de empleo o de las agencias de colocación para dar respuesta a la oferta laboral de la empresa, por la inexistencia o desinterés de los demandantes de empleo; o cuando existan cuestiones de carácter productivo, técnico, organizativo o económico que imposibiliten la incorporación de un trabajador con discapacidad a la empresa. Esta situación debe ser acreditada por el empleador ante los servicios públicos de empleo. En ambos casos la declaración de excepcionalidad tiene una duración de tres años, transcurridos los cuales se debe realizar una nueva solicitud.

Las medidas alternativas que se establecen son las siguientes:

- La contratación de un centro especial de empleo o de un trabajador independiente con discapacidad que le suministre bienes necesarios a la empresa.

- La contratación de un centro especial de empleo o de un trabajador independiente con discapacidad que preste servicios a la empresa, siempre que estos sean ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa.

- Donaciones en dinero para fomentar la inclusión laboral de las personas con discapacidad. Estas deben beneficiar a fundaciones o asociaciones que tengan como objeto social la formación, inserción laboral o la creación de empleo para personas con discapacidad.
- La constitución de un enclave laboral, mediante la suscripción de un contrato con un centro especial de empleo.

Las medidas alternativas también están sujetas a condiciones económicas, de modo tal que no sea menos oneroso cumplir con éstas que con la cuota de reserva. Respecto a los contratos celebrados con el objeto de cumplir alternativamente la cuota de reserva, su importe anual debe ser al menos 3 veces el indicador público de renta de efectos múltiples anual (IPREM) por cada trabajador con discapacidad que se haya dejado de contratar. En el caso de las donaciones, estas deben equivaler al menos a 1,5 veces el IPREM anual por cada persona con discapacidad no contratada.

Respecto al sector público, el Estatuto Básico del Empleado Público establece en su artículo 59 que en las ofertas de empleo público se debe reservar al menos un 7% para personas con discapacidad, dentro del cual un 2% debe reservarse para personas con discapacidad intelectual. Las personas deben superar los procesos selectivos, acreditando su discapacidad y la

compatibilidad con el desempeño del cargo al que postula. El objetivo de esta disposición es alcanzar en la Administración Pública el 2% efectivo de personas con discapacidad.

Teniendo presente que la cuota de reserva es una medida que no basta por sí sola para favorecer la inclusión de las personas con discapacidad, sobre todo para aquellas con discapacidades más severas, la legislación española contempla el sistema del empleo con apoyo. Este es un método que busca facilitar la inclusión laboral en el mercado ordinario de trabajo de aquellas personas que presentan mayores dificultades de inserción. Para lograr este objetivo una persona o institución funciona como intermediario entre la empresa contratante y la persona con discapacidad, de modo de facilitar y permitir que la inclusión en el puesto de trabajo se logre de la mejor forma.

La ley define a los servicios de empleo con apoyo como “el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades de inclusión laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores”⁸⁵ (art. 41).

⁸⁵ ESPAÑA. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. 2013. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. p. 19.

El Real Decreto 870/2007 regula el empleo con apoyo, estableciendo quienes son los destinatarios de este servicio, las acciones mínimas que debe tener un proyecto de empleo, su duración, las instituciones y profesionales que pueden desempeñar esta tarea y las subvenciones proporcionadas para la realización de esta labor.

Los destinatarios del programa de empleo con apoyo son las personas con discapacidad que presentan mayores dificultades para lograr un empleo, la regulación española establece que estas son aquellas personas con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual con un grado igual o superior al 33% de discapacidad y las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad igual o superior al 65%.

Las acciones mínimas que debe contener un programa de empleo con apoyo son: orientación, asesoramiento y acompañamiento, elaborando un plan de adaptación al puesto de trabajo personalizado; intermediar entre el trabajador, el empleador y los compañeros de trabajo; apoyo al trabajador en el desarrollo de habilidades sociales y comunitarias, para desarrollarse de la mejor forma posible con su entorno; adiestramiento en tareas propias de su puesto de trabajo; seguimiento y evaluación del proceso de inserción en el trabajo y

asesorar e informar a la empresa sobre las necesidades y procesos de adaptación del puesto de trabajo.

La duración de los proyectos de empleo con apoyo pueden variar desde los seis meses hasta un año, prorrogable por un año adicional y en el caso de las personas con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual superiores al 33%, el plazo máximo de dos años puede ampliarse hasta por seis meses más.

Las instituciones que pueden realizar proyectos de empleo con apoyo son las asociaciones y fundaciones sin ánimo de lucro que tengan por objeto social la inserción laboral de personas con discapacidad, los centros especiales de empleo y las empresas que contraten a personas con discapacidad. Se regulan además algunas condiciones que deben cumplir estas entidades para desarrollar los programas.

Las acciones concretas de los programas de empleo con apoyo deben ser realizadas por preparadores laborales contratados por las instituciones anteriormente señaladas. El tiempo mínimo que cada preparador laboral debe dedicar a la atención de los trabajadores con discapacidad se encuentra regulada de acuerdo al tipo y grado de discapacidad, en ningún caso podrá atender de forma simultánea a más de 8 trabajadores.

La subvención que aporta el estado también está determinada por el tipo de discapacidad de los trabajadores destinatarios de las acciones de empleo con apoyo, varía entre los 2.500 euros y los 6.600 euros anuales por cada trabajador.

La ley española también busca incentivar la inclusión al mundo del trabajo de las personas con discapacidad por medio del empleo protegido. Este tipo de empleo corresponde a espacios laborales principalmente compuestos por personas con discapacidad, que tiene como objetivo promover su inclusión laboral. Se reconocen dos formas de empleo protegido, los centros especiales de empleo y los enclaves laborales a los cuales nos referiremos a continuación.

Los centros especiales de empleo son “aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar el empleo remunerado de las personas con discapacidad”⁸⁶.

Estos centros pueden ser de carácter público o privado y deben estar constituidos por la mayor cantidad de trabajadores con discapacidad posible, cifra que nunca podrá ser inferior al 70% de la plantilla.

⁸⁶ *Ibíd.* p. 19.

Los centros especiales de empleo deben prestar a los trabajadores con discapacidad los servicios necesarios para superar las barreras o dificultades que experimenten en el proceso de incorporación, permanencia y progresión en el trabajo.

Este tipo de centros son empresas, por lo tanto deben cumplir con la regulación sectorial de acuerdo al ámbito en el que se desempeñen. Además la ley contempla que la relación laboral de los trabajadores con el centro es de carácter especial, rigiéndose por una normativa específica.

Si bien los centros especiales de empleo son empresas que deben ser económicamente viables, atendido a sus características especiales y por la función social que cumplen, la ley faculta a la administración pública para establecer compensaciones económicas en su beneficio (art. 44). Para optar a estas compensaciones los centros deben reunir las siguientes condiciones: no tener fin de lucro, ser considerados de utilidad pública e imprescindibles.

La normativa española también reconoce los enclaves laborales como mecanismo de empleo protegido vinculado a los centros especiales de empleo. Se definen como “el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo (...) y un centro especial de empleo para la realización de obras o

servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquella y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora.”⁸⁷

De acuerdo al artículo 46 de la ley, esta modalidad de trabajo busca facilitar la transición de las personas con discapacidad desde el empleo protegido al mercado ordinario de trabajo.

Los requisitos que se establecen a los centros especiales de empleo para realizar un enclave son: que se encuentren calificados e inscritos como tales desde al menos seis meses antes de celebrar el contrato, desarrollando actividad continuada durante dicho plazo y mantener una actividad propia, con independencia de los enclaves que mantenga.

Los trabajadores destinados al enclave laboral son seleccionados por el centro especial de empleo, sin embargo, al menos el 60% de ellos debe presentar dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo.⁸⁸

⁸⁷ ESPAÑA. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2004. Real Decreto 290/2004. Art. 1.

⁸⁸ El Real decreto 290/2004 en su artículo 6 establece que presentan especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo: las personas con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual superiores al 33%; personas con discapacidad física o sensorial superior al 65%; mujeres con discapacidad no incluidas en los casos anteriores con grado de discapacidad superior al 33%.

Atendido a que los enclaves laborales buscan facilitar el tránsito desde el empleo protegido al mercado ordinario de trabajo el Real Decreto 290/2004 establece en los artículos 12 y 13 incentivos a las empresas para que contraten a los trabajadores del enclave.

La legislación española también contempla los siguientes incentivos económicos, con el objeto de favorecer la contratación de personas con discapacidad, a saber:

a) Bonificaciones a la cuota de seguridad social: de acuerdo a la ley 43/2006, los empleadores que contraten a personas con discapacidad de manera indefinida recibirán una bonificación anual de la cuota empresarial a la seguridad social de 4.500 euros durante toda la vigencia del contrato. Si las personas contratadas tienen discapacidad intelectual, enfermedad mental, parálisis cerebral superiores al 33% o si presentan discapacidad física o sensorial superior al 65% la bonificación será de 5.100 euros.

Para las personas con discapacidad contratadas indefinidamente, mayores de 45 años, la bonificación anual se incrementará en 1.200 euros y en el caso de ser una mujer aumentará en 850 euros. Estos incrementos no son compatibles entre sí.

La contratación de personas con discapacidad mediante contratos temporales de fomento del empleo también reciben una bonificación de 3.500 euros al año, la que se aumentará a 4.100 euros si tiene discapacidad intelectual, enfermedad mental o parálisis cerebral superiores al 33% o si presentan discapacidad física o sensorial superior al 65% y si es mayor de 45 años o mujer, la bonificación se incrementa en 600 euros, estos incrementos son compatibles entre si.

Si se trata de contratación en un centro especial de empleo sea indefinida o temporal, se bonificará la cuota empresarial a la seguridad social en un 100%.

b) Beneficios tributarios: la ley 27/2014 del impuesto sobre sociedades establece una deducción para aquellas empresas que creen empleo en beneficio de trabajadores con discapacidad (art. 38).

Las empresas que aumenten su plantilla de trabajadores con discapacidad en comparación con el período anterior podrán deducir 9.000 euros por cada persona con discapacidad adicional contratada y en el caso que tenga un grado de discapacidad igual o superior al 65%, la deducción será de 12.000 euros.

c) Subvenciones: el Real Decreto 1451/1983 que regula las medidas de fomento al empleo de los trabajadores minusválidos establece una subvención

de 3.907 euros por cada contrato que las empresas celebren con una persona con discapacidad por tiempo indefinido y a jornada completa. Si el contrato celebrado es a tiempo parcial la subvención se reduce proporcionalmente de acuerdo a la jornada pactada (art. 7).

Las empresas podrán solicitar una subvención de hasta 900 euros al Servicio Público de Empleo Estatal para adaptar el puesto de trabajo, adquirir equipos de protección para evitar accidentes laborales que pueda sufrir el trabajador con discapacidad o eliminar barreras u obstáculos que dificulten su trabajo (art. 12).

d) Preferencia en contratos públicos: se contempla la preferencia en la adjudicación de los contratos a aquellas empresas que cuenten con un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al 2% siempre que su propuesta iguale a la más ventajosa desde el punto de vista de los criterios base para la adjudicación. En caso que varias empresas licitadoras acrediten tener más del 2% de trabajadores con discapacidad y se produzca un empate en la proposición más ventajosa, se preferirá a aquella que tenga un mayor porcentaje de personas con discapacidad contratadas.

La ley general de derechos de las personas con discapacidad se refiere de manera muy breve al empleo autónomo señalando que los poderes públicos

dentro del ámbito de sus competencias deben fomentar el trabajo autónomo de las personas con discapacidad (art. 47).

En España se reconoce un sistema de subvenciones para incentivar el trabajo independiente⁸⁹ de los colectivos más vulnerables y en el caso de las personas con discapacidad, existen las siguientes:

- Subvención por el establecimiento como trabajador autónomo: el monto proporcionado es de 8.000 euros y de 10.000 en el caso de las mujeres. El otorgamiento de esta ayuda está condicionado a la realización de una inversión no inferior a los 5.000 euros en material inmovilizado necesario para el desarrollo de la actividad.
- Subvención financiera: tiene por objeto reducir los intereses de los préstamos destinados a financiar la puesta en marcha del negocio. El límite de esta subvención es de 8.000 euros y de 10.000 en el caso de las mujeres. Un 75% del préstamo deberá ser utilizado para financiar inversiones en material inmovilizado, dicha inversión debe ser al menos por 5.000 euros.

⁸⁹ Ver: Orden TAS/1622/2007

- Subvención para asistencia técnica: permite financiar la contratación de servicios externos necesarios para mejorar el desarrollo de la actividad empresarial. Se financia el 75% de los servicios con un máximo de 2.000 euros.
- Subvención para formación: tiene por objeto financiar parcialmente cursos de dirección, gestión empresarial y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. Esta subvención financia el 75% del costo del curso recibido con un monto máximo de 3.000 euros.

Las sanciones por el incumplimiento se regulan en los artículos 78 y siguientes y se clasifican de acuerdo a su gravedad como leves, graves o muy graves, las multas que pueden variar desde 301 euros hasta 1.000.000 de euros. Además se establecen sanciones accesorias tales como la prohibición de solicitar ayudas oficiales de forma temporal o total.

3.2 Ecuador

Ecuador es uno de los países con mayor empleabilidad en lo que respecta a trabajadores con discapacidad en Latinoamérica, la “tasa de empleo (...) se puede estimar en un 44,6%.”⁹⁰

⁹⁰ ORGANIZACIÓN IBEROAMERICANA DE SEGURIDAD SOCIAL. Óp. Cit. p. 188.

3.2.1 Constitución y tratados internacionales

La Constitución de Ecuador del año 2008 consagra un extenso catálogo de derechos, dentro del cual destacamos los relativos a las personas con discapacidad.

Se establece que las personas con discapacidad, junto con otros colectivos de personas vulnerables, recibirán atención prioritaria y especializada tanto en el ámbito público como en el privado (art. 35).

El Estado debe garantizar políticas de prevención de las discapacidades; además, debe velar por la igualdad de oportunidades y por la integración social de las personas con discapacidad, entre los derechos específicos destacan: la atención especializada en los servicios de salud, la rehabilitación y asistencia, rebajas en servicios de transporte, vivienda adecuada, educación en igualdad de condiciones, acceso a mecanismos alternativos de comunicación y el acceso adecuado a bienes y servicios (art. 47).

En materia laboral se reconoce el derecho de las personas con discapacidad al “trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades, que fomente sus

capacidades y potencialidades, a través de políticas que permitan su incorporación en entidades públicas y privadas.”⁹¹

El Estado adoptará medidas en beneficio de las personas con discapacidad que aseguren la inclusión social, la posibilidad de emprender y mantener actividades productivas, la participación política y el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Se dispone también que la ley sancionará el abandono de las personas con discapacidad así como cualquier forma de abuso y discriminación (art. 48).

Las personas y familias que cuidan a personas con discapacidad que requieran atención permanente señalando que estas serán cubiertas por la seguridad social y que recibirán capacitación periódica para mejorar la calidad de la atención (art. 49).

Ecuador ha suscrito diversos tratados internacionales, entre ellos: la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y el Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo.

⁹¹ ECUADOR. Constitución de la República del Ecuador. 2008. Art. 47 N°5

3.2.2 Ley orgánica de discapacidades

Los derechos de la personas con discapacidad se regulan en la Ley Orgánica de Discapacidades del año 2012, la que pretende “asegurar la prevención, detección oportuna, habilitación y rehabilitación de la discapacidad y garantizar la plena vigencia, difusión y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”⁹² y sus principios rectores son:

- No discriminación: establece que ninguna persona con discapacidad, ni su familia, puede ser discriminada.
- In dubio pro hominem: en caso de duda respecto a la interpretación de la ley, se aplicará la más favorable para la protección de las personas con discapacidad.
- Responsabilidad social colectiva: es deber de todas las personas el respeto de los derechos de las personas con discapacidad y sus familias.
- Celeridad y eficacia: este principio dice relación con la preferencia en la atención en los servicios públicos y privados, esta debe ser expedita y eficaz.

⁹² ECUADOR. 2012. Ley orgánica de discapacidades. Artículo 1.

- Participación e inclusión: en la toma de decisiones, planificación y gestión de asuntos públicos se procurará la participación de las personas con discapacidad.
- Accesibilidad: busca garantizar el acceso de las personas con discapacidad el entorno físico, al transporte, a las comunicaciones y a los servicios e instalaciones abiertos al público.
- Protección de niños, niñas y adolescentes con discapacidad.

La ley considera como persona con discapacidad “a toda aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de las causas que la hubiera originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, en la proporción que establezca el Reglamento”⁹³, que indica que el grado de discapacidad debe ser del 40%.

Un aspecto interesante de la legislación ecuatoriana es el modo en que involucra al entorno de las personas con discapacidad al extender sus derechos a quienes los tengan a su cuidado (parientes hasta el cuarto grado de

⁹³ *Ibíd.* Art.6.

consanguinidad y segundo de afinidad, cónyuge, pareja en unión de hecho o representante legal) (art. 16).

Se reconocen las medidas de acción afirmativa que el Estado adoptará cuando sean necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad que se encuentren en una situación de desigualdad (art. 17), también se consagra el derecho al trabajo, de las personas con discapacidad señalando que “tienen derecho a acceder a un trabajo remunerado en condiciones de igualdad y a no ser discriminadas en las prácticas relativas al empleo”⁹⁴.

Se establecen medidas en contra de la discriminación en el empleo, los empleadores públicos y privados están obligados a modificar sus mecanismos y requisitos de selección para facilitar la inclusión de las personas con discapacidad. En materia de capacitación también se exige la inclusión de personas con discapacidad en las instituciones que realicen esta tarea (art. 50).

Las instituciones públicas realizarán capacitaciones gratuitas para que los funcionarios tengan una adecuada preparación y orientación al tratar con las personas con discapacidad, sean estos compañeros, colaboradores o usuarios del servicio público.

⁹⁴ *Ibíd.* Art. 45.

Con el objeto de favorecer la inclusión laboral también se establecen un conjunto de medidas tales como: la cuota de reserva, beneficios tributarios, mecanismos de empleo protegido, garantías de estabilidad laboral, permisos para rehabilitación, permiso especial de maternidad y acceso a créditos preferentes.

a) Cuota de reserva: tanto los empleadores públicos como los privados que cuenten con al menos 25 trabajadores contratados, están obligados a tener como mínimo un 4% de personas con discapacidad en labores permanentes. El trabajo asignado a las personas con discapacidad debe ser apropiado a sus capacidades, potencialidades y talentos (art. 45).

Los empleadores deben garantizar la integridad de los trabajadores con discapacidad, proporcionando los implementos técnicos necesarios y adecuando el área de trabajo para el correcto desempeño de las funciones.

En el caso de las Fuerzas Armadas, de la policía, bomberos y empresas de seguridad privadas, para el cálculo de la cuota se considerará de forma exclusiva al personal administrativo, debido al riesgo que implican las labores operativas para la integridad física de las personas con discapacidad.

La ley permite que los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, el cónyuge, la pareja en unión de hecho, el representante legal y en general las personas que tengan a su cuidado a una persona con discapacidad severa, puedan formar parte del cumplimiento de la cuota de reserva como sustitutos.

Este beneficio de sustitución sólo podrá trasladarse a una persona por cada persona con discapacidad. Los empleadores no podrán contar con más del 50% de sustitutos para el cumplimiento de la cuota de reserva.

El artículo 10 del reglamento establece que si el sustituto no cumple con el adecuado cuidado y mantención económica de la persona con discapacidad, perderá todos los beneficios a los que tenga derecho.

Para efectos del cumplimiento de esta cuota, de acuerdo al artículo 8 del reglamento, las personas deben tener un grado de discapacidad igual o superior al 30% y no al 40% como lo exige la definición de discapacidad del artículo 1 del mismo reglamento.

b) Beneficios tributarios: La regulación ecuatoriana permite a aquellos empleadores que cuenten con trabajadores con discapacidad, sustitutos o trabajadores que tengan a su cargo personas con discapacidad beneficiarse

con la deducción del 150% adicional para el cálculo de la base imponible del impuesto a la renta respecto de las remuneraciones y beneficios sociales pagados a estos trabajadores (art. 49). Además la ley faculta a la autoridad a establecer beneficios tributarios que incentiven la creación de centros de empleo protegido.

c) Empleo protegido: existen espacios de empleo protegido que son reconocidos por el legislador, se faculta en la ley tanto al sector público como al privado a constituir centros especiales de empleo integrados por al menos un 80% de trabajadores con discapacidad. Estos centros deberán garantizar condiciones adecuadas de trabajo.

d) Garantías de estabilidad laboral: las personas con discapacidad gozarán de estabilidad especial en el trabajo, garantizándoles que en caso de su despido injustificado, o el de alguien que tenga a su cargo a una persona con discapacidad, se debe pagar, además de la indemnización establecida, una indemnización equivalente a 18 meses de la mejor remuneración. También se garantiza que las personas que adquieran una discapacidad durante su vida laboral, tienen derecho a su rehabilitación, readaptación, capacitación, reubicación o reinserción. Por último se establece que en caso de supresión de puestos de trabajo no se considerará a las personas con discapacidad ni a quienes tengan una a su cuidado.

e) Permisos para rehabilitación: se establece el derecho de las personas con discapacidad a gozar de permiso para tratamiento y rehabilitación, de acuerdo a una prescripción médica, así como de permisos emergentes inherentes a la condición de discapacidad (art. 52).

f) Permiso especial de maternidad: se contempla la extensión del permiso de maternidad en tres meses en caso de nacimiento de hijos con discapacidad. También se permite a los trabajadores contratados a jornadas diarias de ocho horas y que tengan a su responsabilidad personas con discapacidad severa, para que dediquen dos horas diarias a su cuidado.

g) Crédito preferente: como una medida de fomento al trabajo independiente, la ley establece que las entidades públicas crediticias mantendrá una línea de crédito preferente para los emprendimientos de las personas con discapacidad, sean estos personales, familiares o asociativos (art. 55). El Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social proporcionará créditos quirografarios reduciendo en un 50% el tiempo de los aportes requeridos para acceder a ellos, junto con ello no se exigirá que los aportes sean continuos.

En cuanto al régimen de sanciones que establece la ley orgánica de discapacidades en caso de incumplimiento de sus disposiciones, se contemplan

multas y/o la suspensión de actividades de la empresa, las cuales se clasifican según su gravedad. Las multas varían desde 1 a 15 remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado⁹⁵ y la suspensión de actividades varía de uno a 30 días, existiendo un procedimiento administrativo para tal efecto, lo recaudado es destinado al presupuesto general del Estado.

3.3 Perú

Al igual que Ecuador, Perú es uno de los países de la región con mayores tasas de empleo de personas con discapacidad. De acuerdo a los datos proporcionados por la primera encuesta nacional especializada sobre discapacidad, realizada en el año 2012, existe “una tasa de empleo del 42,7%. La tasa de desempleo entre la población con discapacidad es del 12,1%.”⁹⁶

3.3.1 Constitución y tratados internacionales

La Constitución peruana del año 1993 consagra en su artículo segundo la igualdad ante la ley y prohíbe la discriminación por motivo de raza, sexo idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

⁹⁵ La remuneración básica para el año 2017 equivale a USD 375, aproximadamente 250.000 pesos chilenos.

⁹⁶ ORGANIZACIÓN IBEROAMERICANA DE SEGURIDAD SOCIAL. Óp. Cit. p. 329.

Las personas con discapacidad que no pueden velar por sí mismas “tienen derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.”⁹⁷

La Constitución reconoce el derecho a trabajar libremente (art. 2.5) y considera que el trabajo es un deber y un medio de realización de la persona (art. 22) el cual debe ser atendido por el Estado de forma prioritaria, protegiendo especialmente a los grupos más vulnerables, entre ellos, a las personas con discapacidad (art. 23).

Perú, además, ha suscrito la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y el Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo.

3.3.2 Ley general de la persona con discapacidad

Es la principal norma que existe en Perú sobre discapacidad, fue dictada en el año 2012 con el objeto de “establecer el marco legal para la promoción, protección y realización, en condiciones de igualdad, de los derechos de la

⁹⁷ PERÚ. 1993. Constitución Política del Perú. Art. 7.

persona con discapacidad, promoviendo su desarrollo e inclusión plena y efectiva en la vida política, económica, social, cultural y tecnológica.”⁹⁸

La ley define a la persona con discapacidad como aquella que “tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás.”⁹⁹

Este cuerpo legal refuerza, en el artículo tercero, la igualdad de las personas con discapacidad, explicitando que ellas tienen los mismos derechos que el resto de las personas. Esta declaración puede parecer obvia, sin embargo la historia de exclusión que han sufrido las personas con discapacidad refuerza la necesidad de explicitar ciertos principios básicos.

La ley reconoce además algunos principios para guiar la actuación del Estado en las políticas públicas que involucran a las personas con discapacidad, tales como: el respeto a la dignidad, autonomía e independencia de las personas con discapacidad; la no discriminación; participación e inclusión social; respeto por la diferencia, discapacidad como parte de la condición humana; igualdad de

⁹⁸ PERÚ. 2012. Ley N° 29973. Ley general de la persona con discapacidad. Art. 1.

⁹⁹ *Ibíd.* art. 2.

oportunidades e igualdad entre hombres y mujeres con discapacidad; accesibilidad; respeto a la evolución de las facultades de los niños con discapacidad y la interculturalidad.

La ley dispone que la administración, en sus distintos sectores y niveles, debe incluir la perspectiva de discapacidad en los programas que impulsen, y establece que el Estado asignará progresivamente los recursos presupuestarios necesarios para la promoción, protección y realización de los derechos de la personas con discapacidad (art. 6.1).

Se consagra el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, el cual debe desarrollarse en igualdad de condiciones a las del resto de la población (art. 45), permitiendo a las personas elegir libremente su trabajo, que debe remunerarse de manera justa y proporcionarse las mismas oportunidades al interior de la empresa que al resto de los trabajadores.

Los servicios de empleo dependientes del Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo deben garantizar a las personas con discapacidad la orientación técnica y vocacional, además de informar sobre las oportunidades de formación laboral y de empleo.

Se establece una reserva del 10% del presupuesto de los programas de fomento al empleo temporal, para dedicarlo exclusivamente a fomentar el empleo de las personas con discapacidad (art. 46.3).

Se regula el derecho que tienen las personas con discapacidad a que se realicen ajustes razonables en el lugar de trabajo, entendiendo por estos tanto la adaptación de las herramientas de trabajo y el entorno físico como la introducción de modificaciones en la organización del trabajo y en los horarios. Los empleadores deben realizar estos ajustes salvo cuando demuestren que estos suponen una carga económica excesiva (art. 50).

El sistema peruano establece una cuota de reserva tanto en las entidades públicas como en las privadas; en el caso del sector público se debe contar con al menos un 5% de personas con discapacidad; en el ámbito privado la cuota es del 3% para aquellas empresas que cuenten con más de 50 trabajadores.

Las multas derivadas del incumplimiento de la cuota del sector público se destinarán a financiar programas de formación laboral, de colocación y empleo para personas con discapacidad. La vacante producida por el término del contrato de trabajo de una persona con discapacidad, debe ser cubierta por otra persona con discapacidad previo concurso (art. 49).

La regulación de la cuota de reserva en Perú, a diferencia de otros países, no cuenta con un mecanismo alternativo de cumplimiento.

La ley establece dos beneficios tributarios para la contratación de personas con discapacidad, el primero de ellos consiste en la posibilidad de deducir del pago del impuesto a la renta las remuneraciones pagadas a los trabajadores con discapacidad. Este beneficio aplica a empleadores públicos y privados generadores de rentas de tercera categoría (art. 47.2). El segundo, se vincula al deber que tienen los empleadores de realizar los ajustes razonables necesarios para que las personas con discapacidad puedan desempeñar adecuadamente sus funciones. El beneficio otorgado por la ley es la posibilidad de deducir del impuesto a la renta los gastos en los que se incurra por la realización de ajustes razonables (art. 50).

Las personas con discapacidad que postulen a un cargo público mediante concursos tendrá una bonificación del 15% en su puntuación final, siempre que cumpla con los requisitos del cargo y alcance un puntaje aprobatorio. El incumplimiento de esta disposición podrá significar la nulidad del proceso (art. 48). Las entidades públicas deben ajustar los procedimientos de selección y evaluación para garantizar que las personas con discapacidad participen en igualdad de condiciones.

Una figura interesante que introduce la legislación peruana es la empresa promocional de personas con discapacidad, se las define como “aquella constituida como persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial, que cuenta por lo menos con un 30% de personal con discapacidad. El 80% de este personal desarrolla actividades directamente vinculadas con el objeto social de la empresa.”¹⁰⁰ Estas empresas gozarán de algunos beneficios, entre ellos:

- Preferencia en contratos públicos de bienes o servicios: la ley establece que en caso de empate entre dos o más propuestas, la empresa promocional será preferida, de no cumplirse esta disposición el proceso podrá ser anulado.
- Asistencia financiera: el Estado promoverá el acceso de las empresas al financiamiento por medio de la asistencia financiera.
- Recursos públicos: al menos el 5% de los recursos entregados por el Estado a las pequeñas y medianas empresas será destinado a las empresas promocionales de personas con discapacidad.

¹⁰⁰ *Ibíd.* Art. 54.

El capítulo XIII de la ley establece las sanciones a las que serán sometidos los infractores, estas son: la amonestación, la suspensión temporal, la destitución del cargo y multas. De acuerdo a la gravedad de la infracción la multa podrá variar desde 1 unidad impositiva tributaria (UIT) hasta 20.¹⁰¹

Las experiencias de España, Ecuador y Perú nos permite afirmar que la inclusión de las personas con discapacidad en el mundo del trabajo es una tarea que requiere de un sistema que contemple un conjunto de mecanismos articulados que permitan construir un sistema que promueva la inclusión.

Cada país aborda esta tarea con elementos distintivos, demostrando que no hay un solo camino para favorecer la inclusión laboral. Entendemos que un adecuado sistema de inclusión debe abordar las distintas realidades, generando espacios para las personas con discapacidad y especialmente para aquellas que presentan mayores dificultades en su inserción laboral. Es indispensable también contemplar un régimen sancionatorio frente a las infracciones de las normas que busquen promover la inclusión laboral de las personas con discapacidad.

¹⁰¹ El valor de la UIT para el año 2017 corresponde a 4.050 soles, lo que equivale a 823.256 pesos chilenos aproximadamente.

CAPÍTULO IV: CAMINAR HACIA UNA LEGISLACIÓN INCLUSIVA

Nuestro país, para cumplir con los compromisos internacionales adquiridos en materia de inclusión laboral, necesita reformas legales que permitan garantizar el derecho a trabajar de las personas con discapacidad.

Este último capítulo desarrolla nuestras propuestas para promover una mayor inclusión en el mercado laboral, se plantean caminos para que nuestra legislación establezca igualdad de oportunidades para todos. Nos interesa contribuir en la creación de un sistema que sea útil para todas las personas con discapacidad y especialmente para aquellas con mayores dificultades para ingresar al mundo del trabajo, como es el caso de las personas con discapacidad intelectual. También queremos abordar los aspectos que un sistema de inclusión laboral debe contemplar, siendo capaz de responder a sus necesidades por medio de un conjunto de medidas articuladas entre sí y que promuevan efectivamente la inclusión, funcionando como un sistema, no como un conjunto de medidas independientes.

4.1 Reconocimiento constitucional

La Constitución chilena, no incorpora el modelo social de la discapacidad, esto obedece a que a la fecha de su redacción la visión predominante era la del modelo rehabilitador. En el texto constitucional no se hace ninguna referencia a la realidad de la discapacidad.

La Constitución aborda el derecho del trabajo y la discriminación en el ámbito laboral, prohibiendo la discriminación por cualquier criterio que no se base en la “capacidad o idoneidad personal”¹⁰². Entendemos que esta norma no permite discriminar a personas con discapacidad, sino que permite al empleador elegir a sus trabajadores en función de las competencias que tienen para cumplir con las funciones requeridas.

La Constitución no establece un catálogo de conductas discriminatorias, coincidimos con la opinión de SEVERIN quien afirma que “si bien el texto constitucional posibilita que la ley o la jurisprudencia puedan, a través del tiempo, ir identificando motivos en virtud de los cuales no sería legítimo distinguir, está concebido en una lógica formal de la discriminación y no se hace

¹⁰² Artículo 19 N° 16 inciso 2: “Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

cargo de la dimensión material, al no identificar aquellos criterios más odiosos y persistentes que la sociedad aspira a erradicar.”¹⁰³

La Constitución debe garantizar a todos los habitantes del país el respeto de sus derechos y en especial aquellas con mayor exigencia de protección como es el caso de las personas con discapacidad.

Nuestra constitución no hace ningún reconocimiento explícito de los derechos de las personas con discapacidad, a diferencia de las constituciones de otros países.

Las constituciones tienen un rol fundamental como hoja de ruta de una sociedad, planteando aquellos valores que se aspira a alcanzar. Consagrar el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad en la Constitución implica explicitar una deuda de la sociedad con aquellas personas discriminadas, por ello sostenemos que es necesario establecer el deber de velar por la igualdad de todas las personas y particularmente por aquellas que han sido históricamente excluidas.

¹⁰³ SEVERIN, J.P. 2012. Discriminación en el ámbito laboral y su tutela jurisdiccional. Revista de Derechos Fundamentales Nº7. Universidad de Viña del Mar. p. 71.

4.2 Cuota de reserva

Uno de los mecanismos más utilizados en la legislación comparada para fomentar la inclusión laboral son las cuotas de puestos de trabajo reservados para personas con discapacidad en las empresas y en la administración pública.

Las cuotas de reserva son una respuesta al problema de la inclusión muy utilizadas en legislaciones comparadas. “Este mecanismo surgió en Europa tras la Primera Guerra Mundial y, al principio, los únicos beneficiarios eran los veteranos de guerra que habían quedado mutilados en acto de servicio. (...) Tras la Segunda Guerra Mundial, los sistemas de cuotas se ampliaron para abarcar a los civiles discapacitados y se adoptaron en muchos países de todo el mundo.”¹⁰⁴

En la actualidad, algunos países que establecen cuotas de reserva en su legislación son: Alemania, Italia, Francia, Bélgica, Portugal, España, Argentina, Brasil, Costa Rica, Perú, República Dominicana, Venezuela, Ecuador y Paraguay. El mecanismo opera de distinta forma en cada país, variando el porcentaje de la cuota establecida o los destinatarios de dicha obligación, en función de la realidad nacional.

¹⁰⁴ OIT. 2007. Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo para las personas con discapacidades a través de la legislación. Directrices. Ginebra. p. 35.

La incorporación de una cuota de reserva en la legislación nacional es una medida que favorecerá la inclusión social generando más alternativas laborales para las personas con discapacidad y, sobre todo, contribuyendo a poner en el centro de la discusión pública el invisibilizado problema de la inclusión social de las personas con discapacidad.

Las cuotas de reserva presentan debilidades que no podemos desconocer, por ejemplo, como la incerteza del grado de cumplimiento de la norma y por lo tanto hay escasas proyecciones de los puestos de trabajo que efectivamente se pueden generar; sin embargo, sigue siendo una herramienta valiosa. La Organización Iberoamericana de Seguridad Social ha constatado que “a pesar de que muchas veces no se cumplen las cuotas establecidas, la mera existencia del sistema de cuotas se ha revelado como una herramienta de fomento del empleo”¹⁰⁵. Por otra parte, se debe considerar que en términos generales, las cuotas de reserva presentan un mejor nivel de cumplimiento que la legislación antidiscriminación.¹⁰⁶

La cuota de reserva en nuestro país debe definirse en torno al 4% tanto para el ámbito privado como público. “Excluir totalmente de este mecanismo a alguno

¹⁰⁵ ORGANIZACIÓN IBEROAMERICANA DE SEGURIDAD SOCIAL. Óp. Cit. p. 29.

¹⁰⁶ Ver: OECD. 2010. *Sickness, disability and work*. Paris. OECD Publishing. p.135.

de los dos sectores reduciría considerablemente su alcance, así como el número de puestos de trabajo reservados para personas con discapacidad.”¹⁰⁷

Es necesario también que el sistema establezca sanciones adecuadas en caso de incumplimiento por parte de las empresas e instituciones públicas. Los países normalmente fijan multas las que deben reforzar el cumplimiento de la norma, siendo suficientemente altas para evitar que sean una alternativa a su cumplimiento. Si la multa es muy baja las empresas optarían por el pago de estas antes que por contratar personas con discapacidad.

Las cuotas de reserva pueden no incentivar la contratación de personas con discapacidades más severas, los empleadores buscan a trabajadores con discapacidad leve para completar la cuota exigida, por lo tanto resulta poco eficiente como mecanismo de inclusión para estos casos.

Lo anterior es contrario al sistema que propiciamos, esto es, incentivar la inclusión de todas las personas con discapacidad. Para que la cuota de reserva cumpla con este objetivo se debe ajustar a esta realidad con mecanismos que corrijan el riesgo señalado. De acuerdo a la OIT, “el sistema de cuotas puede utilizarse para conceder incentivos adicionales a los empleadores con el fin se que contraten a esos trabajadores. Por ejemplo, puede establecerse que dar

¹⁰⁷ OIT. Óp. Cit. p. 50.

empleo a una persona con dificultades particulares equivaldrá a varios puestos dentro de la cuota.”¹⁰⁸

La propuesta de la Organización Internacional del Trabajo es un camino interesante para buscar la inclusión de quienes presentan mayores dificultades para conseguir un empleo. Considerar a las personas con discapacidades severas de modo diferente en el cómputo de la cuota podría hacer que los empleadores se interesen más por incluir a estas personas, generando un incentivo adicional que perfeccione el mecanismo de inclusión.

La realidad chilena evidencia que el desafío de la inclusión se presenta con mayor fuerza en las personas con discapacidad severa, de acuerdo al II Estudio Nacional de la Discapacidad, la tasa de ocupación de estas personas es aproximadamente 30 puntos menor que la de las personas con discapacidad leve y moderada¹⁰⁹, por lo tanto la propuesta de la OIT es una alternativa pertinente para establecer una mejor legislación.

La particularidad de la medida que proponemos como incentivo, es que no corresponde a una imposición para el empleador, solamente establece una posibilidad de cumplir con la exigencia legal de la cuota de reserva mediante la

¹⁰⁸ *Ibíd.* p. 45.

¹⁰⁹ Datos obtenidos de: MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. 2015. Segundo Estudio Nacional de la Discapacidad.

contratación de menos personas, siempre y cuando estas tengan mayores dificultades de obtener un empleo. Esto puede ser favorable desde diversas perspectivas, es un incentivo totalmente viable y beneficia a las personas que más necesidad de inclusión presentan.

Para implementar la alternativa que se propone es necesario determinar qué personas tienen mayores dificultades de inclusión laboral de forma objetiva en la ley. Para ello proponemos utilizar una formula similar a la establecida en el derecho español para determinar a los destinatarios del sistema de empleo con apoyo, como vimos en el capítulo anterior estos son:

- Las personas con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual con un grado igual o superior al 33% de discapacidad.
- Las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad igual o superior al 65%.

Es fundamental que el sistema de cuotas determine un mecanismo alternativo de cumplimiento para casos excepcionales, pensando principalmente en aquellas situaciones en las que el empleador no ha podido contratar a personas con discapacidad por falta de demanda en el mercado de trabajo, tal como se plantea en la regulación española.

Las medidas alternativas también tienen la virtud de proporcionar al empleador una opción de colaborar con la inclusión laboral de las personas con discapacidad de una forma indirecta, cuando existen circunstancias ajenas a su voluntad que impiden la contratación de personas con discapacidad. Para que estas medidas sean armónicas con el sistema de inclusión laboral, es indispensable que estén vinculadas a apoyar otros mecanismos de promoción del empleo, ya sea apoyando económicamente a fundaciones que se dediquen a dicha tarea, o contratando servicios a empresas en las que trabaje un alto porcentaje de personas con discapacidad.

La contratación de servicios, o realización de donaciones a favor de entidades de empleo protegido es una buena forma de cumplimiento alternativo de la cuota de reserva. Sin embargo, eso presenta desafíos relevantes para nuestro país ya que el empleo protegido no se encuentra desarrollado al nivel requerido.

Otra alternativa que fue analizada en el capítulo anterior, establecida en la regulación ecuatoriana, corresponde a la posibilidad de cumplir la cuota mediante sustitutos. Es decir, la cuota de reserva se puede cumplir mediante la contratación de personas sin discapacidad siempre que cumplan con los requisitos exigidos por la ley. Los sustitutos deben ser familiares o personas que están al cuidado de una persona con discapacidad, la medida tiene como

objetivo mejorar la situación económica del grupo familiar de las personas con discapacidad.

Ésta es una medida innovadora, que tiene un fin muy relevante, sin embargo, no genera una mayor inclusión de personas con discapacidad en el mundo del trabajo, que es el objetivo primordial de la cuota de reserva, por lo que no consideramos que sea una medida adecuada.

En síntesis, sostenemos que la cuota de reserva es una medida positiva, que permite fomentar la participación en el mercado laboral de las personas con discapacidad. Sin perjuicio de ello, nos parece indispensable que esta medida contemple ciertos elementos, entre ellos: que incluya al sector público y privado, que contemple sanciones efectivas para aquellas empresas que incumplan la norma, que se establezcan incentivos para la contratación de personas con discapacidades más severas y que se consideren medidas alternativas excepcionales para el cumplimiento de la cuota.

Establecer una cuota de reserva en Chile es una gran oportunidad para que se amplíen las oportunidades laborales de las personas con discapacidad. La obligación en la que se verán las empresas de salir a buscar trabajadores con discapacidad facilitará la posibilidad de obtener un empleo para aquellos que estén interesados en hacerlo. Además, la experiencia al interior de las

empresas permitirá eliminar prejuicios y barreras, generando poco a poco una mayor inclusión social por medio de este cambio cultural.

La cuota de reserva además de ampliar las posibilidades laborales de las personas con discapacidad puede generar un impacto relevante en la discusión pública, poniendo en su centro la realidad de las personas con discapacidad. La inclusión requiere un cambio social, para ello, visibilizar esta realidad contribuirá a generar espacios de inclusión, entendiéndola como una tarea de todos.

4.3 Apoyos económicos: ajustes necesarios e incentivos tributarios

La ley N° 20.422 define los ajustes necesarios como aquellas medidas destinadas a adecuar el ambiente para favorecer las necesidades de las personas con discapacidad.¹¹⁰ Están destinadas a facilitar la inclusión en un espacio determinado, de modo que la persona pueda realizar sus tareas sin dificultades y de forma autónoma. No se refiere exclusivamente a aspectos de accesibilidad física, su determinación depende exclusivamente de la realidad de las personas con discapacidad y del contexto laboral en el que se desenvuelve. El empleador debe realizar estos ajustes siempre y cuando no supongan una carga desproporcionada. Sin embargo, la ley no contempla facilidades para la

¹¹⁰ Ley 20.422, artículo 8 inciso 3: “Los ajustes necesarios son las medidas de adecuación del ambiente físico, social y de actitud a las carencias específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos.”

realización de dichos ajustes cuando resultan más onerosos, por lo que pueden constituirse en un desincentivo relevante. Según plantea FUCHS, “de acuerdo a encuestas realizadas por las empresas, los costos relacionados con las multas no son centrales para la decisión a favor o en contra de dar empleo a personas con discapacidad. Los costos de las medidas de modificación, las adaptaciones del lugar de trabajo u otros arreglos especiales son mucho más significativos.”¹¹¹

Para establecer un sistema que se haga cargo de la inclusión laboral, con toda la complejidad que esto requiere, el Estado debe proporcionar las herramientas que faciliten al empleador la inclusión de personas con discapacidad por los costos que ello implica. Es necesaria la existencia de un subsidio para aquellos casos en que los ajustes requeridos presenten un costo difícil de asumir para el sector privado.

Siguiendo el planteamiento de RODRÍGUEZ, GARCÍA y TOHARIA,¹¹² la inclusión de las personas con discapacidad en el mercado laboral genera la producción conjunta de dos tipos de “bienes”, estos son, el que la empresa vende al mercado producto del desarrollo de sus tareas habituales y la inclusión

¹¹¹ FUCHS, M. Quota systems for disabled persons: parameters, aspects, effectivity. Policy brief march 2014. European Centre dor Social Welfare Policy and Research. p. 4. La traducción es nuestra. “According to company polls, the exclusive costs related to fees are not central for the decision pro or contra the employment of disabled persons. Costs due to modification measures, working place adaptations or other special arrangements are by far more significant.”

¹¹² Ver: RODRÍGUEZ, G; GARCÍA, C. y TOHARIA, L. 2009. Evaluación de las políticas de empleo para personas con discapacidad y formulación y coste económico de nuevas propuestas de integración laboral. Madrid. Ediciones Cinca. pp. 107.

socioeconómica de la persona con discapacidad. Evidentemente el primero es el que las empresas están orientadas a producir ordinariamente; sin embargo, el segundo es de gran interés para la sociedad y por sus particulares características no tiene un precio en el mercado al cual este bien pueda ser transado.

No es conveniente separar la producción de la inclusión socioeconómica de la producción de bienes en general, esto porque “la existencia de producción conjunta provoca que la separación de la producción de ambos bienes no minimiza los costes totales debido a la interdependencia existente entre los costes de cada producto; es decir, separar la «producción» de integración socioeconómica de la persona con discapacidad y la producción de bienes no es la forma más barata de conseguir ambas cosas.”¹¹³

Si la forma más eficiente de inclusión socioeconómica corresponde a la inclusión en el mercado de trabajo ordinario, se hace necesario fomentar esta alternativa y desarrollar las herramientas para su éxito, considerando que la inclusión es un bien que como sociedad debemos fomentar, es razonable que el Estado realice aportes económicos que faciliten a las empresas la inclusión laboral. Los apoyos económicos e incentivos que el Estado pueda proporcionar a las empresas son la valoración monetaria del “bien” inclusión social.

¹¹³Ibíd. p. 69.

La inclusión socioeconómica es un bien que como sociedad nos interesa producir y requiere generar herramientas que incentiven a los empleadores a contratar personas con discapacidad, uno de ellos son los incentivos tributarios, es decir, beneficios en el pago de impuestos para aquellas empresas que contraten personas con discapacidad, reconociendo el valor de la inclusión social que generan.

La búsqueda de la inclusión laboral, si bien se funda en la igual dignidad de todos los seres humanos y debe estar orientada a que las personas con discapacidad puedan desarrollarse de la forma más plena posible durante sus vidas, también tiene implicancias económicas para el Estado, a su vez, una alta tasa de inactividad de las personas con discapacidad genera costos para el Estado. En palabras de FUCHS, “la no integración de las personas con discapacidad en el mercado del trabajo causa costos para la economía y desventajas sociales para las personas concernidas. Reduce el suministro efectivo de trabajadores y al mismo tiempo aumenta el gasto en transferencias sociales representando una carga para las finanzas públicas.”¹¹⁴

Es por ello que la posibilidad de conceder beneficios tributarios debe analizarse desde la perspectiva del impacto que a largo plazo se producirá para el fisco. El

¹¹⁴ FUCHS, M. Óp. Cit. p.1.

gasto que el Estado realice para mejorar la inclusión laboral debe analizarse como una inversión, pues permitirá aumentar la fuerza de trabajo en el país y reducir las prestaciones sociales.

Los apoyos económicos como mecanismo para fomentar la inclusión socioeconómica de las personas con discapacidad son fundamentales y se justifican razonablemente desde diversas perspectivas. No solo ayuda a construir una sociedad donde todos pueden desarrollarse, además hay razones económicas que sostienen la conveniencia de este tipo de medidas. Es necesario construir un sistema dentro del cual se contemplen todas las variables involucradas y a todos los actores que afectarán. Si uno planifica un sistema poniendo el peso económico de su implementación exclusivamente en las empresas, o exclusivamente en el Estado, existirán mayores posibilidades de fracasar. Debemos apuntar a la construcción de un sistema donde todos contribuyan a generar una sociedad más inclusiva.

4.4 Empleo con apoyo

El empleo con apoyo puede definirse como el “empleo integrado en la comunidad dentro de empresas normalizadas, para personas con discapacidad (...) mediante la provisión de los apoyos necesarios dentro y fuera del lugar de trabajo, a lo largo de su vida laboral, y en condiciones de empleo lo más

similares posible en trabajo y sueldo a las de otro trabajador/a sin discapacidad en un puesto equiparable dentro de la misma empresa.”¹¹⁵

En el empleo con apoyo existe una persona que funciona como facilitador o intermediario en el proceso de búsqueda y colocación laboral, ayuda a la persona a encontrar un trabajo adecuado y la acompaña en el proceso de inclusión, apoyando su capacitación en el empleo y colaborando a adaptar el entorno laboral conforme a las necesidades del trabajador.

Es un sistema muy adecuado para otorgar iguales oportunidades a aquellas personas con discapacidad intelectual (u otras discapacidades graves), al hacerse cargo de las particularidades de cada persona, recogiendo la diversidad de necesidades de apoyo presentes en cada una, características que los destacan como un mecanismo a promover dentro de nuestro país.

El modelo del empleo con apoyo se sustenta las siguientes premisas o valores fundamentales:

- Valor del trabajo: para las personas, en general, el trabajo ocupa un lugar central en sus vidas, tanto por razones de subsistencia como por el desarrollo de los proyectos de vida a los que cada uno aspira. La

¹¹⁵ JORDÁN, B. Fundamentos del Empleo con Apoyo. En: Empleo con apoyo y daño cerebral adquirido. FEDACE. Madrid. p.12.

sociedad debe dar espacios para que todos se desarrollen laboralmente, sin marginar a las personas con discapacidad.

- Discapacidad no impide trabajar: las personas con discapacidades significativas pueden trabajar, “no son una ni dos, sino muchas las pruebas de tal afirmación. Ya sea en personas con limitaciones intelectuales más severas, con trastornos severos como autismo, con fuertes limitaciones físicas o parálisis cerebral, con fuertes limitaciones sensoriales, o con varias discapacidades asociadas.”¹¹⁶

- Preferir la inclusión: una sociedad inclusiva es preferible a una segregadora y discriminadora, por ello debemos optar por la construcción de una sociedad para todos.

- Elección y satisfacción personal: permitir que las personas con discapacidad elijan su propio camino, no elegir por ellos. Se deben abrir las puertas para que las personas con discapacidad puedan tomar decisiones sobre el camino que quieren seguir, acompañándolas y apoyándolas para que logren dichos objetivos.

¹¹⁶ Ibíd. p. 13.

- Desarrollo de carreras profesionales: el modelo no busca dar empleos, busca que cada persona pueda desarrollar una carrera en torno a sus intereses, por lo que no se limita a encontrar cualquier empleo, sino espacios donde la persona pueda desarrollarse.
- Apoyos personales: las personas con discapacidad necesitan apoyos personalizados, no programas generales, ya que cada una tiene necesidades específicas y diversas.
- Centralidad de la persona y su calidad de vida: se busca que las personas con discapacidad vivan de forma plena, el centro son las personas, el trabajo es una herramienta para vivir mejor.

Este sistema plantea que toda persona con discapacidad interesada en trabajar puede hacerlo, para ello se busca un trabajo adecuado según los intereses de la persona y se le proporciona un apoyo sostenido en el tiempo, que es flexible para adecuarse a las necesidades concretas del trabajador.

Este sistema se construye sobre el principio de que la capacitación laboral se realiza en el puesto de trabajo, “sin desestimar con esto opciones formativas previas al acceso al empleo, se valora que el aprendizaje principal se realiza en

el propio empleo, trabajando, equivocándose, acertando, adquiriendo habilidades.”¹¹⁷

Entre las ventajas de este sistema está la promoción de la autonomía de la persona, las alternativas laborales no se reducen a algunas posibilidades, sino que están abiertas y se buscarán espacios adecuados según el interés de la persona.

Hay dos elementos característicos que distinguen este sistema de otro tipo de intermediación laboral. El primero de ellos corresponde a la existencia de un intermediador laboral especialista, dotado de herramientas para apoyar a una persona con discapacidad en la búsqueda, obtención y mantención de un empleo. Desde esta perspectiva es mucho más que un intermediador, es un acompañante que facilita el camino de inclusión. El segundo elemento distintivo corresponde al apoyo, elemento fundamental para el proceso de incorporación al empleo.

El intermediador o acompañante es la persona en cargada de vincular las búsquedas de la persona con discapacidad con las posibilidades que existen en un lugar determinado para desenvolverse profesionalmente. Para lograr cumplir este rol de forma adecuada debe cumplir las siguientes funciones:

¹¹⁷ Ibíd. p. 15.

- Planificar para cada persona que llegue a buscar un empleo, un camino individualizado que le permita alcanzar el objetivo planteado.
- Cumplir un rol consultivo, es decir, apoyar a la persona en la búsqueda de un empleo de acuerdo a sus propios intereses. No le corresponde al intermediador dirigir a la persona, debe ayudarla a encontrar un camino propio.
- Mantenerse informado sobre el mercado laboral, las alternativas existentes en el lugar donde se desempeña, así como de las diversas medidas de apoyo y programas existentes. También debe tener conocimiento de la legislación vigente en la materia.
- Debe tener habilidades para promover la inclusión laboral, persuadiendo a los empleadores de los beneficios de la misma, logrando generar la aceptación de los empleadores.
- Manejar técnicas apropiadas para enseñar habilidades que puedan ser requeridas por la persona para desempeñarse en el empleo requerido.

En cuanto al **apoyo** este involucra todos aquellos elementos que puedan facilitar el proceso de inclusión y adaptación a un empleo y debe ser lo más natural posible. La doctrina ha entendido por apoyo natural “cualquier estrategia, recurso, relación o interacción, proporcionada por personas, procedimientos, instrumentos o equipamiento que: (a) se encuentran típicamente disponibles y/o son culturalmente adecuados en los ambientes de la comunidad en los que se desenvuelve una persona, (b) facilitan la obtención de resultados positivos en el ámbito profesional, personal y social, y (c) que incrementan la calidad de vida de la persona”¹¹⁸

Hay casos que pueden requerir apoyos más intrusivos y será tarea del intermediador poder encontrar el equilibrio entre los apoyos que la persona requiera para lograr una mejor incorporación al trabajo, teniendo siempre como objetivo final favorecer la autonomía de la persona.

En Chile existen las Oficinas Municipales de Información Laboral (OMIL), las cuales tienen entre sus funciones la orientación ocupacional y la vinculación entre los oferentes de trabajo y los solicitantes, son reguladas por la ley 19.518 que faculta a los municipios a constituir las. Considerando la función que deben cumplir estas oficinas son el organismo adecuado para la implementación del empleo con apoyo.

¹¹⁸ JORDÁN, B. y VERDUGO, M. 2001. Panorámica del empleo con apoyo en España. Madrid. En: JORDÁN, B. Óp. Cit. p. 18.

Para implementar el sistema de empleo con apoyo por medio de las OMIL se requeriría de algunas modificaciones legales que las fortalezcan, es altamente conveniente aprovechar la institucionalidad existente, sobre todo por su naturaleza descentralizada, que permite tener presencia en casi todas las comunas del país. “En Chile existen 326 OMIL constituidas, de un total de 346 municipalidades o comunas (es decir a la fecha un 94% de las comunas tienen OMIL).”¹¹⁹

Además del aporte de las OMIL en la implementación del empleo con apoyo, se requiere una regulación capaz de abordar los diversos elementos que el sistema contempla y traducirlos a las necesidades de nuestro país, es necesario capacitar a las personas encargadas de implementar este sistema pues no basta con un diseño institucional si no se cuenta con personas capaces de llevar adelante los procesos de inclusión en el empleo.

La nueva regulación de las OMIL debe considerar las nuevas funciones que deberán asumir, asignar los recursos que permitan la contratación de profesionales que implementen el sistema y establecer un plan de capacitación nacional que garantice una adecuada implementación del programa.

¹¹⁹ SENCE. 2014. Manual de procesos de intermediación laboral inclusivos. Santiago. p. 3.

El empleo con apoyo es el mecanismo que mejor resuelve las necesidades de las personas con discapacidad intelectual al poner el énfasis en el apoyo, lo que estimamos adecuado para un modelo de inclusión que pone el centro en las personas, al considerarlas sujetos de derechos.

La discapacidad intelectual no está dada exclusivamente por un funcionamiento intelectual inferior a la media, este es sólo uno de los componentes. Una persona tendrá una discapacidad intelectual cuando su funcionamiento intelectual lo limite en algunas de sus interacciones sociales, las denominadas habilidades adaptativas (comunicación, vida en el hogar, desplazamiento, trabajo, etc.).

En la definición de discapacidad intelectual de la AARM el concepto de apoyo es fundamental. “Los apoyos se dirigen a las habilidades de adaptación. Ese último supuesto indica que con los apoyos adecuados el funcionamiento de toda persona generalmente mejorará, conlleva también la idea básica y central de que el retraso mental no es una condición estática, permanente en la vida de la persona”¹²⁰.

El objetivo del modelo de empleo con apoyo es justamente proporcionar, de acuerdo a las necesidades particulares de la persona, aquellos apoyos que

¹²⁰ VILLA, N. 2007. La inclusión progresiva de las personas con discapacidad intelectual en el mundo laboral (1902-2006). Madrid. Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales. p. 83.

necesite para desempeñarse adecuadamente en la vida laboral. Es por ello que nos parece la forma más idónea para favorecer la inclusión de las personas con discapacidad intelectual en el mundo del trabajo, porque es un sistema ideado con la flexibilidad suficiente para adaptarse a las necesidades de cada persona.

Además, creemos que en este sistema se materializa la superación del modelo rehabilitador, consagrando la visión del modelo social y de derechos. Si como sociedad entendemos que lo necesario para generar la inclusión en el trabajo de las personas con discapacidad intelectual es prestar los apoyos necesarios para que se desempeñe adecuadamente; entonces, como sociedad debemos responder a esa necesidad y proporcionar los elementos requeridos para lograr dicho objetivo.

La superación del modelo rehabilitador se expresa en el cambio de visión respecto de las personas con discapacidad, este modelo entiende la discapacidad como un problema personal del “discapacitado” que se debe rehabilitar para incorporarse a la sociedad con normalidad. El modelo social, por el contrario, entiende que el problema no es personal sino social y por lo tanto es la comunidad en su conjunto la que debe acoger a las personas con discapacidad. Desde nuestra perspectiva, el empleo con apoyo encarna adecuadamente esta visión para el caso de las personas con discapacidades

más severas, por lo que nos parece una pieza clave en el diseño de un sistema de inclusión laboral.

4.5 Empleo protegido

El empleo protegido se define como aquel que se realiza al interior de organizaciones en las cuales los trabajadores son principalmente personas con discapacidad, quienes tienen un vínculo laboral contractual, cumpliendo un determinado horario y recibiendo una remuneración por dicho trabajo.

En nuestro país la legislación no aborda el empleo protegido de manera sistemática, menos aún desde la óptica laboral. La ley 18.600 hace referencias a los talleres protegidos para efectos de establecer beneficios tributarios, sin regular su conformación ni sus características¹²¹ y en las someras referencias legales existentes, se evidencia la lógica del modelo rehabilitador. Desde esta perspectiva, no se considera el espacio de los talleres protegidos como un espacio laboral sino eminentemente terapéutico y educacional.

¹²¹ Ley 18.600, artículo 10: “Las personas jurídicas sin fines de lucro que mantuvieren en funcionamiento talleres protegidos, en los que las personas con discapacidad mental, principalmente de familias de menores recursos, desarrollen, con fines esencialmente terapéuticos, actividades laborales, y que por decreto del Presidente de la República, dictado en conformidad a lo prescrito en el artículo 40, N° 4° de la Ley sobre Impuesto a la Renta contenida en el artículo 1° del decreto ley N° 824, de 1974, obtuvieren la exención tributaria que allí se establece, darán origen a la franquicia tributaria establecida en el artículo 47 del decreto ley N° 3.063, de 1979, para quienes les efectúen donaciones en conformidad a lo dispuesto en dicha norma legal.”

Es indispensable que un sistema de inclusión laboral de personas con discapacidad aborde el desafío de regular el empleo protegido desde la óptica del derecho del trabajo, no desde una perspectiva de rehabilitación o educación como lo hace actualmente nuestra legislación.

La mayor desventaja del empleo protegido es la segregación que puede originar, al generar entidades mayoritariamente compuestas por personas con discapacidad no se alcanza el nivel de inclusión que podría darse en el empleo ordinario. La segregación debe ser evitada, buscamos proporcionar un trabajo para las personas con discapacidad generador de inclusión social.

El empleo protegido no es un mecanismo ideal desde la perspectiva de la inclusión; sin embargo, es necesaria su regulación atendiendo a que es una realidad existente en nuestro país y que carece de normativa. Para mejorar su funcionamiento y adecuarlo a una perspectiva que sea coherente con el modelo social, es fundamental introducir una regulación que determine los modos de funcionamiento y algunas exigencias mínimas que deben cumplir las instituciones que desarrollen esta modalidad de empleo. En segundo lugar estos espacios pueden cumplir un rol relevante en nuestro país, el desafío es orientarlos de modo que se transformen en puentes de inclusión y no en enclaves de segregación.

Los elementos esenciales de la regulación de estos espacios laborales debe ser siempre la orientación hacia la inclusión de las personas con discapacidad en la sociedad, el objetivo final de este tipo de empresas es que sus trabajadores puedan incorporarse al empleo ordinario dentro de un plazo razonable. “La política laboral de generación de Empleo Protegido ha de ser desarrollada desde la perspectiva de la integración, combinando objetivos como la creación de empleo, con la consolidación de los empleos creados y la integración de las personas con discapacidad en la empresa ordinaria.”¹²²

Por tanto, debe plantear el empleo protegido como una modalidad transitoria, con un horizonte temporal acotado, y que tiene como objetivo final permitir a las personas incorporarse en el empleo ordinario. Uno de los problemas que ha tenido el sistema español en esta materia es que no “se han desarrollado mecanismos de transición que pudieran facilitar el paso de trabajadores con discapacidad desde los CEE¹²³ a la empresa ordinaria.”¹²⁴

Es por ello que nos parece fundamental que la regulación del empleo protegido se haga cargo de esta debilidad y considere de forma adecuada la necesidad

¹²² LALOMA, M. 2007. Empleo protegido en España: análisis de la normativa legal y logros alcanzados. Ediciones Cinca. p. 111.

¹²³ La sigla se refiere a los Centros Especiales de Empleo.

¹²⁴ *Ibíd.* p. 108

de que este tipo de espacios actúen como puentes que permitan una mayor inclusión de las personas con discapacidad.

El trabajo de las organizaciones de empleo protegido es doble, por una parte deben responder a las necesidades propias de la organización, prestar un servicio adecuado para garantizar a sus clientes un trabajo de calidad, pues debemos recordar que son empresas y como tal deben brindar un servicio apropiado, de otro modo no podrán financiarse. Por otra parte, deben orientarse a preparar a sus trabajadores para la inclusión en el trabajo ordinario por medio del aprendizaje en la práctica. Al ser un espacio que permite a las personas ganar experiencia laboral es importante que se les otorgue herramientas de aprendizaje, más allá del cumplimiento de una tarea específica, facilitando así la transición hacia otras empresas.

Respecto a la regulación del empleo protegido, identificamos dos aspectos prioritarios de abordar; el primero, es la orientación del empleo protegido como un mecanismo de tránsito hacia el empleo ordinario, potenciando las habilidades laborales de las personas con discapacidad y generando oportunidades de empleo, por ello deben existir herramientas legales que garanticen dicha orientación y que impidan que se transformen en espacios de segregación donde las personas no tengan la opción de emigrar hacia otros lugares de trabajo. El segundo, es abordar la regulación que determine los

requisitos de funcionamiento de este tipo de empresas, garantizando que sean espacios propiamente laborales, donde se cuente con contratos de trabajo, remuneraciones para los trabajadores y todas las condiciones adecuadas para un trabajador, facilitando la inclusión en la sociedad y en el mundo laboral de las personas con discapacidad.

4.6 Un sistema de inclusión con perspectiva de género

La situación de las mujeres con discapacidad es aún más desfavorable que la de los hombres y así lo reconoce la ley N° 20.422 al señalar que las mujeres con discapacidad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad (art. 9). La tasa de participación laboral de las mujeres da cuenta de este hecho, alcanzando sólo el 37,2%, en tanto la de los hombres con discapacidad es de 53,1%¹²⁵ según los datos del II Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile. “A nivel general, la tendencia de una menor participación laboral de mujeres se mantiene al interior del grupo poblacional que se encuentra en situación de discapacidad, respecto de aquellos que no se encuentran en dicha situación. La diferencia entre hombres y mujeres se mantiene para las personas sin situación de discapacidad y las personas en situación de discapacidad. Asimismo (...) las

¹²⁵ Ver: SENADIS. 2016. II Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile. Santiago.

personas en situación de discapacidad dentro de los grupos de hombres y mujeres, también mantienen una participación laboral porcentual menor.”¹²⁶

Frente a esta realidad, un sistema de inclusión laboral debe favorecer el ingreso al mundo del trabajo de las mujeres con discapacidad, estableciendo mecanismos que ayuden a disminuir la brecha existente entre hombres y mujeres para acceder a un empleo.

Proponemos que la legislación contemple las siguientes medidas para enfrentar la discriminación por género que sufren las mujeres con discapacidad:

- Que la contratación de mujeres con discapacidad sea ponderada con un mayor valor para efectos de cumplir la cuota de reserva.
- Establecer una cuota mínima de mujeres con discapacidad al interior de las entidades de empleo protegido.
- Generar incentivos económicos para la contratación de mujeres con discapacidad.

4.7 Hacia un sistema de inclusión laboral

Nuestro país necesita un sistema integrado y coherente que se haga cargo de las necesidades de las personas con discapacidad y que proporcione alternativas efectivas para su ingreso al mundo del trabajo.

¹²⁶ SENADIS. 2016. II Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile. Santiago. p. 97

En este capítulo desarrollamos seis elementos que nos parecen imprescindibles para elaborar un sistema de inclusión adecuado, los que son complementarios, de modo de efectivamente generen un sistema articulado y orientado a un mismo fin, a saber:

1. Consagración constitucional de la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, como un sistema de inclusión protegido.
2. Establecer una cuota de reserva del 4% tanto para el sector privado como para el sector público, considerando incentivos para la contratación de las personas que mayores dificultades de inclusión sufren.
3. Generar apoyos económicos a empresas y organizaciones que colaboren en tarea de la inclusión laboral mediante dos vías: subsidios para permitir la realización de los ajustes de mayor costo que se requieran y beneficios tributarios para las empresas que establezcan medidas de inclusión.
4. Crear un sistema de empleo con apoyo a lo largo del país que se haga cargo de apoyar a las personas con mayores dificultades para integrarse al mundo del trabajo implementado por las OMIL de las distintas comunas del país.

5. Regular el empleo protegido, convirtiéndolo en un espacio laboral que sirva de puente hacia el empleo ordinario.

6. Incorporar al sistema la perspectiva de género, por estar las mujeres en una situación especial de vulnerabilidad.

La interacción que pueden producir estos seis elementos permitirá que nuestro país responda de manera más adecuada a las necesidades de las personas con discapacidad. La sociedad debe incluir a todas las personas y no discriminarlas, se deben generar mecanismos concretos y trabajar activamente para cambiar nuestra visión, que tanto daño hace a quienes, por alguna razón, son diferentes.

CONCLUSIONES

En las últimas décadas se ha producido un cambio de paradigma respecto de la visión que la sociedad tiene sobre las personas con discapacidad. De la primacía del modelo rehabilitador, que entiende la discapacidad como una enfermedad que debe ser sanada, se ha evolucionado al modelo social, el cual plantea que es la sociedad la que debe “sanarse”, permitiendo que las personas con discapacidad sean incluidas sin ningún tipo de discriminación.

El tránsito de un modelo a otro está lejos de su consolidación, las personas con discapacidad siguen sufriendo discriminación y encuentran muchas barreras para su inclusión social. El mundo del trabajo es un espacio donde las personas con discapacidad siguen siendo excluidas, realidad que nuestro país debe abordar, no sólo porque es un derecho de las personas con discapacidad, sino porque además es un medio privilegiado para lograr una mayor inclusión social.

El trabajo es un medio de entrada a la sociedad ya que permite la interacción entre las personas, la creación de vínculos, el desarrollo de los planes de vida, la realización personal y la autonomía económica de los individuos. Es por ello

que una tarea prioritaria para lograr una sociedad más integrada es promover la inclusión en el mundo del trabajo.

Nuestro país ha suscrito tres tratados internacionales referidos a los derechos de las personas con discapacidad, en los cuales se contempla la necesidad de garantizar el derecho a trabajar, sin ser objeto de discriminaciones arbitrarias.

Nos enfrentamos al desafío de consolidar el tránsito del modelo rehabilitador al modelo social, siendo necesario para alcanzar dicho fin, generar un sistema que promueva la inclusión laboral, proporcionando a las personas con discapacidad iguales oportunidades para acceder a un trabajo.

La necesidad de generar un sistema de inclusión laboral se justifica desde la perspectiva de los derechos humanos de los cuales todas las personas son titulares, no desde una mirada asistencialista. Nuestra sociedad debe velar por el respeto de los derechos fundamentales de todos sus integrantes, estableciendo los mecanismos necesarios para garantizar dicho fin.

La legislación nacional todavía está lejos de proporcionar los medios necesarios para garantizar el derecho a trabajar de las personas con discapacidad. No cabe duda que la ley 20.422 ha sido un avance importante, ha permitido que el país adopte el modelo social; sin embargo, aun hay tareas pendientes, sobre

todo en materia laboral. La ley a pesar de no contemplar un sistema de inclusión laboral, ha sido un primer paso que nuestro país ha dado para materializar la adopción del modelo social, promoviendo una visión de la discapacidad acorde con la evolución que se ha desarrollado en el mundo.

Un resabio en nuestra legislación del modelo rehabilitador es la ley 18.600, que se refiere a las personas con discapacidad intelectual desde una perspectiva que ha quedado obsoleta, no solo el lenguaje empleado; también la forma de comprender la discapacidad intelectual, como una realidad estática, que impide pensar en una verdadera inclusión.

Los mecanismos que la legislación nacional consagra para promover el acceso al trabajo de las personas con discapacidad son insuficientes, no se han creado mecanismos concretos que faciliten su inclusión y estamos todavía lejos de lograrlo.

Es indispensable incorporar una nueva visión sobre la discapacidad intelectual, proporcionando herramientas adecuadas para que estas personas puedan ser parte de la sociedad de forma activa, mediante un sistema de apoyos que facilite su autonomía.

La necesidad de reformar el marco legal de la discapacidad ha sido constatada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, que ha instado a nuestro país en reiteradas oportunidades a abordar los problemas que la legislación presenta para permitir una verdadera inclusión de las personas con discapacidad.

Los países que han establecido un sistema de inclusión laboral en sus legislaciones presentan algunos elementos comunes que pueden proporcionar una orientación sobre el camino que nuestro país debe seguir. Del análisis de la legislación de España, Ecuador y Perú destacamos que cada uno de estos países articula de forma sistemática un conjunto de medidas que buscan promover la inclusión laboral de las personas con discapacidad. No son medidas aisladas, sino sistemas que contemplan mecanismos que se complementan unos con otros. Además, establecen obligaciones para los distintos actores sociales y sanciones al incumplimiento de las mismas.

La legislación española da cuenta que el camino para la construcción de un sistema de inclusión laboral es una evolución constante, se genera atreviéndose a crear mecanismos y a corregir las deficiencias que estos puedan presentar. España inició el camino estableciendo en 1982 una cuota de reserva, medida que posteriormente se complementó con una serie de otras normas que

han sido piezas claves para lo que hoy identificamos como un sistema de inclusión laboral.

Chile debe considerar el derecho comparado para crear un sistema que sea capaz de responder a los desafíos particulares de nuestra sociedad, de otra forma las probabilidades de fracasar son altas.

Para que nuestro país cuente con un adecuado sistema de inclusión laboral, planteamos que nuestra legislación debe abordar al menos seis elementos, articulando una serie de mecanismos que permitan generar iguales oportunidades para acceder al mundo del trabajo a las personas con discapacidad y cuyo desarrollo armónico permitirá a nuestro país generar un sistema que proporcione verdaderas oportunidades a las personas con discapacidad de participar del mundo del trabajo, favoreciendo su inclusión en la sociedad.

Un sistema de inclusión laboral debe incorporar diversos mecanismos que favorezcan el ingreso al mundo del trabajo y debe potenciar el sistema de empleo con apoyo, que proporciona oportunidades reales de inclusión para las personas con discapacidad intelectual, al adaptarse con facilidad a la realidad de cada persona.

El objetivo final de generar igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad no es otro que hacer plenamente efectivos los derechos humanos para todas las personas. No hay razón que justifique una diferencia y por lo tanto es una tarea de toda la sociedad generar las condiciones adecuadas para que las personas con discapacidad tengan garantizados sus derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

1. BARIFFI, F. y PALACIOS, A. 2007. La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Madrid. Ediciones Cinca. 143 p.
2. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2010. Historia de la Ley 20.422. 575 p.
3. CÁMARA DE DIPUTADOS. Departamento de Evaluación de la Ley. 2013. Informe Ejecutivo: Evaluación de la ley N° 18.600. 75 p.
4. CHILE. Ministerio de Hacienda. 1987. Ley 18.600: Establece normas sobre deficientes mentales.
5. CHILE. Ministerio de planificación. 2010. Ley 20.422: Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad.
6. CHILE. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. 1980. Decreto Ley 3.500: establece nuevo sistema de pensiones.
7. CHILE. Ministerio del trabajo y previsión social. 2002. DFL 1. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del código del trabajo.

8. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Constitución Política de la República.
9. COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 2016. Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile. 10 p.
10. DEGENER, T. y QUINN, G. 2002. Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad. Nueva York. 288 p.
11. ECUADOR. 2008. Constitución de la República del Ecuador.
12. ECUADOR. 2012. Ley orgánica de discapacidades.
13. ESPAÑA. Constitución española. 1978. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid.
14. ESPAÑA. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. 2013. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.
15. ESPAÑA. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2004. Real Decreto 290/2004.
16. ETXEBERRIA, X. 2008. La condición de ciudadanía de las personas con discapacidad intelectual. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos. Nº 48. Universidad de Deusto. Bilbao. 88 p.

17. FUCHS, M. 2014. Quota systems for disabled persons: parameters, aspects, effectivity. Policy brief march 2014. European Centre for Social Welfare Policy and Research. 9 p.
18. JORDÁN, B. Fundamentos del Empleo con Apoyo. En: Empleo con apoyo y daño cerebral adquirido. FEDACE. Madrid. 27 p.
19. LALOMA, M. 2007. Empleo protegido en España: análisis de la normativa legal y logros alcanzados. Ediciones Cinca. 128 p.
20. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. 2015. Segundo Estudio Nacional de la Discapacidad.
21. OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL. 2014. Derechos Humanos de las personas con discapacidad mental: diagnóstico de la situación en Chile. 97 p.
22. OEA. 2002. Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.
23. OECD. 2010. Sickness, disability and work. Paris. OECD Publishing. 165 p.
24. ORGANIZACIÓN IBEROAMERICANA DE SEGURIDAD SOCIAL. 2014. Medidas para la promoción del empleo de personas con discapacidad en Iberoamérica. Madrid. 418 p.
25. OIT. 1983. Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas). Ginebra.

- 26.OIT. 2007. Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo para las personas con discapacidades a través de la legislación. Directrices. Ginebra. 94 p.
- 27.ONU. 2008. Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.
- 28.PALACIOS, A. y ROMÑACH, J. 2006. El modelo de la diversidad. La bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad de en la diversidad funcional. España. Diversitas. 249 p.
- 29.PERÚ. 1993. Constitución Política del Perú.
- 30.PERÚ. 2012. Ley N° 29973. Ley general de la persona con discapacidad.
- 31.RODRÍGUEZ, G; GARCÍA, C. y TOHARIA, L. 2009. Evaluación de las políticas de empleo para personas con discapacidad y formulación y coste económico de nuevas propuestas de integración laboral. Madrid. Ediciones Cinca. 107 p.
- 32.SANJOSÉ, A. 2007. El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: La Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad. Revista electrónica de estudios internacionales. 26 p.
- 33.SENADIS. 2014. Estudio de inclusión laboral de personas en situación de discapacidad en el Estado. 23 p.
- 34.SENADIS. 2016. II Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile. Santiago. 267 p.

35. SENCE. 2014. Manual de procesos de intermediación laboral inclusivos. Santiago. 115 p.
36. SEVERIN, J.P. 2012. Discriminación en el ámbito laboral y su tutela jurisdiccional. Revista de Derechos Fundamentales N°7. Universidad de Viña del Mar. pp. 59-86.
37. VILLA, N. 2007. La inclusión progresiva de las personas con discapacidad intelectual en el mundo laboral (1902-2006). Madrid. Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales. 509 p.