

INFORME SOBRE ANÁLISIS Y EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN CHILENA EN DISCAPACIDAD: PARTICULAR ENFOQUE EN MATERIA LABORAL

Consultora: María Soledad Cisternas Reyes
Abogada - Cientista Política

El análisis de la legislación sobre discapacidad debe efectuarse teniendo en consideración que éste se inserta en una cosmovisión del sistema político democrático, el cual tiene como verificadores la inclusión de todos los sectores de la comunidad y la participación de los mismos.

No obstante, la sociedad contemporánea ha ido registrando ciertos fenómenos que debilitan la solidez del mencionado sistema político, cuales son la pobreza y la discriminación que afecta a distintos grupos o colectivos de la diversidad.

En pro del replanteamiento y fortalecimiento de las democracias, nos debemos preguntar ¿cuál es la respuesta del derecho como sistema normativo que regula las relaciones entre los individuos y del Estado con éstos? De este modo, podemos apreciar que el ordenamiento jurídico internacional ha ido generando instrumentos que asumen el principio de la igualdad y la no-discriminación. Con todo, se releva el rol del derecho en cuanto a dar respuestas adecuadas al denominado “reto del multiculturalismo”, en términos del reconocimiento de los derechos diferenciados de los distintos grupos y la representación de ellos en el devenir social y político. En tal virtud, nuevamente el derecho internacional produce instrumentos para dar satisfacción a estos desafíos, que tratándose del ámbito de la discapacidad, se expresan en las “Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad”, de Naciones Unidas, la Convención Contra la Discriminación de las Personas con Discapacidad, de la OEA, y los trabajos de la ONU para producir una Convención Mundial sobre los derechos de dichas personas.

Desde este prisma, se debe analizar cuál es la respuesta del sistema jurídico chileno en la mirada constitucional y legal, en relación con la temática de la discapacidad, habida consideración que al hablar de estas personas nos estamos refiriendo a un colectivo que presenta condiciones de vulnerabilidad, que corresponden a una nomenclatura particular de la “diversidad”.

En el citado abordaje de la Carta Fundamental observamos el sustento axiológico de la igualdad y, en contrapartida, los mecanismos constitucionales que fueron viables para precaver y superar la discriminación de las minorías.

A continuación, y como respuesta específica, llegamos al análisis de la Ley de Integración Social de las Personas con Discapacidad, comentando asimismo la Ley sobre Discapacidad Mental, como también el proyecto de modificación al primer texto normativo citado. Se ha considerado indispensable analizar esta panorámica cosmovisionaria, para luego entrar de lleno en la legislación laboral y sus impactos en la órbita de las personas con discapacidad (leyes mencionadas, más otras normativas conexas). El examen pormenorizado, en contraste con distintas regulaciones que consagran estándares internacionales, nos permite formular diversas interrogantes, cuyas respuestas son el resultado de la revisión comprensiva y sistematizada de las distintas aristas y esferas que comprende este reporte. Desde allí, nos planteamos

las siguientes interrogantes, que cruzan como ejes medulares la materia que se analiza, a saber:

¿CUÁL ES EL MODELO DE DISCAPACIDAD IMPERANTE EN LA LEGISLACIÓN CHILENA?

Como hemos visto, principalmente antes de la década de los '90 imperaba en Chile el abordamiento de la discapacidad a través de disposiciones dispersas, que no conformaban un cuerpo orgánico en la materia, con rasgos de lo que hoy se denomina el modelo biomédico y asistencial de la discapacidad.

La ley 19.284 de Integración Social de las Personas con Discapacidad, del año 1994, se erige como el primer estatuto jurídico que contiene normas en diversas áreas que dicen relación con este sector de la población. También, como hemos examinado desde el año 1987 se contaba con la ley 18.600, aplicable a la “deficiencia mental”, la que fue posteriormente modificada, en los años 2001 y 2004, quedando sustituida casi en su totalidad.

La época de estas legislaciones y las modificaciones indicadas corresponden al fuerte movimiento internacional en el ámbito de la discapacidad, que fue delineando el modelo social o de integración social de la misma, llegando actualmente a hablarse de un paradigma de derechos humanos. Este último parte constatando la existencia de titulares de derecho que, aún contando con normativas internacionales en pro de la igualdad y la no discriminación, han seguido experimentando una infra protección en el disfrute de sus derechos. Por esta razón, era necesario el abordaje legal en la esfera de los derechos de las personas con discapacidad, teniendo claro que no es la sociedad ni el poder político los que realizan actos de caridad o de mera liberalidad al “permitir”, la integración social de este colectivo.

Desde esta óptica, podemos apreciar claramente que tanto la ley 19.284 como la ley 18.600 exhiben lineamientos dirigidos hacia el modelo de integración social de las personas con discapacidad, lo cual representa un avance en relación con la mirada previa a estos cuerpos normativos. En algunos acápites, se pueden observar algunos lineamientos que van más allá en torno a vislumbrar un modelo de derechos, aunque tímido en cuanto a no explicitarlos como derechos humanos o derechos fundamentales.

No obstante, llama la atención que en ciertos segmentos de los enunciados textos legales aún quedan resabios del modelo biomédico y asistencial, principalmente en aquellas alusiones que se refieren a los “beneficios” de estas leyes, a crear un Registro Nacional de la Discapacidad que puede resultar altamente estigmatizante para las personas (y cuya utilidad es dudosa, particularmente tratándose de las personas naturales) y que la ley 18.600 siga denominándose como aplicable a “deficientes mentales” y no a personas con discapacidad mental, como correspondería a una concepción de derechos humanos.

En consecuencia, los textos legales comentados contienen una mixtura de modelos aplicables a la discapacidad, lo que denota la falta de una ilación conceptual adecuada y suficientemente coherente de la misma, lo que se demuestra en la inconsistencia interna de las normativas señaladas.

¿EXISTE UNA REAL EVOLUCIÓN ENTRE EL PARADIGMA EXISTENTE EN LAS LEYES ACTUALES Y LAS NUEVAS PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN?

La propuesta de modificación, en términos generales, se proyecta hacia el modelo de derechos humanos de las personas con discapacidad. De este modo, se habla del derecho a la equiparación de oportunidades, que como consecuencia lógica debería llevar a la inclusión social en sus diversos aspectos; se reafirma el derecho a la prevención y a la rehabilitación ya enunciados en la ley 19.284 (ampliando los aspectos a los cuales se extiende la rehabilitación); el derecho a la participación de la familia y los cuidadores en los procesos de rehabilitación; el derecho a ser reevaluado y la facultad que tendría la entidad gubernamental, en el ámbito de la discapacidad, de denunciar y hacerse parte en procedimientos en los cuales estén en juego los intereses colectivos o difusos de este sector de la población.

En el proyecto de modificación también se debe destacar, como una inscripción en el modelo de derechos humanos, aquella norma que enfatiza el consentimiento informado en la aplicación de procedimientos rehabilitatorios, tratamientos y experimentación, en el caso de personas con discapacidad intelectual. Sin embargo, se debe hacer presente que debería incorporarse en esta disposición a las personas con discapacidad de causa síquica, para concretar el aforismo jurídico de “donde existe la misma razón, existe la misma disposición”.

Se valora positivamente en esta línea la reformulación del objeto de la ley en cuanto a su ampliación, en términos de agregar a la integración social (contenida en la ley 19.284), elementos de alta jerarquía, como la igualdad de oportunidades, el disfrute pleno y efectivo de los derechos esenciales y la no-discriminación. A lo expresado se debe agregar y resaltar la incorporación de principios para su aplicación: vida independiente, accesibilidad universal, diseño universal, intersectorialidad, participación y diálogo social. No obstante, se aprecia la necesidad de homologar estas declaraciones con las elaboraciones de Naciones Unidas para una Convención Mundial sobre los derechos de las personas con discapacidad, toda vez que se detecta una omisión en la explicitación del principio de la dignidad y respeto a la diversidad, por nombrar algunos.

Cabe hacer presente que el proyecto de modificación de la Ley elabora un nuevo concepto de persona con discapacidad, teniendo en cuenta los elementos proporcionados por el Clasificador Internacional del Funcionamiento de la discapacidad y la Salud, CIF, de la OMS, con vínculo hacia la conceptualización de discapacidad contenida en la Convención contra la Discriminación de este colectivo, OEA. Evidentemente, este cambio implica un progreso legal acorde a la terminología internacional desarrollada en el último quinquenio.

No obstante los progresos indicados, si examinamos la globalidad de la ley 19.284 con sus eventuales modificaciones, aún persisten algunos resabios del modelo biomédico y asistencial. Sin perjuicio de ello, el derecho a la equiparación de oportunidades, si bien se delimita a través de un marco conceptual, sigue mostrando profundas carencias al no entregar normas que hagan operativos ciertos derechos fundamentales de la más alta trascendencia en los ámbitos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

La tendencia contemporánea, tanto en el modelo social como en el modelo de derechos humanos, respalda la existencia de Consejos Nacionales con integración mixta, en los cuales tengan representación las personas con discapacidad, constituyéndose en entidades colegiadas que deben tener amplia incidencia

en las políticas públicas, el perfeccionamiento legal, la coordinación intersectorial y otras importantes facultades en relación con la discapacidad. La ley actual contempla la figura de dicho consejo como autoridad máxima del Fondo Nacional de la Discapacidad, teniendo a su cargo la dirección del mismo. Aún cuando el proyecto de modificación amplía las facultades del Fonadis -sin contemplar por cierto la atribución de coordinación intersectorial-, lo paradójico es que al momento de abordar al Consejo se produce un verdadero cercenamiento de sus facultades, dejándolo reducido a un ente prácticamente consultivo, con serias deficiencias técnicas. En efecto, se mantiene la premisa que tendrá a su cargo la dirección del Fondo, siendo su autoridad máxima. Luego se le encomiendan tareas expresadas en términos de proponer y recomendar, pero ¿a quién proponer y recomendar si es la autoridad máxima? Además, se restan facultades de alta significación como aprobar el Plan de Acción y el presupuesto anual del Fondo, decidir sobre el financiamiento de beneficios, aprobar la organización interna del Fondo y sus modificaciones y la posibilidad de delegar funciones en la figura del/de la Secretario/a Ejecutivo/a.

Por otro lado, si bien en la Propuesta de Modificación se consagra la posibilidad de que el Fonadis efectúe denuncias y se haga parte incluso en procedimientos judiciales, haciendo alusión allí a acciones al verse afectados los intereses colectivos o difusos de las personas con discapacidad, no se establece, como tal, una acción colectiva. Esto tiene dos implicancias: que las personas con discapacidad no podrían ejercer este tipo de acciones por no existir normativamente y, por ende, el Fonadis tampoco podría hacerse parte en ellas.

En otro orden, el proyecto de modificación de la Ley no ha percibido que existe una superposición entre la función que el Mideplan tiene en relación a las políticas públicas en discapacidad y aquella que se pretende otorgar al Fonadis en su rol activo respecto de éstas. Por lo tanto, se debe dilucidar dicho aspecto, evitando ulteriores conflictos normativos y prácticos.

Finalmente, la propuesta de modificación no se ha hecho cargo de aquellas incongruencias que presenta la ley 18.600 sobre discapacidad mental (véase pregunta N° 1 precedente)

¿RESPONDE LA LEGISLACIÓN ACTUAL Y SU PROYECTO DE MODIFICACIÓN AL CUMPLIMIENTO DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES?

En virtud de lo comentado precedentemente, se puede afirmar que las leyes actualmente en vigor (19.284 y 18.600), en cuanto al proyecto de modificación legal, si bien contienen normas que tienden hacia el modelo social y dan pasos hacia el modelo de derechos humanos de las personas con discapacidad, lo cierto es que siguen existiendo complejos vacíos en la esfera de los derechos fundamentales de este colectivo. De este modo, aún cuando es un progreso que el proyecto de modificación anuncie y defina el “derecho a la equiparación de oportunidades” y efectúe lineamientos específicos sobre éste y sus eventuales violaciones -detectando que se omitió señalar algunas hipótesis de conculcación, como abandono, maltrato y abuso económico-, lo cierto es que al no considerar el perfeccionamiento legal sobre algunos derechos esenciales en el plano civil, político, económico, social y cultural, dicho progreso resulta algo vacío, en cuanto a no precisar las fórmulas operativas para el ejercicio de aquéllos.

Se debe hacer notar que existen definidos estándares internacionales, tanto en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, de la ONU; en el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, de la ONU; en la Convención Americana de Derechos Humanos, de la OEA; en el Protocolo

adicional a dicha convención, de la OEA; en las Normas Uniformes para la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, de la ONU; en la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra dichas personas, de la OEA, y también cobra vigor el trabajo del Comité ad hoc de las Naciones Unidas para la elaboración de una Convención Mundial sobre los derechos de las personas con discapacidad. Estos instrumentos -tanto en el plano general, como en el plano particular de las personas con discapacidades, según sea la naturaleza de la normativa internacional- han abordado los derechos a la capacidad jurídica, a la libertad de desplazamiento, a la libertad de expresión e información, el acceso a la justicia, el derecho a sufragio y el derecho al trabajo, entre otros.

No obstante, en la esfera de los derechos civiles, subsisten en la legislación chilena normas que afectan al colectivo que nos ocupa:

a. Capacidad Jurídica:

- La capacidad jurídica de personas sordas o sordomudas, que a juicio del mundo oyente “no pueden darse a entender claramente”, por lo que es posible sean consideradas legalmente “absolutamente incapaces” (y declararse su interdicción), desconociendo la voluntad de este manifestante y los mecanismos de comunicación con los que puede interactuar con el medio (incluida la intermediación de intérprete).

- La capacidad jurídica de personas con discapacidad mental, quienes pueden ser declaradas interdictas (por considerarlas absolutamente incapaces) en un procedimiento judicial, sin el cumplimiento de ciertas garantías como la intervención de un defensor de los derechos de estas personas. Tratándose de quienes presentan limitación de causa síquica, tampoco se consideran los periodos de lucidez que puedan vivenciar y que les habilitarían para ejercer ciertos rangos decisionales, pudiendo analizarse salvaguardas al respecto (servicios de apoyo tratándose de determinadas materias, por ejemplo, que no impliquen enajenación de bienes o afectación a los derechos de terceros).

- La capacidad jurídica de personas con discapacidad mental que se encuentren al cuidado de instituciones. Estas últimas, por el solo ministerio de la ley, pueden acceder a la curaduría provisoria de dichas personas (que en la práctica podría extenderse por toda la vida del pupilo), haciendo presente que en este caso no existe relación de parentesco entre el curador y el afectado por la medida. En consecuencia, no se respetan las normas de un “debido proceso”, con el agravante de las implicancias que tiene una medida tan severa y drástica como la comentada.

En todos los casos enunciados, tampoco se ha considerado la revisión periódica de la medida (interdicción y/o curaduría) y la supervigilancia en el ejercicio de las curadurías provisorias o definitivas, en pro del respeto de los derechos fundamentales.

b. Libertad de desplazamiento:

- La libertad de desplazamiento se ve afectada por acentuadas situaciones de falta de accesibilidad al espacio físico, al transporte público e incluso al tráfico aéreo de personas con discapacidad (en este último caso, por eventual invocación del transportador respecto de la “seguridad de la aeronavegación”. Existe un proyecto de reglamentación sobre pasajeros con necesidades especiales, el cual debería ir aparejado de una modificación al código aeronáutico en la materia). Respecto de estas situaciones, no se registran significativos progresos en términos normativos y prácticos.

Ⓒ Libertad de expresión e información:

- La libertad de expresión e información de las personas sordas, toda vez que no existe el imperativo normativo, para los canales de televisión, de incorporar la lengua de señas en sus ediciones informativas centrales, debates electorales, resultados de elecciones e información pública en general, aún cuando esta forma de comunicación es la reconocida por la comunidad de personas sordas del país como el mecanismo corrientemente utilizado por ellas. Tampoco se ha considerado legalmente la subtitulación en caracteres escritos para otorgar la accesibilidad informativa al sector que maneja la lectura alfabética (hoy depende de la voluntad de los canales de televisión).

Ⓓ Acceso a la justicia:

- El acceso a la justicia se ve afectado debido a la ausencia de consagración legal de acciones judiciales colectivas cuando se ve conculcado el interés grupal de este sector.

- A su vez, el no establecimiento de ajustes o adecuaciones que faciliten dicho acceso, manteniéndose incluso ciertas barreras legales como las que afectan a determinadas personas con discapacidad para testificar en juicio, representan trabas en el ejercicio del derecho señalado.

- Por otro lado, la redacción actual de la Ley, en cuanto entrega competencia a los jueces de policía local para conocer de discriminaciones o afectaciones de derechos de las personas con discapacidad, da un margen para que algunos jueces se declaren incompetentes cuando el derecho invocado no sea de aquellos que señaló expresamente la Ley. Se puede entender que el espíritu del legislador fue amplio; sin embargo, la redacción no fue la más afortunada para la salvaguarda de la condición jurídica de estas personas.

En cuanto a los derechos políticos, persisten marcadas dificultades para las personas con discapacidades sensoriales y físicas en torno a ejercer efectivamente el derecho a sufragio, debido a la mantención de barreras en las distintas formas de accesibilidad que se requieren para cada uno de estos casos. Si bien existe un proyecto de ley sobre “voto asistido”, éste resulta equívoco, toda vez que, intentando facilitar el ejercicio del mencionado derecho constitucional, condiciona dicha circunstancia a la inscripción del elector en el Registro Nacional de la Discapacidad. ¿Qué relación tiene el ejercicio del derecho con un registro que se ha tratado de justificar como un catastro sobre quienes se canalizan recursos fiscales? En definitiva, existen aspectos medulares de derechos fundamentales que la legislación actual y el proyecto de modificación no han abordado, con lo cual, claramente, no se están cumpliendo los estándares internacionales en las materias precisadas.

ASÍ CONCEBIDA LA LEGISLACIÓN CHILENA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD, ¿ESTARÍA DANDO CUMPLIMIENTO A LO PRESCRITO EN LA CARTA FUNDAMENTAL?

La Constitución Política de la República de Chile parte señalando, en las bases de la institucionalidad, que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos; que el Estado está al servicio de la persona humana; que su finalidad es promover el bien común y que se desea garantizar la igualdad de oportunidades.

En tanto, el capítulo sobre derechos y deberes constitucionales es el compendio de los distintos derechos fundamentales que asisten a toda persona en los planos civil, político, económico, social y cultural. En cuanto al derecho a sufragio, existe además, una normativa específica en su consagración constitucional.

Se debe enfatizar que la Carta Fundamental tiene como uno de sus ejes medulares el principio de igualdad, contemplándolo en sus diversas concepciones y dando pie para extraer el “derecho a no ser discriminado”.

Todo ello implica que el marco proporcionado por la Constitución es lo suficientemente amplio para concebir una legislación sobre discapacidad que acote, en forma adecuada, cada uno de los derechos rectores de la vida social y política del país, tratándose del colectivo cuyo estatus jurídico analizamos. Por lo tanto, y en una mirada de contrapunto, podemos afirmar que la normativa legal en discapacidad registra serias falencias que deben ser subsanadas con el propósito de dar cumplimiento efectivo a los mandatos constitucionales.

¿EXISTE EN LA LEGISLACIÓN CHILENA UNA ESPECIFICIDAD DE LOS DERECHOS LABORALES TRATÁNDOSE DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (DERECHOS DIFERENCIADOS EN RAZÓN DEL GRUPO)?

Primeramente, es preciso señalar que Chile cuenta con una Carta Fundamental y un Código del Trabajo cuyos cuerpos de garantía son aplicables a todos los chilenos sin excepción y, por ende, a las personas con discapacidad.

La Ley de Integración Social 19.284 consagra un marco general, en cuanto impone al Estado la obligación de crear condiciones y velar por la inserción laboral de las personas con discapacidad, a objeto de asegurar su independencia, desarrollo personal, ejercicio del derecho a constituir una familia y a gozar de una vida digna. Ello enlaza con la obligación que se establece a los organismos públicos y privados de capacitación y empleadores que ofrezcan cursos, empleos, servicios, llamados a concurso y otros similares, exigiendo la rendición de exámenes u otros requisitos análogos, quienes deberán “adecuar los mecanismos de selección, en todo cuanto sea necesario, para permitir la participación de las personas con discapacidad con igualdad de oportunidades”.

A la par, existen normas complementarias en dicha ley que determinan que el Estado promoverá la capacitación (teniendo en cuenta las necesidades, capacidades, intereses y educación de las personas con discapacidad como también el mercado laboral), en pro de la inserción laboral, y se amplía la edad para el contrato de aprendizaje tratándose de estas personas, considerando materiales adaptados.

En la ley 18.600, sobre discapacidad mental, se releva aquella norma que prescribe que los organismos de la administración del Estado no podrán hacer discriminación alguna en los llamados a concurso ni en los nombramientos o contrataciones, respecto de las personas con esta discapacidad, para funciones o labores que resulten compatibles con su condición sicobiológica. No obstante, llama la atención que este cuerpo legal establece una norma reñida al principio de “justa retribución” por la realización de un trabajo, toda vez que permite la contratación de personas con discapacidad mental haciendo excepción a la regla general del ingreso mínimo para los trabajadores en Chile. Evidentemente, no es plausible argumentar que una disposición de esta índole pueda considerarse “un incentivo a la inserción laboral”, toda vez que es contraria al modelo de derechos humanos con que debe enfocarse la discapacidad.

Por otra parte, es preciso destacar que el reglamento sobre concursos del Estatuto Administrativo N° 69 prohíbe la discriminación por causal de discapacidad en la esfera que le es propia. Por su lado, el Código del Trabajo también prohíbe toda discriminación (aunque no se explicita la discapacidad, se entiende la disposición en sentido amplio). En consonancia, el mismo código dispone que la invalidez, total o parcial, no es justa causa para el término del contrato de trabajo. El trabajador que fuere separado de sus funciones por tal motivo, tendrá derecho a las indemnizaciones legales que correspondan.

En este cuadro general, con cierta tendencia a la inserción laboral de las personas con discapacidad, y teniendo en cuenta los once años de vigencia de la Ley de Integración Social, se sigue verificando el panorama concreto de una disminuida inclusión en este ámbito, en relación a quienes no vivencian dicha condición. Es así como Endisc 2004 refiere un 29.2% de personas con discapacidad que realizan trabajo remunerado frente a un 48,1% de la población sin discapacidad que lo hacen.

En el parámetro de los estándares internacionales, podemos afirmar que la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad proscribe las acciones u omisiones discriminatorias, obligando a los estados a ser pro-activos en la adopción de todas aquellas medidas que faciliten la inserción de este colectivo, entre ellas las relativas al ámbito laboral. En tal sentido, la legislación chilena ha dado algunos pasos en cuanto a establecer ciertas directrices, como las revisadas al examinar la ley 19.284, la ley 18.600, el Reglamento sobre Concursos del Estatuto Administrativo y el Código del Trabajo. No obstante, por la falta de una decidida y sólida definición en el modelo de derechos humanos de la discapacidad, persisten algunas disposiciones legales que siguen produciendo un desincentivo a la inserción laboral de este colectivo. En efecto, la normativa que establece las pensiones asistenciales de “invalidez” mantiene la incompatibilidad de estas con el ejercicio de un trabajo que implique una retribución mayor a aquella que provee la Pensión Asistencial, Pasis. La persona con discapacidad, en general, optará por la exigua pensión versus un trabajo, que en muchas ocasiones es inestable en sus condiciones y duración. Llama la atención que el sistema político-jurídico nacional no ha dado solución a este problema, el que es ampliamente conocido y reclamado por las personas con discapacidad durante años.

Otro obstáculo a la mencionada inserción lo constituye aquella norma del Estatuto Administrativo que exige “salud compatible al cargo”, lo que aún no encuentra solución legal en términos de aclarar que la discapacidad, por sí misma, no es necesariamente causal de incompatibilidad. Esta misma barrera legal se repite en el Estatuto Municipal, el Estatuto Docente y el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal.

Por lo expresado, para que un modelo de derechos humanos aborde la temática de la discapacidad debe subsanar las trabas legales mencionadas, como también derogar la excepción al ingreso mínimo tratándose de trabajadores con discapacidad mental.

Aún luego de esta reflexión, cabe preguntarse ¿qué ha faltado a la legislación chilena para ser más efectiva en la inserción laboral deseada para las personas con discapacidad? En otras palabras, si la normativa chilena ha sido insuficiente, ¿qué implementación diferenciada se requiere para el efectivo ejercicio del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, siendo éste un derecho humano económico-social de tanto impacto en la vida de los individuos?

En este sentido, el repertorio de medidas de acción positiva e incluso de discriminación inversa que plantean tanto las Normas Uniformes para la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad de Naciones Unidas, la recomendación N° 168 y los convenios de la OIT, considerando también la propuesta del Comité ad hoc de Naciones Unidas para una Convención Mundial de los derechos humanos de las personas con discapacidad resultan ser una buena clave, brindando distintas alternativas en la materia, las que no han sido exploradas en el caso chileno (pese a algunas propuestas aisladas que no han logrado consolidarse). Estas esferas no han sido consideradas en el Proyecto de Modificación a la Ley. A modo ejemplar, podemos mencionar las siguientes:

Normas Uniformes/ ONU: El apoyo activo de los Estados se podría lograr a través de la capacitación profesional especializada, los planes de cuotas basadas en incentivos, el empleo reservado, préstamos o subvenciones para empresas pequeñas, contratos de exclusividad o derechos de producción prioritarios, exenciones fiscales, supervisión de contratos u otro tipo de asistencia técnica y financiera para las empresas que empleen a trabajadores con discapacidad. Los Estados han de estimular también a los empleadores a que hagan ajustes razonables para dar cabida a personas con discapacidad. Los programas de medidas estatales deben incluir: medidas para diseñar y adaptar los lugares y locales de trabajo de forma que resulten accesibles a las personas que tengan diversos tipos de discapacidad; apoyo a la utilización de nuevas tecnologías y al desarrollo y la producción de recursos, instrumentos y equipos auxiliares, y medidas para facilitar el acceso de las personas con discapacidad a esos medios; prestación de servicios apropiados de formación, colocación y de apoyo como, por ejemplo, asistencia personal y servicios de interpretación. En su calidad de empleadores, los Estados deben crear condiciones favorables para el empleo de personas con discapacidad en el sector público. Los Estados, las organizaciones de trabajadores y los empleadores deben cooperar con las organizaciones de personas con discapacidad en todas las medidas encaminadas a crear oportunidades de formación y empleo, en particular, el horario flexible, la jornada parcial, la posibilidad de compartir un puesto, el empleo por cuenta propia y la existencia de asistentes para las personas con discapacidad cuando fuese necesario.

Recomendación N° 163/ OIT: Incentivos económicos para alentar a los empleadores a proporcionar formación y empleo a las personas con discapacidad, así como a adaptar los lugares de trabajo, la estructuración de las tareas, las herramientas, la maquinaria y la organización del trabajo para facilitar tal formación y empleo; ayuda gubernamental adecuada para establecer diversos tipos de empleo protegido para las personas con discapacidad que no tengan acceso a los empleos no protegidos; fomento de la cooperación entre talleres protegidos y talleres de producción en materia de organización y de gestión, a fin de mejorar la situación de empleo de sus trabajadores con discapacidad y, siempre que sea posible, ayudarlos a prepararse para el trabajo en condiciones regulares; ayuda gubernamental adecuada a la formación profesional, la orientación profesional, el empleo protegido y los servicios de

colocación administrados por organismos no gubernamentales; fomento del establecimiento y desarrollo de cooperativas por personas con discapacidad y para ellas, las cuales estarían abiertas a los trabajadores en general; ayuda gubernamental apropiada, con objeto de promover la creación y el desarrollo por personas con discapacidad y para ellas de pequeñas empresas y talleres de producción, cooperativos o de otro tipo (eventualmente abiertos a los demás trabajadores en general), siempre que tales empresas y talleres se ajusten a normas mínimas preestablecidas; eliminación gradual de las barreras y obstáculos de orden físico, arquitectónico o relativos a la comunicación que afectan el transporte, el acceso y el libre movimiento en los locales de formación y empleo de personas con discapacidad; fomento de medios de transporte adecuados con destino y a partir del lugar de la readaptación y del lugar del trabajo, de conformidad con las necesidades de las personas con discapacidad; difusión de casos exitosos de integración en el empleo de personas con discapacidad; exención de la percepción de impuestos internos, o de otras cargas internas de cualquier índole, en el momento de efectuar la importación o ulteriormente, sobre los artículos, materiales y equipos de formación determinados que requieran los centros de readaptación, los talleres, los empleadores y las personas con discapacidad, y sobre los aparatos auxiliares e instrumentos determinados que necesiten las personas con discapacidad para obtener y conservar el empleo; el establecimiento de empleos a tiempo parcial, incluidas otras disposiciones de trabajo, de acuerdo con la capacidad de cada persona con discapacidad que no pueda ocupar un empleo a tiempo completo; estudios e investigaciones, con la posible aplicación de sus resultados, respecto de diversos tipos de discapacidades; ayuda gubernamental apropiada, con miras a eliminar las posibilidades de explotación que puedan surgir en el marco de la formación profesional y en los empleos protegidos y para facilitar la transición al mercado regular del empleo.

Convención Mundial sobre los derechos de las personas con discapacidad (propuesta del Comité ad hoc)/ ONU: Se establece que los Estados Partes darán el ejemplo empleando a personas con discapacidad; fomentarán las oportunidades de empleo por cuenta propia, la actividad empresarial y la puesta en marcha de una empresa propia, y alentarán a los empleadores a que contraten a personas con discapacidad, mediante programas de acción afirmativa.

¿SE CUMPLEN LAS NORMATIVAS LABORALES EN PRO DE LA INSERCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD?

Los 18,9 puntos porcentuales de diferencia que sitúan a las personas con discapacidad por debajo, en relación a quienes estarían desempeñando una labor remunerada, dan clara referencia en cuanto a que el sistema legal chileno no estaría abordando apropiada y profundamente la inserción laboral del colectivo mencionado en este informe. Esto, en términos de medidas de acción positiva que pudieren utilizarse, insuficiencia y necesaria coordinación de las políticas públicas en la materia, pero también el incumplimiento de aquellas normativas laborales que -aunque insuficientes- podrían tener un mayor grado de aplicación y cumplimiento.

En otras palabras, si bien existen algunas normas para la inserción laboral en parámetros bastante generales, los desincentivos legales a la contratación y el no abordaje desde el modelo de derechos humanos con claras “medidas de acción positiva”, incluidas las de “discriminación inversa” (incentivos en el sector privado, cuotas en el sector público, entre otras), implican una ineficacia en el ejercicio de las garantías constitucionales y los marcos regulatorios en pro de la integración social de este grupo humano en la esfera que nos ocupa. Por ello, se puede afirmar que no existe un cabal cumplimiento de las directrices generales que tienden a la inserción laboral.

Junto con relevar el alto significado que representa un sistema educativo inclusivo, que resguarde como objetivo transversal la no discriminación, proveyendo a la evolución socio-cultural de las generaciones futuras, como también el rol de los medios de comunicación social y los agentes públicos y privados, que abordan la temática de la discapacidad desde una perspectiva medial, particularmente en la órbita laboral es imprescindible destacar los siguientes aspectos para el adecuado cumplimiento normativo:

a) Fiscalización e interpretación normativa: En este sentido es importante considerar el efectivo ejercicio que debe hacer la Dirección del Trabajo -dentro de las competencias que le son propias- en orden a la salvaguarda de los derechos de las personas con discapacidad en cuanto a su inserción y al adecuado ejercicio de sus relaciones laborales. Dentro de sus atribuciones, podría, de oficio, generar jurisprudencia administrativa en la esfera de discapacidad y relaciones laborales, constituyendo un precedente de alta significación para empleadores y trabajadores (dictámenes). Asimismo, podrá desarrollar una línea de difusión sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito laboral, sus talentos y habilidades en el trabajo, desterrando estereotipos.

De igual modo, la Dirección Nacional del Servicio Civil -también dentro de las competencias que le son propias- debería ocuparse directamente de la amplia gama de temáticas que implica la inserción laboral de personas con discapacidad en el sector público y el mantenimiento de un sano desempeño laboral, contando la persona con discapacidad con los ajustes razonables para ello, sin discriminación.

Por otra parte, si finalmente se amplían las facultades del Fonadis, en una clara señal de pretender transformarlo en un “servicio”, también aquí existirá un eje importante, no sólo desde el punto de vista de la fiscalización, sino también como agente coordinador de las distintas acciones en este ámbito. Lo propio podría acontecer con el Mideplan, si esta secretaría de Estado asumiere el liderazgo que, de acuerdo a la Ley, le corresponde en materia de discapacidad.

b) Recursos Judiciales: Si bien en la actualidad existen los mecanismos constitucionales (recurso de protección), aspectos legales para, teóricamente, abordar los fenómenos discriminatorios (procedimiento de la Ley de Integración Social de las Personas con Discapacidad y procedimiento laboral), lo cierto es

que no es frecuente la presentación de recursos ni acciones por discriminación, particularmente en el ámbito laboral, y menos aún tratándose de personas con discapacidad. Ello mueve a detectar la necesidad de efectuar un riguroso estudio de las causales de inacción judicial de este colectivo y la escasa jurisprudencia en materia de discriminación.

En tal sentido, es esperable que la reforma procesal laboral, que se encuentra actualmente para promulgación por el Ejecutivo, sumada a la creación de nuevos juzgados laborales, sea un paliativo que implique proporcionar los mecanismos y facilidades para la efectiva defensa de los derechos de los trabajadores, entre ellos quienes presentan discapacidad. Es válido también reiterar la idea de consagrar normativamente las acciones grupales para las personas con discapacidad cuando se vean afectados sus intereses colectivos, y precisamente el ámbito laboral sería uno de los campos de mayor significación como “objeto de la litis”.

Del análisis comentado se desprenden recomendaciones tendientes a consolidar el modelo de derechos humanos en la legislación sobre discapacidad, dando a la vez contenido al “Derecho a la Equiparación de Oportunidades”, en términos de subsanar las actuales dificultades que impiden el disfrute de distintos derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales por parte de las personas con discapacidad.

En el ámbito laboral, ello se extiende a profundizar en las medidas de acción positiva que sean necesarias para disminuir la brecha existente entre este sector de la población y las personas sin discapacidad que cuentan con un empleo. A esto se debe sumar la fiscalización en el cumplimiento normativo, por parte de los actores que tienen potestad para ello, y la consagración de acciones judiciales de carácter colectivo que potencian las legítimas reclamaciones del grupo cuyo estatus jurídico se ha examinado. Ello considerando, además, el rol de control que deben ejercer los sindicatos y las organizaciones de personas con discapacidad.

