

**LA LEY DE INCLUSIÓN LABORAL PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD:
INCOMPATIBILIDAD DE LA ACCIÓN AFIRMATIVA CON EL RECLUTAMIENTO Y
SELECCIÓN DE PERSONAL ORIENTADOS HACIA EL RENDIMIENTO**

*LABOR INCLUSION ACT FOR PEOPLE WITH DISABILITIES: INCOMPATIBILITY OF AFFIRMATIVE ACTION AND
RECRUITMENT AND SELECTION GUIDED TOWARDS PERFORMANCE*

Autor:

Carlos Gutiérrez Moya¹

Resumen:

Existe una tendencia progresiva del poder legislativo en los países occidentales, a utilizar la acción afirmativa para favorecer a grupos desaventajados, en razón de la raza y el género, extendida a otras categorías sospechosas tales como las personas con discapacidad. En Chile fue aprobada la Ley n° 21.015 que incentiva la inclusión de trabajadores con discapacidad al mundo laboral, que contiene la acción afirmativa de dos tipos, la preferencia automática y la cuota obligatoria, y además, una medida de promoción positiva llamada ajustes razonables. La Ley n° 21.015 es una herramienta eficaz para promover la inclusión de personas con discapacidad en los puestos de trabajo, especialmente de aquellos que son discriminados o desconsiderados no obstante ser competentes y haber demostrado estar cualificados para desempeñar con excelencia el empleo ofrecido. A pesar de sus propósitos altruistas, la acción afirmativa es cuestionada desde dos puntos de vista. En primer lugar, la preferencia automática y la cuota obligatoria de origen legal en el acceso al trabajo, otorgan un privilegio inmerecido al postulante que padece una discapacidad, que rompe la estructura lógica del derecho a la igualdad ante la ley. En segundo lugar, la acción afirmativa es incompatible con el reclutamiento y la selección del personal orientada hacia el rendimiento del trabajador. La Constitución chilena asegura al empleador la facultad de exigir al candidato la cualificación ocupacional basada en su capacidad e idoneidad personal que sea necesaria razonablemente para el funcionamiento normal del negocio o empresa. Según la Constitución chilena, no es permitido al Congreso Nacional aprobar leyes que restrinjan el contenido esencial de la libertad de contratación de trabajadores, mediante una cuota laboral obligatoria. Sin embargo, las medidas alternativas a la cuota obligatoria y los ajustes razonables, logran que la Ley n° 21.015 apruebe el examen de constitucionalidad.

¹ Juez del 5° Juzgado de Garantía de Santiago.

PALABRAS CLAVES: Inclusión laboral, personas con discapacidad, acción afirmativa, principio meritocrático.

***ABSTRACT:** There is a progressive tendency of the legislative branch in the Western countries, to use affirmative action in favor of disadvantaged groups, because of race and gender, extended to other suspect classes such as people with disabilities. The Labor Inclusion Act n° 21.015 of 2017 contained the affirmative action of to types, the automatic preference and the mandatory quota, as well as the positive promotion measure called reasonable accommodation. The Labor Inclusion Act n° 21.015 of 2017 is an efficient tool to promote the inclusion of people with disabilities into the work places, whom are discriminated or desconsiderated, although they are otherwise competent and have proved their occupational qualification for the operation in the job offered. Although its altruist purpose, automatic preference and affirmative action are incompatible with recruitment and selection guided towards performance of the worker. First, a mandatory quota of legal origin in the access to work, provides an undeserved privilege to the candidate who has a disability, which breaks the logic structure of the equal protection clause. Second, chilean Constitution guarantees the employer the liberty to require the candidate the occupational qualification based on his capability and personal suitability, reasonable necessary to the normal operation of the particular business or enterprise. Under chilean Constitution, Congress is not allowed to pass laws which interfere the freedom to hire workers, by means of a mandatory labor quota. Nevertheless, the alternative measures to the quote and reasonable accommodation make the Labor Inclusion Act n° 21.015, constitutional.*

KEY WORDS: Labor Inclusion, disabled persons, affirmative action, meritocratic principle.

INTRODUCCIÓN

Con el objeto de desarrollar sus planes de vida, las personas con discapacidad necesitan interactuar en la vida cotidiana con otras personas e instituciones que también tienen derechos fundamentales o intereses relevantes que merecen protección jurídica. En el ámbito laboral, las personas con discapacidad se relacionan con las empresas públicas creadas por ley y las empresas del sector privado, precisamente cuando postulan a un puesto vacante o ejercen sus labores en una de ellas.

El interés del poder legislativo chileno en prohibir la discriminación contra las personas que padecen una discapacidad, especialmente en el acceso al empleo, es cada vez más intenso y concreto. Prueba de ello es la incorporación expresa de la categoría sospechosa de "discapacidad" en la enumeración contenida en el artículo 2° del Código del Trabajo, que resultó reformado. Estas categorías sospechosas de discriminación arbitraria son prohibidas por la ley, cuando "tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación". El número 1 del artículo 1° de la Ley n° 20.940, publicada en el Diario Oficial del día 8 de septiembre de 2016, añadió en el Código del Trabajo "situación económica, idioma,

creencias, participación en las organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad”.

El artículo 2° del Reglamento del Capítulo II “De la Inclusión laboral de las personas con discapacidad” aprobado en virtud de Decreto N° 64 y de Decreto N° 65, ambos del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, ha formulado una definición de persona con discapacidad para efectos de la inclusión laboral. Señala que *“se entenderá por persona con discapacidad 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”.*

Un instrumento del derecho antidiscriminatorio que sirvió como fuente material de la ley n° 21.015, fue la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en la ciudad de Guatemala, el 7 de junio de 1999, y promulgada en Chile a través del Decreto n° 99, de 25 de marzo de 2002, del Ministerio de Relaciones Exteriores. En virtud de esta Convención, los Estados Partes se comprometen, en su artículo III, numeral 1, a *“adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad”.*²

Chile es parte de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General el 13 de diciembre de 2006 en su resolución 61/106. Ella prohíbe la discriminación en razón de la discapacidad en el ámbito público y en el privado, y promueve la remoción de los obstáculos y el impulso de programas sociales, a favor de las personas que padezcan alguna discapacidad. El artículo 9 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, establece que:

A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán entre otras cosas, a: ...

² Citado textualmente en DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Dictamen 4137/101 que informa sobre el sentido y alcance de la ley n° 21.015, p. 2.

El artículo 27 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ordena a los Estados Partes salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: *“h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas”*.

Con la finalidad de cumplir estos instrumentos internacionales, el Congreso Nacional aprobó la Ley N° 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de las personas con discapacidad fue publicada en el Diario Oficial el día 10 de febrero de 2010. El objeto de esta ley, señala su artículo 1°, *“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”*.

El artículo 5° de la ley N° 20.422 define lo que es una persona con discapacidad para los efectos legales: *“Persona con discapacidad es aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensorial, 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, e igualdad de condiciones con los demás”*. Esta definición legal de persona con discapacidad es un hito importante en el avance de la inclusión laboral de quienes pertenecen a este colectivo social. Esto se debe a que no solo regula el origen de las minusvalías, sino también pone especial énfasis en la igualdad de oportunidades como condición necesaria para la superación de obstáculos prácticos, que van más allá de la prohibición de la discriminación arbitraria.

Como resultado de la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Presidente de la República MICHELLE BACHELET presentó un proyecto de ley (mensaje presidencial) a la Cámara de Diputados. Siguiendo todos los trámites del proceso de formación de las leyes, el proyecto de ley culminó satisfactoriamente para el gobierno de Nueva Mayoría, con la aprobación por el Congreso Nacional de la Ley n° 21.015 que incentiva la inclusión de personas con discapacidad al mundo laboral, publicada en el Diario Oficial de fecha 15 de junio de 2017.

La ley de inclusión laboral tiene fundamento constitucional en el “principio de igualdad de oportunidades”, que es posible de obtener interpretando en un sentido evolutivo, el artículo 1° inciso final, parte última, de la Constitución Política de la República. Este principio de igualdad de oportunidades es una base de la institucionalidad que ordena al Estado *“...promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”*.

La acción afirmativa en diversos ámbitos puede ser justificada *prima facie* en la justicia social y la solidaridad, y en este sentido modifica la idea original de igualdad de oportunidades que diseñó el poder constituyente. El principio de igualdad de oportunidades contenido en el texto constitucional está redactado en términos suficientemente amplios, y en consecuencia, permite abarcar las medidas de promoción positivas tales como la acción afirmativa. En virtud de una mutación constitucional, nada obsta a que esta interpretación originalista de la decisión del poder constituyente pueda ser actualizada “con el contexto de la aplicación de las normas”,³ en virtud de una interpretación evolutiva aplicada a los casos concretos. Al respecto, el día 9 de noviembre de 2017, en el auditorio de la Dirección del Trabajo, ALEJANDRA KRAUSSE, Ministro del Trabajo y Previsión Social del segundo gobierno de la Presidente MICHELLE BACHELLET, inauguró el foro sobre ley de inclusión laboral expresando que “*todos pueden aportar al desarrollo del país, y que este sea humano e inclusivo*”.⁴

El artículo 5° de la ley 21.015, deroga con su entrada en vigencia el artículo 16 de la ley n° 18.600, de 1987, que establece normas sobre deficientes mentales, y que prescribe: “*En el contrato de trabajo que celebrare una persona con discapacidad mental, podrá estipularse una remuneración libremente convenida por las partes, no aplicándose a este respecto las normas sobre ingreso mínimo*”. En virtud de la ley 21.015, todos los trabajadores que sean contratados y que tengan alguna discapacidad, gozan ahora de los mismos derechos laborales que los demás trabajadores. El sueldo pactado inferior debe ser elevado al nivel del salario mínimo⁵, o bien, debe aumentarse al salario de eficiencia⁶ que convenga al empleador, con acuerdo del trabajador.

Asimismo, el artículo 2° parte final de la ley n° 21.015 reemplazó en el artículo 47 de la ley N° 20.422 la frase “*sin limitación de edad*” por “*hasta los 26 años de edad*”. En consecuencia, desde ahora la extensión indefinida del contrato de aprendizaje de personas con discapacidad mas allá de los veintiséis años, queda prohibida por resultar una discriminación inaceptable. Aunque la equidad salarial es un avance importante a favor de las personas con discapacidad, las dificultades que ellos deben enfrentar durante la búsqueda de un empleo formal, son hechos indesmentibles. Las razones son el desconocimiento de sus competencias laborales y los prejuicios.

En Europa, también se ha justificado la intervención regulatoria utilizando programas de acción afirmativa, sosteniendo que “la implementación de cuotas que automáticamente crean una

³ BASSA (2008) p. 127.

⁴ MINISTERIO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, *Expertos analizan avances legales para trabajadores con discapacidad*, p. 2.

⁵ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Dictamen 4137/101 que informa sobre el sentido y alcance de la ley n° 21.015, p. 15.

⁶ Salario de eficiencia es el sueldo que los empleadores están dispuestos a pagar por contratar o mantener contratado a un trabajador, superiores al nivel de equilibrio en el mercado laboral, que las empresas utilizan como incentivo para una mayor productividad.

ventaja, como única solución posible al problema de la discriminación.”⁷ La prohibición de la discriminación, sea directa o indirecta, comprende las condiciones de accesibilidad al empleo, incluyendo los criterios de reclutamiento y selección de candidatos a cargos y empleos públicos y a puestos de trabajo en empresas, hasta las causas de desvinculación por destitución o despido. Este argumento antidiscriminatorio a favor de las personas con discapacidad, puede ser utilizado perfectamente en relación con la Ley n° 21.015.

En esta investigación analizaremos el concepto, el origen y los objetivos de la acción afirmativa. Luego desarrollaremos las clases de acción afirmativa que están contenidas en la Ley N° 21.015, cuales son, la preferencia automática a favor de los postulantes a cargos públicos, en el sector público, y la cuota obligatoria respecto a los candidatos a puestos de trabajo, en el sector privado. Continuaremos estudiando la medida de promoción positiva llamada ajustes razonables, aplicable a los trabajadores dependientes ya contratados. Demostraremos que la acción afirmativa beneficia dentro de la categoría de personas con discapacidad, únicamente a quienes no serían contratados de ninguna manera en forma voluntaria, mediante los procesos de reclutamiento y selección normales. Asimismo, probaremos que la acción afirmativa objetivamente jamás puede estar orientada hacia el rendimiento del factor trabajo. Por el contrario, los ajustes razonables son útiles y toman en cuenta la orientación hacia el resultado de la organización empresarial.

I. LA ACCIÓN AFIRMATIVA COMO CONJUNTO DE MEDIDAS POSITIVAS PROMOCIONALES DE INCLUSIÓN LABORAL

1. Origen

La igualdad como principio distributivo contribuye a engrosar las políticas sociales, determina los criterios de discriminación positiva, se alía con lo que hemos dado en llamar progreso.⁸ La acción afirmativa es un concepto jurídico creado en Estados Unidos de América, en la década de los 60.⁹ Quienes han sostenido su legitimidad, argumentan que es una medida promocional necesaria para compensar a quienes han sufrido desigualdades históricas. La “igualdad real” de otros grupos preteridos se viene realizando, por su parte, mediante sistemas desiguales redistributivos de beneficios y cargas jurídicas. Ha de destacarse en particular la llamada “acción positiva” (*affirmative action*) o “discriminación inversa” (*reverse discrimination*), que constituye un régimen privilegiado en sentido literal del término (*privum*

⁷ PFARR (1998) p. 78.

⁸ VALCÁCER (1993) p. 12.

⁹ DWORKIN (2003) p. 276.

legum) con el fin de promover el ascenso social de sus destinatarios.¹⁰ Desde esta perspectiva, la discriminación compensatoria es un contenido legítimo del principio de igualdad.¹¹

La acción afirmativa tiene reconocimiento legal por primera vez, en Estados Unidos de América, en la *Civil Rights Act* de 1964, Título VII, Sec. 706. El “Título VII [de la Ley de Derechos Civiles] se aboca a la igualdad de oportunidades en el trabajo, estatuyendo, como práctica laboral ilegal, la discriminación por parte del patrón respecto de sus trabajadores en diversas hipótesis planteadas en la sección 703 de la ley”.¹² La principal razón de la acción positiva fue otorgar a la comunidad afroamericana en Estados Unidos una oportunidad justa para competir en el mercado del trabajo. El Presidente de los Estados Unidos de América LYNDON JOHNSON, en su discurso de inauguración de año académico de la Universidad de Howard, en 1965, decía “*nosotros no queremos solo libertad, sino también oportunidades...no solo equidad como derecho y teoría sino equidad como hecho e igualdad como resultado...*”.¹³

En los Estados Unidos, la Enmienda Decimocuarta de la Constitución federal asegura el derecho a la igualdad ante la ley: “*Ningún Estado dictará o hará ejecutar alguna ley que coarte las libertades e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco ningún Estado privará a nadie de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni denegará a ninguna persona dentro de su competencia la igual protección de las leyes*”.¹⁴ Esta reforma de la Constitución federal fue aprobada con la finalidad de añadir a ella el derecho fundamental a un igual tratamiento de todos los estadounidenses ante la ley. Es consecuencia lógica de su antecesora, la Enmienda Decimotercera, que prohibió la esclavitud en todo el territorio de la República.

En los Estados Unidos, la legitimidad de la cuota no puede ser deducida directamente del texto constitucional. La cláusula de igual protección de la Constitución federal estadounidense, asegura la igualdad formal ante la ley (derecho a un tratamiento igualitario) y prohíbe las discriminaciones odiosas y las no razonables (interdicción del prejuicio e interdicción de la arbitrariedad). Obviamente, “la cláusula de igual protección no protege a los ciudadanos de todas las distinciones o clasificaciones legales que juegan en su contra”.¹⁵ Hay razones para sostener, que al menos la cláusula de igual protección no prohíbe la posibilidad de establecer cuotas blandas (*soft quotas*), por ejemplo, crear preferencias a favor de miembros de grupos históricamente desaventajados, en porcentajes reducidos.

¹⁰ SIMÓN (2013) p. 107.

¹¹ ZÚÑIGA (2002) p. 237.

¹² GAMONAL (2004) p. 5.

¹³ COMMENCEMENT SPEECH, *Speeches & Presentations University of Howard*. Citado en PRÜGEL (2013) p. 299.

¹⁴ ZINN (2003) p. 198. Traducción del autor.

¹⁵ DWORKIN (2003) p. 451.

En Estados Unidos, una ley, o un programa, de acción afirmativa que favorezca a minorías étnicas, debe aprobar el examen de escrutinio estricto (*strict scrutiny test*) con ocasión de su revisión judicial. Este control de constitucionalidad de la ley o del programa, tiene por finalidad descartar todo prejuicio racial en la “clasificación sospechosa” invocada. El examen de escrutinio estricto exige que exista un interés imperioso (*compelling interest*) para establecer la diferenciación, en razón de su máxima trascendencia social,¹⁶ debiendo darse además una conexión estrecha (*narrowly tailored*) entre la clasificación sospechosa y el logro de tal interés, “en el sentido de tener que acreditar que no existe otro modo menos perjudicial para la consecución de tal objetivo”.¹⁷ En síntesis, la desigualación positiva debe estar estrechamente ligada al propósito primordial deseado por el autor de la norma jurídica, ya sea el Congreso o la Municipalidad, o del programa de selección de candidatos para ingresar a una Universidad.

Según el derecho estadounidense, las normas jurídicas o programas que establezcan diferencias en relación con las personas con discapacidad, son objeto del examen de base racional (*rational basis*). Este contiene la exigencia mínima de acreditar solamente una justificación razonable, por ejemplo, promover la inclusión social o la igualdad de oportunidades. A pesar de que las clasificaciones sobre la discapacidad son objeto de revisión constitucional solo sobre una base racional, según la Cláusula de Igual Protección, un estatuto federal prohíbe en términos amplios tal discriminación: la *Americans with Disabilities Act* (42 U.S.C. p. 12101 et seq.).¹⁸ La abreviatura en inglés de esta ley es “ADA”, que es traducida al castellano como “Ley para Estadounidenses con Discapacidades”, de 25 de julio de 1990.

2. Definición

La palabra inglesa “*action*” significa acción, que es “la operación de un agente”¹⁹. El término inglés “*affirmative*” significa “aserción”, “declaración”. Denota un impulso, un movimiento hacia adelante. Una definición de acción afirmativa se refiere a las “políticas o provisiones obligatorias que toman en cuenta ciertos factores definitorios, de un grupo de personas subrepresentadas o desaventajadas, en procesos selectivos importantes”.²⁰ La acción afirmativa plantea que a la hora de asignar oportunidades o recursos escasos, resulta correcto conferir ventajas a los miembros de ciertos grupos que, por motivos y circunstancias diversas, han sido postergados o maltratados en el pasado. Se mejora así el bienestar material y moral de las sociedades.²¹ Es posible concluir que

¹⁶ DIDIER (2012) p. 117.

¹⁷ BARRÈRE (2014) p. 32.

¹⁸ CHEMERINSKY (2009) p. 940. Traducción del autor.

¹⁹ FERRATER (2001) p. 41.

²⁰ FULLINWIDER (2001) p. 7. Traducción del autor.

²¹ PEÑA (2008) p. 87.

la noción de “discriminación arbitraria” que emplea el Tribunal Constitucional chileno es compatible con la permisión de la acción afirmativa, en razón a que lo prohibido por el artículo 19 n° 2, inciso final, de la Constitución, es tratar de manera excluyente, despectiva o perjudicial. Por el contrario, la diferenciación positiva, vale decir, aquella que tiene el propósito de otorgar un trato favorable a un colectivo o grupo desaventajado, no está afecta a la prohibición específica “*Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”, conocida como principio de interdicción de la arbitrariedad.

3. Fundamentos

El artículo cuarto de las disposiciones transitorias de la Ley n° 21.015 no utiliza el concepto “acción afirmativa”. Señala en vez de ella la expresión “*reserva legal de contratación de personas con discapacidad*”. Existe una presunción de constitucionalidad de las medidas de acción afirmativa contenidas en la Ley n° 21.015, que incentiva la inclusión de personas con discapacidad al mundo laboral. El Tribunal Constitucional chileno ha validado la cuota electoral de género contenida en el artículo 1° de la ley n° 20.840, publicada en el Diario Oficial el 5 de mayo de 2015, que sustituye el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional inclusivo y fortalece la representatividad del Congreso Nacional. Esta consiste en que “*De la totalidad de declaraciones de candidaturas a diputado o senador declaradas por los partidos políticos, hayan o no pactado, ni los candidatos hombres ni las candidatas mujeres podrán superar el sesenta por ciento del total respectivo*”. La constitucionalidad del nuevo artículo 3° bis, inciso quinto, de la Ley n° 18.700 sobre Votaciones Populares y Escrutinios, que ahora está ubicado en su Artículo 4°, inciso quinto, abrió una cuña en el sistema jurídico chileno que admite bajo ciertas circunstancias, algunas medidas de acción afirmativa en otras materias.

Es relevante el fundamento principal que el Tribunal Constitucional de Chile utilizó con ocasión del requerimiento de inconstitucionalidad presentado contra el proyecto de Ley n° 20.840 que sustituye el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional inclusivo y fortalece la representatividad en el Congreso Nacional. El excelentísimo Tribunal Constitucional de Chile declaró que:

“en la sentencia Rol 2777-15 (...) este Tribunal ya analizó el asunto, concluyendo que las normas del proyecto referidas precedentemente se encuentran ajustadas a la Constitución, considerando que no se impugna el mecanismo de cuotas de género propiamente tal, sino la limitación del 40 por ciento que se establece para las elecciones primarias, en circunstancias que el legislador orgánico constitucional puede, legítimamente, establecer esa limitación, pues se lo restringe temporal y parcialmente el sistema de primarias al

tiempo que el mecanismo de sistema de cuotas asegura la igualdad de oportunidades y la igualdad ante la ley”.²²

La acción afirmativa es una forma de intervención estatal que limita de hecho los derechos individuales y por lo tanto entra en conflicto con la función de los derechos básicos.²³ Establecer diferencias está autorizado por la Constitución, siempre y cuando estas desigualdades no sean caprichosas o injustas, ni otorguen privilegios, y estén suficientemente justificadas racionalmente. “Esto no significa que en el futuro vaya a ser siempre acogida, pues dependerá de la política en cuestión y del caso específico”.²⁴ Evidentemente, la acción afirmativa jamás puede ser obligatoria para la autoridad pública ni para los sujetos privados, pues su uso es optativo según las circunstancias concretas en que su aplicación resulte indispensable, idónea y conveniente, para satisfacer la igualdad de oportunidades.

4. Necesidad

La ley n° 21.015 diseñó dos tipos de acción afirmativa a favor de las personas con discapacidad: una preferencia automática y una cuota obligatoria. Asimismo, creó una medida de promoción positiva que consiste en una obligación de hacer ajustes razonables. Del total de 7.680.211 personas ocupadas en el país, el 13,3% corresponde a personas en situación de discapacidad. Vale decir, 1.021.468 de ellas son funcionarios de organismos públicos o trabajadores dependientes en empresas.

El tipo de discapacidad que predomina es la física, y un 27% de ellas trabaja en el rubro industrial, un 54 % en el área de servicios y un 19% en el comercio. Del total de personas con discapacidad mental-intelectual, un 71% están empleados en el sector industrial, un 18% en el sector servicios y un 11% en el comercio. De las personas con discapacidad auditiva un 57% están empleadas en el sector industrial, un 23% en el área de servicios y un 21% en el comercio. En el caso del tipo de discapacidad psíquica-psiquiátrica, un 51% se desempeña en el rubro industrial, un 28% en el área de servicios y 21% en el comercio.²⁵

Según los datos de la encuesta “discapacidad SOFOFA-OIT” elaborada en el año 2012, la distribución de personas con discapacidad según área de trabajo es la siguiente: 31% trabaja como operario, el 29,2% como personal de apoyo, el 17,9% en Administración, 16% labora en

²² En el requerimiento del caso Rol 2276-15.

²³ RABE (2001) p. 257. Traducción del autor.

²⁴ FIGUEROA (2016) p. 424.

²⁵ SOFOFA-OIT (2013) p. 22.

otras áreas y 5,6% se desempeña en el sector comercial y ventas²⁶ y el 0,3 en jefaturas o gerencias. Los sectores productivos en que son contratados son: 17% comercio minorista, 15% industria manufacturera, 8% comercio mayorista, 8% hoteles, casas de huéspedes o alojamientos, 8% transporte, almacenamiento y comunicaciones, 7% restaurantes y cafés, 7% servicios estables sociales, 6% construcción, 6% sector financiero y 18% otros.²⁷

Según el II Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile año 2015, el 16,7% de la población chilena con dos y más años es discapacitada, es decir, 2.836.818.²⁸ FUNDACIÓN WAZU ha calculado que en Chile 2.606.914 de personas mayores de 18 años tienen algún tipo de discapacidad.²⁹ De este conjunto de personas, un número mucho menor compone la demanda de empleo total en el sector privado. Según estadísticas confeccionadas por el Servicio Nacional de la Discapacidad, del total de 527.348 personas desocupadas, el 14,9 por ciento corresponde a personas en situación de discapacidad.³⁰ “En síntesis, 1 de cada 10 personas que están buscando trabajo son personas en situación de discapacidad”,³¹ lo que corresponde al 10% de la oferta de trabajo agregada. A favor de la inclusión laboral, la experta en inclusión laboral LORETO CORNEJO afirma que la ley n° 21.015 permitirá habilitar hasta 27.500 nuevos trabajos para personas con discapacidad visual, auditiva, cognitiva, de movilidad, psíquica y visceral, que corresponde al 20 por ciento de la población chilena mayor de 18 años³². Actualmente el cálculo estimado por el Ministro del Trabajo y Previsión Social NICOLÁS MONCKEBERG, es la habilitación de aproximadamente 25.000 nuevos empleos para personas en situación de discapacidad. Refiriéndose a la entrada en vigencia de la ley n° 21.015 y su puesta en marcha, comentó que *“esto no es sencillamente una limosna o hacer un favor; esto es dar una oportunidad para que el trabajador con discapacidad se desarrolle, como todos”*.³³

El sistema de cuota es un mandato, porque ordena a los destinatarios de la norma jurídica que hagan algo, bajo conminación de padecer una consecuencia jurídica negativa llamada sanción.³⁴ En cuanto imposición legal, prescinde del consentimiento del representante legal de la

²⁶ Idem., p. 25.

²⁷ EL MERCURIO, “Empresas apuran planes para cumplir con ley de Inclusión, pero llenan cargos de menor renta y aún faltan profesionales”, domingo 4 de marzo de 2018, Economía y Negocios, p. B 10.

²⁸ MINISTERIO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, “Expertos analizan avances legales para trabajadores con discapacidad”, p. 1, www.dt.gob.cl/portal/1627/w3-article-113806.html.

²⁹ FUNDACIÓN WAZU, p. 1.

³⁰ SERVICIO NACIONAL DE LA DISCAPACIDAD, *II Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile*, p. 93.

³¹ *Ibidem*.

³² EL MERCURIO, “Empresas apuran planes para cumplir con ley de Inclusión, pero llenan cargos de menor renta y aún faltan profesionales”, domingo 4 de marzo de 2018, Economía y Negocios, p. B 10.

³³ EL MERCURIO, “Trabajadores con discapacidad serán el 1% en empresas de más de 200 empleados”, domingo 1 de abril de 2018, Nacional, p. C 7.

³⁴ MENDONÇA (1995) p. 16.

institución o del empleador de la empresa. Estos están obligados a incorporar a los candidatos favorecidos por la normativa.

La idea de productividad laboral, y de rendimiento y eficiencia empresarial vinculada a favorecer a las personas con discapacidad, está presente tanto en el derecho internacional como en las legislaciones de algunos estados de Occidente. En el derecho comunitario europeo, el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE, establece en la primera frase del Reglamento: “Para garantizar la aplicación del principio de igualdad de trato a las personas con discapacidad, deben proporcionarse adaptaciones razonables. Esto significa que el empleador toma las medidas necesarias y, en el caso específico, aquellas que permitan que las personas con discapacidad accedan al empleo, ejerzan una profesión, progresen en su carrera profesional y participen en actividades de capacitación y medidas de valor agregado, a menos que estas medidas sean una carga desproporcionada para el empleador”.³⁵ En Chile, hasta el 1° de julio de 2018, a tres meses de la entrada en vigencia de la ley n° 21.015, “en su primer balance celebra la inscripción de 574 empresas que han registrado a 2.658 trabajadores con algún grado de discapacidad ante la Dirección del Trabajo”.³⁶

En el derecho alemán, en el año 2001 el Parlamento Federal aprobó el Libro Noveno (IX) del Código Social Federal (SGB), que en su artículo 71, párrafo primero, promueve la integración de personas con discapacidad grave.³⁷

En Alemania es obligatorio que los empleadores públicos y privados den empleo a personas con discapacidad grave, al menos el 5% de los puestos de trabajo. Además, los empleadores deben emplear dos mujeres severamente discapacitadas por mes, en un promedio de menos de cuarenta empleos por mes. Las cuotas fijas o rígidas son aquellas que exigen la designación o contratación de un porcentaje determinado de candidatos, sin considerar sus cualificaciones para el empleo.

En los demás casos, según la legislación alemana, “las cuotas rígidas son inconstitucionales porque ellas también violan el principio contenido en el Art. 33 II GG, según el cual cada persona tiene igual acceso a los oficios públicos sobre la base de cualificación y habilidad”.³⁸ Una “cuota obligatoria” igual a la estandarizada en 71 (1) párrafo 1 SGB IX habría sido víctima del veredicto de ilegalidad europea como una llamada “cuota rígida”.³⁹

³⁵ HANAU et al. (2002) p. 1127.

³⁶ EL MERCURIO, “Más de 570 empresas han registrado contratos a personas con algún grado de discapacidad”, Lunes 2 de julio de 2018, Capital Humano, Economía y negocios, p. B 5.

³⁷ LEDER (2006) p. 77. Traducción del autor.

³⁸ *Idem.*, p. 245. Traducción del autor.

³⁹ HANAU et al. (2002) pp. 241 y siguientes. Traducción del autor.

El sistema de cuotas legales del uno por ciento instalado en Chile, es un porcentaje ínfimo. Por lo tanto, aprobaría un test de proporcionalidad frente a la libertad de contratación de candidatos capaces e idóneos, asegurada en el artículo 19 n° 21, en relación con el n° 16, inciso tercero, ambos de la Constitución Política de la República. Sin embargo, aquí el intérprete no alcanza a llegar al dilema de la proporcionalidad entre la restricción legal y la libertad fundamental. Que la cuota legal resulte proporcionada no la convierte automáticamente en conforme con la Constitución. Una limitación del derecho fundamental solo es constitucionalmente admisible si está constitucionalmente justificada y además no afecta al contenido esencial del derecho.⁴⁰

Ahora corresponde definir, analizar y criticar los dos tipos de acción afirmativa que la Ley n° 21.015 ha establecido. La primera es la preferencia automática, la segunda es la cuota obligatoria. Finalmente, exponemos la medida de promoción positiva de la obligación de mantener contratados a personas con discapacidad.

II. LA ACCIÓN AFIRMATIVA COMO PREFERENCIA AUTOMÁTICA

1. Regulación de la obligación de nombrar o designar a personas con discapacidad

En el año 2004, la normativa relativa a la contratación administrativa estableció un incentivo a la contratación de personas con discapacidad, para las empresas que participaban en los procesos de oferta de suministros y servicios a los organismos públicos. El artículo 23, numerando 2, del Decreto Supremo n° 250 del año 2004, del Ministerio de Hacienda, Reglamento de la Ley n° 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministros y prestación de servicios, se permitía adicionar a las bases de licitación pública los criterios y ponderaciones derivados de materias de alto impacto social. Con anterioridad a la modificación de 12 de mayo del año 2015, que incorpora a las empresas pequeñas y medianas, "podían establecerse puntajes o ponderaciones asignados a los Oferentes derivados del cumplimiento de normas que privilegiaran el medioambiente, la contratación de discapacitados y demás materias de alto impacto social".⁴¹

La ley de inclusión laboral ha establecido expresamente un sistema de preferencia automática, a favor de los oponentes a cargos públicos que padecen alguna discapacidad, frente a quienes no tienen una discapacidad. Las instituciones públicas están obligadas a nombrar o designar a los postulantes con discapacidad, siempre y cuando justifiquen tener los méritos adecuados para el cargo al que postulan. La capacidad y mérito de los postulantes con

⁴⁰ DE OTTO (2010) p. 1493.

⁴¹ ESCÁRATE (2016) p. 44.

discapacidad, debe ser a lo menos, del mismo nivel que los candidatos no discapacitados, cumpliendo los requisitos legales y superando las pruebas de selección. La Ley n° 21.015 modifica el Artículo 45 de la Ley N° 18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con fuerza de ley N° 1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, el cual queda redactado de la siguiente forma:

En los procesos de selección de personal, los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 1 de la ley N° 18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, el Congreso Nacional, el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, el Servicio Electoral, la Justicia Electoral y demás tribunales especiales creados por ley, seleccionarán preferentemente, en igualdad de condiciones de mérito, a personas con discapacidad.

Según el Estudio de Inclusión Laboral de Personas en Situación de Discapacidad en el Estado, confeccionado por SENADIS, en el año 2014, el porcentaje de trabajadores en situación de discapacidad en el Estado es de 2,2%. La distribución por cada Ministerio, el Ministerio de Salud presenta la tasa más alta, en contraste con el Consejo de Cultura y las Artes que presenta la tasa más baja. De acuerdo con la distribución según grados de discapacidad, un 93,8% corresponde a discapacidad leve. En cuanto al género, 56,5% son hombres en situación de discapacidad desempeñando funciones en dependencias gubernamentales, contra 43,5% de mujeres.⁴²

En el derecho comunitario europeo, los Estados miembros de la Unión Europea tienen la obligación de seguir las directivas del Consejo de Europa. Las directivas son reglas que fijan objetivos a ser realizados dentro de un plazo razonable, pero cada Estado miembro determina libremente la forma y los medios para conseguir la adopción de las medidas adecuadas.⁴³ En algunos países europeos, las medidas de inclusión social de preferencia automática a favor de un integrante de una minoría, han sido cuestionadas en razón a que alteran la igualdad de trato entre hombres y mujeres. El caso *Kalanke v. FreieHansestadt Bremen* (1995) que debió conocer la Corte Europea de Justicia, es relevante en esta materia. Este trata sobre si una ley laboral alemana, que favorecía a las mujeres como categoría minoritaria, era conforme o no a la Directiva N° 76/207 del Consejo de Europa.

⁴² SENADIS (2014) p. 9.

⁴³ MARTÍNEZ (2007) p. 177.

La Corte de Luxemburgo declaró que la medida de acción positiva basada en el género, que ordenaba una preferencia automática en el nombramiento y ascenso de mujeres con igual calificación a los hombres, en sectores en que las mujeres estaban infrarrepresentadas, excedía el Art. 2 (4) de la Directiva del Consejo de Europa N° 76/207. Esta norma jurídica prescribe: “...sin perjuicio de las medidas para promover la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres, en particular removiendo las desigualdades vigentes que afectan las oportunidades de las mujeres”.⁴⁴

Las cláusulas automáticas de acciones de promoción positiva y promoción de las candidatas mujeres frente a postulantes varones, son rechazadas categóricamente por contravenir el derecho comunitario europeo.⁴⁵ Con todo, una reforma al artículo 141 del Tratado de Amsterdam validó las medidas de promoción positivas, cuando “las acciones de discriminación positiva favorezcan siempre a ambos sexos”.⁴⁶

La preferencia automática en el fondo es un privilegio ideológico inconstitucional, porque contraviene la prohibición “*en Chile no hay personas ni grupos privilegiados*”, establecida en el artículo 19 n° 2, inciso segundo, de la Constitución. Estamos de acuerdo en que una persona con discapacidad no debe ser discriminada arbitrariamente, y que no vale menos que una persona sin discapacidades. Pero la Ley n° 21.015 va demasiado lejos cuando prescribe una supremacía del candidato con alguna discapacidad por sobre quienes no la tienen. Esta desigualación es inaceptable debido a que no tiene justificación razonable valorar menos a la personas sin discapacidades físicas, mentales o sensoriales.

La acción afirmativa chilena de preferencia automática a favor de personas con discapacidad, comete el mismo error de la ley alemana laboral que fue cuestionada e inaplicada en el caso *Kalanke*. Como consecuencia de la decisión *Kalanke*, los cupos de preferencia automática en razón de género son incompatibles con el Derecho comunitario europeo, y por tanto, están prohibidas por resultar anticonvencionales. Esta equivocación se debe a que la acción afirmativa chilena construye un privilegio a favor de los elegidos, que no respeta el derecho a la igualdad ante la ley asegurado en el artículo 19 n° 2 de la Constitución, de quienes son preteridos. Esta igualdad formal ante la ley obliga al poder legislativo a dar un tratamiento igualitario a todos quienes se encuentren en la misma situación, de acuerdo con el mandato de equiparación.

El Artículo 45 de la Ley n° 18.575 *Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*, modificado por la Ley n° 21.015, carece de la cláusula de salvamento que permite mantener incólume el derecho a la igualdad ante la ley, contra el privilegio inconstitucional. Una sentencia del derecho comunitario europeo es útil para ilustrar su eficacia

⁴⁴ PRÜGEL (2013) pp. 296-297. Traducción del autor.

⁴⁵ KALANKE V. FREIEHANSESTADT BREMEN, 17 de octubre de 1995, C-450/93.

⁴⁶ HELLMUT MARSHALL, 11 de noviembre de 1997, C-409/95.

tutelar.⁴⁷ En el caso MARSCHALL VERSUS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN, una candidata al cargo de profesora fue promovida sobre la base de la legislación que proveía el nombramiento preferencial de las mujeres en caso en que ellas estuvieran subrepresentadas en la carrera. La Corte Europea de Justicia declaró que la legislación de Land Nordrhein-Westfalen era conforme con la Directiva Europea de tratamiento igualitario. La ley de Land Nordrhein-Westfalen contenía una cláusula de salvamento (*saving clause*), ya que otorgaba prioridad a las candidatas mujeres “*a menos que razones específicas inclinaran el balance a favor de un candidato individual varón*”. La Corte Europea de Justicia reconoció que las candidatas mujeres necesitan esta prioridad legal para acceder a cargos del sector público con el objeto de mejorar sus oportunidades frente a los prejuicios y los estereotipos sociales acerca del rol y capacidades de las mujeres. La acción afirmativa tiene por finalidad contrarrestar los efectos de tales prejuicios y conductas.⁴⁸

La Ley n° 21.015 sustituyó el inciso tercero del artículo 17 de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, que contiene una cláusula de prohibición de discriminación arbitraria que se base en categorías sospechosas:

Prohíbese todo acto de discriminación arbitraria que se traduzca en exclusiones o restricciones, tales como aquellas basadas en motivos de raza o etnia, situación socioeconómica, idioma, ideología u opinión política, discapacidad, religión o creencia, sindicación o participación en organizaciones gremiales o la filiación, apariencia personal o enfermedad, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o trato en el empleo.

2. Excepciones a la obligación de nombrar o designar a personas con discapacidad en el sector público

El artículo 45 inciso tercero de la ley N° 20.422 fue modificado por la ley N° 21.015, estableciendo una distinción entre personal militar y personal civil:

En el caso de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y de Gendarmería de Chile, la obligación establecida en el inciso anterior considerará sólo a su personal civil.

La reserva legal de nombramiento o designación de personas con discapacidad y asignatarias de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, en el sector público, no se aplica al personal militar. Esta excepción a la ley de inclusión laboral llamada “amenaza directa” por la doctrina y jurisprudencia extranjeras, está razonablemente justificada, debido a

⁴⁷ 21 de diciembre de 1995, NVwZ 1996, citado en RABE (2001) p. 257.

⁴⁸ RABE (2001) p. 257.

que los integrantes de las fuerzas armadas que realizan acciones en terreno, necesitan estar en perfectas condiciones físicas, mentales y sensoriales. Cualquier defecto corporal, intelectual o sensorial de un soldado, marino o aviador, puede poner en riesgo claro y presente el éxito de las operaciones militares, y además, puede ser una amenaza directa de cometer accidentes negligentes o “fuego amigo” contra sus camaradas.

III. LA ACCIÓN POSITIVA COMO CUOTA OBLIGATORIA

1. La obligación de contratar a personas con discapacidad en empresas

El artículo 3° de la ley n° 21.015 modificó el título III del libro I del Código del Trabajo, reemplazando su denominación por “Del Reglamento Interno y la Inclusión Laboral de Personas con Discapacidad”. Además, incorporó, a continuación del artículo 157 del Código del Trabajo, el Capítulo II que se intitula “De la Inclusión Laboral de Personas con Discapacidad”, que contiene los artículos 157 bis y 157 ter. La Ley n° 21.015 que incentiva la inclusión de personas con discapacidad al mundo laboral, publicada en el Diario Oficial de fecha 15 de junio de 2017, no utiliza de manera expresa el concepto “acción afirmativa” o “acción positiva”. Sin embargo, es indudable que la cuota impuesta por vía legal es su expresión más extrema. Esto se debe a que es una conminación y no es un programa de cupos reservados.

El nuevo artículo 157 bis al Código del Trabajo prescribe que *“Las empresas de 100 o más trabajadores deberán contratar o mantener contratados, según corresponda, al menos el 1% de personas con discapacidad o que sean asignatarias de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, en relación al total de sus trabajadores...”*.

Es evidente que la cuota obligatoria rígida establecida en la Ley n° 21.015 está inspirada en la legislación del trabajo española. En efecto, la Ley 13/1982 preceptúa que *“Las empresas de cincuenta o más trabajadores fijos deben emplear al menos el 2 por 100 de minusválidos”*. Es una obligación sustituible por las medidas alternativas previstas en el RD 364/2005, de 8.4.⁴⁹ La Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2013, actualmente vigente, ordena la incorporación de 2 personas con discapacidad por cada 50 trabajadores en cada empresa.⁵⁰

El artículo 157 bis del Código del Trabajo se refiere a “empresas” y no a “empleadores”, decisión legislativa que es consciente y obedece al propósito de utilizar un concepto más comprensivo. La ley de inclusión laboral sigue la tendencia del derecho del trabajo de países de Europa Occidental. En ellos, las expresiones “*Unternehmer*”, del derecho alemán,

⁴⁹ MONTROYA (2008) p. 586.

⁵⁰ LANTARÓN (2017) pp. 248 y ss.

“*entrepreneur*”, del francés e “*imprenditore*”, de la legislación italiana, han servido también, para designar al titular de una empresa⁵¹. El concepto "empresas" señalado en el artículo 157 bis del Código del Trabajo no realiza ninguna exclusión. Abarca a todas las empresa públicas creadas por ley y, por supuesto, a todas las empresas del sector privado. Además, caen dentro de la definición todas las empresas usuarias y las empresas de suministro de trabajadores, las que prestan servicios externalizados en calidad de subcontratistas. Asimismo, la palabra "empresas" es tan genérica que no especifica algún mercado laboral. Tampoco excluye por área ni sector productivo o comercial. Aquí el principio de igualdad formal ante la ley se debe aplicar de manera absoluta.

En Chile, ni las empresas privadas ni las empresas públicas creadas por ley tienen facultades para decidir cuáles candidatos padecen de una discapacidad que les permita incorporarlos en orden a cumplir la cuota legal. Los empleadores deben escoger para ocupar plazas vacantes a las personas con discapacidad que integren uno de los dos grupos de candidatos aptos para llenar la cuota laboral obligatoria. El primer grupo está compuesto por personas con discapacidad que cuenten con la calificación y una certificación extendida por la Comisión de Medicina Preventiva (COMPIN). Las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN), dependientes del Ministerio de Salud, son las encargadas de calificar y certificar la discapacidad de una persona, para efectos de que pueda ser receptora de esa calificación en el Registro Nacional de la Discapacidad que debe llevar al Servicio de Registro Civil e Identificación.⁵²

El segundo grupo de candidatos empleables está conformado por personas asignatarias de una pensión de validez de cualquier régimen previsional, fuere público, el Fondo Nacional de Salud (FONASA) o privado, una Institución de Salud Previsional (ISAPRE). El empleador que contrata a una persona que padece una discapacidad debe pedir a esta que acompañe el certificado o credencial de discapacidad, según corresponda, y desde la fecha de celebración del contrato de trabajo tiene un plazo fatal de quince días hábiles para enviar la copia del contrato de trabajo junto con sus modificaciones o términos, al registro en el sitio electrónico habilitado por la Dirección del Trabajo. De esta manera, las empresas que se encuentren en la hipótesis prevista en el inciso 1° del artículo 157 bis, deberán acreditar, que las personas con discapacidad contratadas cuentan con la calificación y certificación señaladas en el artículo 13 de la Ley n° 20.422.⁵³ En consecuencia, el registro en la página *web* de la Dirección del Trabajo es el instrumento oficial de verificación y control del cumplimiento de la cuota laboral obligatoria.

⁵¹ IRURETA (2014) p. 259.

⁵² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL/BCN, Guía social de personal con discapacidad, p. 1.

⁵³ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Dictamen 4137/101 que informa sobre el sentido y alcance de la ley n° 21.015, p. 6.

La frase “*en relación al total de sus trabajadores*” se refiere a una empresa en singular o a un grupo de empresas o unidad económica cuando constituyen una pluralidad. El propósito de esta disposición es que los grupos económicos queden dentro del campo semántico del artículo 157 bis del Código del Trabajo. De este modo es posible evitar que las empresas puedan eludir, mediante fraude a la ley, el cumplimiento de la cuota laboral obligatoria, si fueren considerados contabilizando 99 o menos empleados por cada empresa, por separado. Prueba de ello es la eliminación del concepto “grandes empresas” señalado en el artículo 505 bis del Código del Trabajo, en el proyecto de ley presentado por la Presidente de la República.⁵⁴

Es claro que el artículo 157 bis del Código del Trabajo se adecua tanto al concepto clásico de empresa cuando es singular, como al concepto actualizado de empresa para efectos laborales y previsionales. Algunos sostienen la tesis de que “en vista de las mutantes posibilidades de configuración de tales grupos han procedido a su reconocimiento a través de especiales construcciones jurisprudenciales, las que normalmente operan con criterios flexibles para definir su configuración”.⁵⁵ Por el contrario, se debiera rechazar el criterio unificador de la dirección laboral común, según la cual para efectos laborales y previsionales, la Ley n° 20.760 denominó como “único empleador” a dos o más empresas que se organicen bajo una dirección laboral común⁵⁶ que además exigiría acreditar las potestades de mando y dirección laboral, en concreto.

La Ley n° 21.015 excluye de su ámbito de aplicación a las micro empresas y pequeñas empresas, pues tiene como destinatarios exclusivos a las medianas empresas y a las grandes empresas. Sin embargo, el inciso primero del artículo 157 bis no considera de manera literal la clasificación de empresa definido en el artículo 505 bis del Código del Trabajo. Según el inciso primero de este precepto legal, “*Para los efectos de este Código y leyes complementarias, los empleadores se clasificarán en micro, pequeña, mediana y gran empresa, en función del número de trabajadores*”. Su inciso segundo define que “*Se entenderá por micro empresa aquella que tuviere contratados de 1 a 9 trabajadores, pequeña empresa aquella que tuviere contratados de 10 a 49 trabajadores, mediana empresa aquella que tuviere contratados de 50 a 199 trabajadores, y gran empresa aquella que tuviere contratados 200 trabajadores o más*”. La indicación sustitutiva número 10 al proyecto de ley del ejecutivo, que eliminó el concepto de “grandes empresas” obligadas a la inclusión laboral de personas con discapacidad, fue una propuesta presentada por la Sra. Ministro del Trabajo y Previsión Social, ALEJANDRA KRAUSSE VALLE, en sesión celebrada el 15 de marzo de 2017.⁵⁷

⁵⁴ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Dictamen 4137/101 que informa sobre el sentido y alcance de la ley n° 21.015, parte final, p. 5.

⁵⁵ IRENE ROJAS MIÑO (2018) pp. 156-157.

⁵⁶ *Idem.*, p. 145.

⁵⁷ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Dictamen 4137/101 que informa sobre el sentido y alcance de la ley n° 21.015, párrafo 5, p. 5.

2. La opción de escoger una de las dos obligaciones alternativas disponibles

Según una encuesta elaborada por Fundación WAZU, el 30 de marzo de 2018, un 40 por ciento de las empresas regidas por la Ley n° 21.015 cree que no podrá cumplir con la cuota de inclusión laboral. Las razones son las dificultades en la infraestructura de la empresa y la falta de perfil específico para llenar los puestos de trabajo. El artículo 157 ter del Código del Trabajo regula dos medidas de promoción positiva alternativas a la aceptación forzosa de postulantes que padecen alguna discapacidad, cuando no sea posible cumplir la obligación principal:

Las empresas que, por razones fundadas, no puedan cumplir total o parcialmente la obligación establecida en el inciso primero del artículo anterior, [de contratar a personas con discapacidad], deberán darle cumplimiento en forma alternativa, ejecutando alguna de las siguientes medidas:

1. *Celebrar contratos de prestación de servicios con empresas que tengan contratadas personas con discapacidad.*
2. *Efectuar donaciones en dinero a proyectos o programas de asociaciones o fundaciones a las que se refiera el artículo 2 de la ley N° 19.885.*

Sólo se considerarán razones fundadas aquellas derivadas de la naturaleza de las funciones que desarrolla la empresa o la falta de personas interesadas en las ofertas de trabajo que se hayan formulado”.

El artículo sexto transitorio de la Ley n° 21.015 establece que “*Durante los dos primeros años contados desde la entrada en vigencia de la presente ley, las empresas podrán optar por cumplir la obligación establecida en el inciso primero del artículo 157 bis del Código del Trabajo, introducido por el artículo 3 de esta ley, a través de la contratación directa de trabajadores o por medio de alguna de las medidas establecidas en el artículo 157 ter del Código del Trabajo, introducido por este mismo cuerpo legal, sin necesidad de contar con una razón fundada”.*

Este precepto legal otorga a las empresas obligadas a cumplir con la cuota obligatoria del 1%, un plazo de gracia de dos años, contado desde la entrada en vigencia de la ley, para escoger a discreción, el cumplimiento de la obligación principal o una de las obligaciones alternativas (subcontratar o donar dinero). Después del plazo de dos años, el empleador debe justificar la opción por la medida alternativa de subcontratación o la medida alternativa de donación. Este término transitorio es una adecuación necesaria.

A) SUBCONTRATACIÓN

¿Cómo contar el número requerido de trabajadores discapacitados cuando se trata de una empresa subcontratista? La subcontratación de servicios personales podría contribuir a potenciar la obtención de empleo para nuevos trabajadores a través de la intermediación de las empresas de servicios transitorios, al hacer más práctico o rentable para las empresas que buscan personal el tener un tiempo bajo su dirección a un trabajador transitorio, sin tener que iniciar un proceso, a veces costoso, de búsqueda y selección.⁵⁸

Los trabajadores transitorios no tienen una relación laboral con la empresa usuaria. Por esta razón, no están en condiciones de reclamar un trato similar a los trabajadores permanentes de esa empresa, por la realización de trabajo de igual o similar labor⁵⁹. La definición de empleador está contenida en el artículo 3 letra a) del Código del Trabajo, esto es, “*la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo*”.

Esta excepción es valiosa tratándose de empresas que no pueden contratar trabajadores con minusvalías físicas, mentales o sensoriales, en actividades peligrosas para sí mismos y terceros, o que constituyan una amenaza directa a la seguridad de los consumidores y usuarios. La utilización opcional de una de las obligaciones alternativas es conforme con el “espíritu” de la Ley n° 21.015. Algunas empresas de servicios transitorios se constituirán o se adaptarán con el exclusivo propósito de que los obligados por la ley de inclusión laboral se pongan de acuerdo para contratar con ellos. De este modo, las empresas usuarias podrán cumplir formalmente la obligación legal, sin temor a soportar la imposición de multas.

Nuestra legislación laboral contiene una regla especial de temporalidad de la relación laboral de trabajadores con discapacidad que prestan servicios transitorios, que no fue modificada por la ley n° 21.015:

ARTÍCULO 183 – AC. En el caso de trabajadores con discapacidad, el plazo máximo de duración del contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios establecido en el párrafo segundo del inciso primero del artículo 180 – 0, será de seis meses renovables.

Este precepto garantiza la libertad contractual de las partes, para que puedan revisar el contenido de las cláusulas del contrato, de acuerdo con las nuevas circunstancias imperantes de la discapacidad del trabajador, que pudo haber experimentado un cambio.

⁵⁸ CAAMAÑO (2007) p. 163.

⁵⁹ CAAMAÑO (2007) p. 186.

Un empleador puede decidir legalmente no contratar a un individuo con una discapacidad si el o ella causa una amenaza directa. La amenaza directa es un riesgo significativo a la salud o a la seguridad de otro que no puede ser eliminado por medio de políticas públicas o prácticas. Como es lógico, “está justificado excluir a personas con discapacidad corporal de las ocupaciones y profesiones cuando requieren una capacidad física especial y en las cuales depende la salud de terceros (conductores de buses, pilotos y choferes de taxis)”.⁶⁰ Una norma jurídica puede prescribir ciertas medidas compensatorias de naturaleza técnica para poder otorgar la licencia de conducir vehículos motorizados a una persona que padece de alguna discapacidad. El Decreto 170 sobre Reglamento para el otorgamiento de licencias de conducir, establece en su artículo 3° que *“serán considerados carentes de aptitudes para conducir vehículos motorizados las personas que presenten alteraciones físicas y síquicas, como las que se describen a continuación, sin perjuicio de las que no aprueben los exámenes que se establecen en el artículo 4° I.- Para todo tipo de licencia: ... 2.- Todas aquellas enfermedades que produzcan una incapacidad de efectuar movimientos que impidan actuar con la rapidez y precisión que la conducción, manejo o control físico que un vehículo requiera; ... 4.- personas con defectos de tipo anatómico o funcional, que con la mejor corrección les imposibiliten la conducción, manejo o control físico de un vehículo, aunque sea especialmente adaptado a tales defectos”*. La Ley n° 18.290 de Tránsito, establece que la Dirección de Tránsito de una Municipalidad también puede denegar la licencia de conductor al postulante que no tenga las habilidades o las capacidades físicas para manejar vehículos motorizados, aún con vehículo especial.

B) DONACIONES

Los empleadores tienen una segunda opción alternativa que sustituye satisfactoriamente el cumplimiento la cuota laboral obligatoria del 1%. Pueden efectuar donaciones irrevocables en dinero a proyectos o programas de asociaciones, corporaciones o fundaciones cuyo objeto social sea capacitar, rehabilitar, promover y fomentar la inclusión laboral. Esta consiste en la creación de empleos, la contratación y la inserción laboral de personas con discapacidad, por ejemplo, la promoción o ascenso dentro de la empresa en que ejerce sus labores. Sin duda estas donaciones constituyen otra manera de favorecer indirectamente la empleabilidad e igualdad de oportunidades en el ámbito laboral. Son medidas sociales sin compensación pecuniaria de parte del Estado. Son una carga pública cuya imposición escoge el empleador que no puede cumplir, por ejemplo, cuando es imposible adaptar el espacio físico para contribuir a la realización esta política de inclusión laboral, o la implementación de rampas, ascensores o baños especiales para vencer las barreras arquitectónicas resulta demasiado onerosa para la empresa.

⁶⁰ HUFEN (2009) p. 737.

El artículo 3°, inciso final, de la Ley n° 21.015 añade al artículo 157 ter, inciso final, del Código del Trabajo, el deber de registrar los contratos de prestación de servicios y las donaciones para control y denuncia, con el objeto de facilitar la fiscalización de la cuota laboral:

Las empresas que ejecuten alguna de las medidas señaladas en las letras a) y b) de este artículo deberán permitir una comunicación electrónica 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. La empresa deberá indicar en esta comunicación la razón invocada y la medida adoptada. Esta comunicación deberá ser efectuada durante el mes de enero de cada año y tendrá una vigencia de doce meses.

3. Fiscalización del cumplimiento de la cuota obligatoria

Según la Dirección del Trabajo, “*corresponde a la empresa dar cumplimiento a la exigencia legal señalando precisa y expresamente los motivos o antecedentes de hecho concretos que avalarían tal medida, circunscritas a las hipótesis específicas señaladas por el legislador en el inciso 2° de dicha disposición*”.⁶¹ La Ley n° 21.015 tiene el cuidado de no imponer arbitrariamente al empleador la contratación de personal que no agrega valor a la empresa o que constituye un peligro para sí mismo o una amenaza directa para terceros. Por esta razón la medida alternativa siempre puede ser una opción válida para el empleador, dentro de los primeros dos años sin necesidad de justificar, y después de este plazo de gracia mediante una justificación necesaria de su elección por la medida alternativa. Esta opción entre contratar y mantener contratados personas con discapacidad o escoger una medida alternativa evita una interferencia estatal en la libertad de contratación de trabajadores. El derecho a opción deja siempre a salvo un salida favorable al ejercicio legítimo de la libertad de organización empresarial. Si no existieran la subcontratación y la donación como medidas alternativas, la ley de inclusión laboral vulneraría directamente el derecho fundamental a reclutar, seleccionar y contratar trabajadores, del cual el empleador es titular.

El artículo tercero de las disposiciones transitorias de la Ley N° 21.015 ordena que: “*Para dar cumplimiento a la obligación establecida en el número 3 del artículo 3 de esta ley; los empleadores deberán registrar en el sitio electrónico de la Dirección del Trabajo y durante el plazo de seis meses posteriores a su entrada en vigencia, los contratos de trabajo vigentes de las personas con discapacidad o que sean asignatarios de pensión de invalidez de cualquier régimen previsional*”.

⁶¹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Dictamen 4137/101 que informa sobre el sentido y alcance de la ley n° 21.015, párrafo 5, p. 5.

La Dirección del Trabajo (DT) es un servicio público cuya misión institucional consiste en velar por el cumplimiento de la ley laboral, previsional y de seguridad y salud en el trabajo⁶². En virtud de lo dispuesto en el artículo 505 del Código del Trabajo, y en el Decreto Ley n° 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo, “*la fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación corresponde a la Dirección del Trabajo, sin perjuicio de las facultades conferidas a otros servicios administrativos en virtud de las leyes que los rigen*”⁶³. A este servicio público centralizado compete ejercer sus atribuciones fiscalizadoras de las obligaciones del empleador que emanan de los contratos de trabajo y la aplicación de multas en el evento de que se cometan una o más infracciones.

El funcionario de la Dirección del Trabajo debe revisar que la información haya sido registrada y que las obligaciones del empleador que emanan de los contratos de trabajo han sido cumplidas íntegramente y en la oportunidad exigida, especialmente cuando no existe controversia jurídica. Una vez practicada la fiscalización y existiendo antecedentes que funden la omisión del deber jurídico constitutiva de “infracción elemental, patente u objetiva”. El afectado puede probar que no ha podido cumplir la obligación principal invocando la naturaleza de las funciones que desarrolla la empresa, vale decir, “costos malos” o “amenaza directa”, y además, que ha cumplido alguna de las obligaciones alternativas, de celebrar un contrato con empresas que tengan trabajadores con discapacidad o efectuar la donación irrevocable de dinero. Está disponible la reclamación judicial contra la resolución administrativa que impone la multa administrativa.

Respecto de la fórmula de cálculo de la cuota de empleos del uno por ciento, CHRISTIAN MELIS VALENCIA, Director del Trabajo del segundo gobierno de la Presidente MICHELLE BACHELLET, explica que la regla general es considerar por separado a cada empresa obligada a la cuota laboral. Vale decir, de manera individual o aislada. Sin embargo, en el caso de las empresas afectas a una sentencia de *multirut* se ponderará la reserva utilizando el concepto de empleador o dirección laboral común a un grupo de razones sociales.⁶⁴ Según la interpretación administrativa, “*la obligación de reserva legal de contratación de personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, se hará efectiva respecto de cada empresa de cien o más trabajadores, salvo que dos o más empresas sean declaradas judicialmente empleador único para efectos laborales y previsionales, por parte de los Tribunales Laborales, en cuyo caso se considerará la suma total de trabajadores en su conjunto*”.⁶⁵

⁶² MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL (2017) p. 72.

⁶³ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Dictamen 4137/101 que informa sobre el sentido y alcance de la ley n° 21.015, p. 15.

⁶⁴ ECONOMÍA Y DINERO, “Dirección del Trabajo fija alcance de cuota de empleos para ley de inclusión laboral”, p. 1.

⁶⁵ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Dictamen 4137/101 que informa sobre el sentido y alcance de la ley n° 21.015, parte final del párrafo 4, p. 5.

El dictamen de la Dirección del Trabajo ordena que: *“Dos o más empresas serán consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales, cuando tengan una dirección laboral común, y concurren a su respecto condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia de ellas de un controlador común”*.⁶⁶ En consecuencia, para efectos de determinar si se cumple por el destinatario de la norma jurídica la obligación de reserva legal de contratación de trabajadores, la empresa debe ser evaluada de manera aislada, a menos que un juzgado del trabajo haya declarado que dos o más empresas constituyen un solo empleador, o resulte ser un grupo económico, en cuyo caso se considerará la suma total de trabajadores en su conjunto.

4. Sanción por no cumplir una de las dos obligaciones alternativas.

La Ley n° 21.015 no estableció sanciones específicas para las empresas que incumplieren la cuota legal mínima, o alguna de las obligaciones alternativas. Con todo, según las reglas generales, procederá ante tal quebrantamiento la aplicación de la sanción genérica de multa señala en el artículo 506 del Código del Trabajo, por cada trabajador no contratado debiendo serlo. Si la omisión es un ilícito continuado, el tiempo de la infracción laboral debe ser medido de forma anual. En consecuencia, el inspector del trabajo puede imponer multas sucesivas, por cada trabajador no contratado debiendo serlo, siempre y cuando correspondan a infracciones anuales.

El precepto legal que señala la multa a imponer a las empresas infractoras es el Artículo 506 del Código del Trabajo. Es necesario tener presente la clasificación contenida en el Artículo 505 bis del Código del Trabajo, que distingue entre microempresas, empresas pequeñas empresas, medianas empresas y grandes empresas. Las micro empresa y pequeñas empresas no tienen obligación alguna de cumplir la cuota legal ni alguna de las obligaciones administrativas, por lo tanto, están exentas del riesgo de resultar sancionadas: *“Se entenderá por micro empresa aquella que tuviere contratado de 1 a 9 trabajadores”, pequeña empresa aquella que tuviere contratados de 10 a 49 trabajadores*”. No así la empresa mediana, *“aquella que tuviere contratado 50 a 199 trabajadores”*, ni la empresa grande, *aquella que tuviere contratado más de 200 trabajadores*”, sobre las cuales pesa tal obligación principal o su cumplimiento sustitutivo: *“Las infracciones a este Código y sus leyes complementarias, que no tengan señalada una sanción especial, serán sancionadas de conformidad a lo dispuesto en los incisos siguientes, según la gravedad de la infracción... Tratándose de medianas empresas, la sanción ascenderá de 2 a 40 unidades tributarias mensuales. Tratándose de grandes empresas, la sanción ascenderá de 3 a 60 unidades tributarias mensuales”*. La sanción indicada, podrá aplicarse por la vía de

⁶⁶ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Dictamen 4137/101 que informa sobre el sentido y alcance de la ley n° 21.015, párrafo 1, p. 5.

reclamo del afectado o la fiscalización⁶⁷ de funcionarios de la Dirección del Trabajo, de acuerdo con el procedimiento general. Esto no debe generar el despido forzoso de los trabajadores que ocupan actualmente los puestos de trabajo de los candidatos discapacitados no contratados. Aquellos tienen derecho a que se respete su estabilidad laboral.

El artículo 511 del Código del Trabajo sólo concede el recurso de reconsideración administrativa de la multa impuesta por funcionarios dependientes de la Dirección del Trabajo. Conocerá y resolverá el Director Regional del Trabajo. En su resolución, podrá dejar sin efecto la multa cuando aparezca de manifiesto que se ha incurrido en un error de hecho durante su aplicación, o rebajar la multa, cuando se acredite fehacientemente haber dado íntegro cumplimiento a las normas legales, convencionales, o arbitrales cuya infracción motivó la sanción. La tercera opción, y más usual, es rechazar la reconsideración administrativa de la multa en todas sus partes. Contra esta resolución conocerá y resolverá un juzgado con competencia laboral. Corresponderá la tramitación según el procedimiento monitorio si el monto de la multa es igual o inferior a diez ingresos mínimos mensuales, en conformidad con el artículo 496, inciso primero, del Código del Trabajo, o en el procedimiento de aplicación general si la cuantía de la multa excede los diez ingresos mínimos mensuales, previsto en los artículos 446 y siguientes, del Código del Trabajo. La sentencia que acoge la reclamación de la empresa sancionada deja sin efecto la multa impuesta por la resolución administrativa de la Dirección Regional del Trabajo de la región competente. El fallo es susceptible de recurso de apelación para ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago respectiva, que puede interponer la parte que sufrió agravio.

IV. LA OBLIGACIÓN DE MANTENER CONTRATADOS A PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. Los ajustes razonables a favor de trabajadores que padecen una discapacidad.

El artículo 157 bis del Código del Trabajo establece que las empresas de 100 o más trabajadores deberán mantener contratados al menos el 1% de personas con discapacidad o que sean asignatarias de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, en relación al total de sus trabajadores. Aunque la ley n° 21.015 no lo mencione expresamente, la obligación del empleador de mantener contratado, vale decir, de no despedir al trabajador que padece una discapacidad que ya fue contratado o que ha sufrido una discapacidad durante la relación laboral, supone que sea posible un ajuste razonable orientado hacia su rendimiento en la empresa.

⁶⁷ SUAZO (2000) p. 211.

En Estados Unidos, la Corte Suprema federal ha decidido casos sobre “ajustes razonables” (*reasonable accommodation*⁶⁸), aplicando la *Americans with Disabilities Act* (“ADA”), respecto de trabajadores contratados que padecen una incapacidad, una enfermedad o un accidente que lo deja parcialmente inválido, tanto en la fase precontractual como durante la ejecución del contrato de trabajo. El empleador tiene la obligación de reacomodar a trabajadores dependientes discapacitados, en puestos de trabajo donde puedan continuar cumpliendo sus funciones laborales. Los precedentes sobre “*reasonable accommodation*” son favorables para los trabajadores que desempeñan su trabajo durante la relación laboral, teniendo alguna discapacidad física, mental o sensorial. El empleador debe ordenar instalar una o más rampas que faciliten al trabajador movilizarse en una silla de ruedas, dentro de las instalaciones de la empresa, y está obligado a mantener habilitados y facilitar los accesos a la fábrica o recinto empresarial.

A diferencia de la cuota laboral obligatoria, los ajustes razonables son compatibles con la capacidad e idoneidad personal del trabajador, exigibles en los puestos de trabajo operativos como de responsabilidad (jefaturas). De acuerdo con las necesidades de la empresa, el trabajador afectado por una minusvalía debe ser reacomodado en un puesto de trabajo que agregue valor a su proceso productivo o comercial.

Este imperativo está razonablemente justificado, sobre la base de que descartar de inmediato a este trabajador con discapacidad resultaría constitutivo de un desprecio insoportable, que no respetaría su dignidad personal. Por lo tanto, el empleador debe esforzarse en intentar, por todos los medios posibles, de tomar en cuenta la función nueva que el trabajador sería capaz de realizar con excelencia, a pesar de padecer una discapacidad sobrevenida, antes de prescindir de sus servicios laborales mediante la desvinculación precipitada.

JOSÉ MANUEL DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ es partidario de la acomodación razonable en las empresas del sector privado, en el sentido que parece posible imponer algunas obligaciones positivas a los particulares en materia de discriminación: “La acomodación, por tanto, exige una conducta proactiva de quien la adopta, y no pareciera imponer una carga desproporcionada sobre los particulares (dependiendo, claro está, del grado de acomodación que se solicite, y del impacto que ello tenga para el particular obligado)”.⁶⁹ Este autor pone como ejemplo a un empleador de una empresa privada, que necesita elaborar un sistema de turnos de trabajo que permita a los trabajadores que profesan distintas confesiones religiosas, asistir a los principales ritos de su respectivo credo, ausentándose por breve tiempo de sus labores de manera justificada, sin temor a ser despedidos en virtud de una causa legal.

⁶⁸ ROTHSTEIN y MCGINLEY (2000) pp. 133-134.

⁶⁹ DÍAZ DE VALDÉS (2014) p. 172.

Razonando por analogía, los trabajadores que sufran un accidente o una enfermedad durante la relación laboral, también debieran ser beneficiados con una acomodación razonable aunque pueda significar un cambio a otro puesto de trabajo, en el cual puedan desempeñar sus funciones con excelencia. El ajuste razonable también consiste en la obligación del empleador de construir o habilitar vías de acceso para discapacitados a la fábrica o establecimiento comercial donde ejerce sus labores que son objeto de su contrato individual.

2. Excepciones a los ajustes razonables.

El trabajador debe ser un individuo cualificado, cuya fuerza de trabajo y aporte como parte de esta debe continuar siendo orientada hacia el rendimiento de la empresa. Cuando no sea posible realizar un ajuste razonable, porque el trabajador no puede cumplir ninguna función útil en la empresa, o su permanencia en la empresa pueda constituir una amenaza directa a terceros, corresponderá aplicar las reglas generales sobre el término de la relación laboral que contiene el Código del Trabajo. La imposición unilateral de obligaciones y alteración del programa contractual, sin previo aviso ni aceptación siquiera tácita de los empleadores, puede resultar grave sin las justificaciones adecuadas. Las causales de terminación del contrato individual están enumeradas en los artículos 150, 160 y 161 del Código del Trabajo. El poder legislativo está dotado de competencia para imponer una indemnización por despido injustificado al empleador. Si el empleador no está dispuesto a realizar un ajuste razonable para mantener en la empresa a un trabajador al que sobreviene una incapacidad física, mental o sensorial, siempre podrá despedir al trabajador, a condición de pagar a éste la indemnización que señala la ley.

3. Trabajadores que sufren una discapacidad sobrevenida.

El empleador tiene el deber de denunciar el accidente del trabajo que ha sufrido el trabajador o la enfermedad profesional sobrevenida a este, al organismo administrativo competente (Art. 76 Ley n° 16.744). Asimismo, el empleador tiene el deber de trasladar a otra faena al trabajador que ha sufrido un accidente del trabajo o que padece una enfermedad profesional sobrevenida (Art. 71 Ley n° 16.744). El Artículo 1° transitorio de la Ley n° 16.744 prescribe que *“las personas que hubieren sufrido accidentes del trabajo o que hubieren contraído enfermedad profesional con anterioridad a la fecha de la presente ley, y que a consecuencia de ello hubieren sufrido una pérdida de su capacidad de ganancia, presumiblemente permanente, de 40 por ciento o más, y que no disfruten de otra pensión, tendrán derecho a una pensión asistencial que se determinará en la forma que este artículo establece”*.

Cuando un trabajador pierde su capacidad de trabajo, deja de estar en condiciones de desempeñar sus labores contenidas en el contrato de trabajo y que motivaron precisamente su contratación por el empleador. El Artículo 161 bis del Código del Trabajo regula esta situación preceptuando 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 la indemnización establecida en los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, con el incremento señalado en la letra b) del artículo 168”*. Es decir, la indemnización se aumenta en un cincuenta por ciento. Según la letra c), en un ochenta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación indebida de las causales del artículo 160.

Esto se traduce en que el empleador tiene el deber jurídico de hacer un ajuste razonable, destinando al trabajador discapacitado a otra función útil en la empresa⁷⁰. Si no fue posible o no está dispuesto a soportar este cambio de las circunstancias previstas al momento de celebrar el contrato de trabajo, puede desvincular al trabajador según lo prescrito en el Artículo 161 bis del Código del Trabajo.

Según la Dirección del Trabajo, el inspector del trabajo se encuentra facultado para exigir al empleador el cambio de función del trabajador pensionado de invalidez que continúa laborando, si la que desempeña pone claramente y con toda evidencia en riesgo su salud o integridad, y se está infringiendo ostensiblemente los artículos 184 y 187 del Código del Trabajo.⁷¹

El artículo sexto transitorio autoriza a las empresas bajo el régimen de cuota laboral a optar, sin necesidad de justificación, por cumplir mediante una obligación alternativa de celebrar contratos con empresas que empleen personas con discapacidad o efectuar donaciones en dinero a proyectos o programas para instituciones, corporaciones o fundaciones. Esto significa que después de dos años a contar del 1 de abril de 2018 las empresas destinatarias de la ley n° 21.015 pueden utilizar la subcontratación o la donación, pero deben invocar una justificación razonable.

No es necesario que el empleador deba solicitar una autorización judicial para poder despedir al trabajador minusválido, conforme a la ley. La ley n° 21.015 no creó un fuero laboral a favor del trabajador con discapacidad, quien no goza de estabilidad laboral reforzada.

La Corte de Apelaciones de Punta Arenas declaró que no puede considerarse justificada la causal de despido *“incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato”*, prevista en el artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo, respecto de un trabajador que, con motivo de un accidente laboral, presenta un estado deteriorado de salud que le impide prestar adecuadamente

⁷⁰ PINTO (2013) p. 37.

⁷¹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, *Dictamen 3458/178 de 21 de octubre de 2002*, p. 1.

sus servicios contractuales⁷². Si el juez del trabajo declara que esta causal fue invocada sin justificación por el empleador, procedería condenar al empleador a pagar al trabajador la indemnización de mes por año de servicio, incrementada en un ochenta por ciento.⁷³ En efecto, la letra c) del Artículo 168 del Código del Trabajo, ordena pagar un recargo a la indemnización de mes por año de servicio “*En un ochenta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación indebida de las causales del artículo 160*”.

4. Problemas que genera la obligación de mantener contratados trabajadores con discapacidad.

A) PRIVILEGIO INMEREcido

En el derecho constitucional está asentada la doctrina según la cual “la diferenciación sobre la base de los méritos personales, habilidades profesionales y aptitudes, no constituye un acto de discriminación”.⁷⁴ JOSÉ MANUEL DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ sostiene que respecto de la cuota de ingreso de ciertas minorías a puestos de trabajo, las medidas de DP [discriminación positiva] atentan contra el discurso tradicional de la no-discriminación, haciendo objeto de resentimiento a los “nuevos privilegiados” por parte del resto de la sociedad, y de los “nuevos perjudicados” en particular.⁷⁵ Las cuotas son la forma más nociva de DP [discriminación positiva], ya que constituyen un mecanismo excesivamente rígido, que no admite compromiso alguno, afectando con particular fuerza los derechos de las víctimas. Adicionalmente, reniega de la individualidad multidimensional de toda persona, llevando al extremo propio del reduccionismo propio de la DP [discriminación positiva], en cuanto a tomar en consideración sólo la variable sobre la que se construye la cuota (raza, sexo, etc.).⁷⁶

El problema que se vislumbra es la situación de trabajadores con discapacidad que están protegidos por el artículo 157 bis del Código del Trabajo. ¿Es la obligación de mantenerlos contratados una prohibición de despedirlos, aún cuando pueda ser invocada y probada una causa legal justificada? Evidentemente los trabajadores con discapacidad deben cumplir las mismas obligaciones que los trabajadores sin discapacidad. Si un trabajador comete falta de probidad o vías de hecho, o incurre en sabotaje o incumplimiento grave de sus obligaciones laborales, su desvinculación de la empresa no es un acto discriminatorio arbitrario y queda expuesto a las reglas generales del estatuto de despido laboral, sin derecho a indemnización. Debe prevalecer la

⁷² Sentencia de 13 de agosto de 2007, Rol 18-2007.

⁷³ MUNITA (2014) p. 79.

⁷⁴ SUAZO (2000) p. 22.

⁷⁵ DÍAZ DE VALDÉS (2008) p. 231.

⁷⁶ *Idem*, p. 239.

regla de trato igualitario para todos, sin distinciones: *“Igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados”*, según lo dispuesto en el artículo 19 n° 2 de la Constitución Política de la República.

Las empresas medianas y grandes que despidieren a un trabajador con discapacidad esgrimiendo y acreditando una causa legal justificada, que continuaren cumpliendo con la cuota rígida del 1%, no serán afectados por el artículo 157 ter del Código del Trabajo. Aquellas que como consecuencia del despido justificado se situaren bajo el 1% , incumplirán el precepto legal señalado. ¿Acaso podrá alegar el empleador la inaplicabilidad del artículo 157 bis del Código del Trabajo, o por el contrario, deberá contratar más personas con discapacidad que fueren competentes e idóneas para poder llenar el puesto de trabajo vacante?

El uno por ciento ordenado por la ley para contratar o mantener contratados personas con discapacidad, tiene un leve impacto en una mediana empresa con una dotación de 100 a 149 trabajadores, y levísimo en una gran empresa de 200 o más trabajadores. Es muy difícil que en una empresa de más de cien trabajadores, que necesariamente tiene una estructura compleja que incluye áreas administrativas, no pueda aceptar a ninguna persona con discapacidad. Sin embargo, la cuota laboral resulta inconveniente cuando la planta de trabajadores está en su máxima capacidad, cuando una nueva contratación se convierte en un costo malo para la empresa.

B) COSTOS MALOS

El costo malo se genera irremediablemente con cada nueva contratación que no es necesaria, sean candidatos discapacitados o no discapacitados, debido a que su incorporación no agrega valor al proceso productivo. El empleador se ve obligado a adoptar decisiones difíciles. La primera opción es despedir a un trabajador contratado sin configurar los hechos de una causal legal. La segunda, es aumentar la dotación de personal atentando contra una gestión empresarial eficiente y productiva.

La acción afirmativa contenida en la Ley n° 21.015 no impone específicamente la obligación de incorporar al trabajador a un puesto de trabajo que añada valor al proceso productivo. Basta que sea contratado en la empresa que tiene la obligación de hacerlo. Un empleador puede contratar a un pariente o amigo con discapacidad, para desempeñar labores que sean inútiles en la cadena de producción o comercialización de bienes, o en su caso, para la prestación de servicios, con el único propósito de evitar la infracción a la ley de inclusión laboral.

La Ley n° 21.015 no regula la situación en que una empresa ya cuenta con todo el personal necesario, incluso manteniendo trabajadores con algún grado de discapacidad, pero bajo

la cuota legal del 1% de estos. ¿Acaso es sensato que el empleador pueda jurídicamente ser forzado por una ley a tomar la decisión de despedir a algunos de sus trabajadores, en orden a aumentar los puestos de trabajo que deben ser llenados con postulantes que padecen alguna discapacidad?

La cuota laboral ordenada por la ley de inclusión laboral desatiende o no se preocupa de los trabajadores no discapacitados que corren riesgo de perder sus empleos. Pensamos que el empleador no tiene la obligación de crear nuevos puestos de trabajo inútiles, con el único propósito de evitar una sanción por incumplimiento de la cuota laboral. Ante esta situación difícil, la Ley n° 21.015 permite que el empleador pueda cumplir una de las obligaciones alternativas, esto es, celebrar contratos con empresas cuyos trabajadores sean personas con discapacidad, o bien, optar por efectuar donaciones en dinero a instituciones. Las obligaciones alternativas contenidas en la Ley n° 21.015 son formas indirectas de contribuir a la inclusión de las personas con discapacidad en el mercado laboral, las cuales preservan intacto el contenido esencial de la libertad de contratación de trabajadores.

La acción afirmativa no puede ser ilimitada, ni aplicable siempre a todos los casos. Será muy interesante conocer en el futuro el criterio de la Dirección del Trabajo frente a la vaguedad de la frase “*mantener contratados*”, prevista en el artículo 157 bis del Código del Trabajo. También será muy importante la interpretación de esta norma jurídica que asentarán los juzgados del trabajo y los tribunales superiores de justicia, y eventualmente el Tribunal Constitucional. Esta concepción legal tan potente de la igualdad de oportunidades, la solidaridad y la inclusión en materia laboral, contenidas en la acción afirmativa de la Ley n° 21.015, lo amerita con creces.

Se debe tener presente que los candidatos que carecen de capacidad e idoneidad personal son costos malos para la empresa. Los costos malos son: 1) aquellos costos innecesarios para realizar una actividad dada; 2) las actividades innecesarias para producir la experiencia del cliente; y 3) los elementos de la experiencia del cliente que no producen beneficio para el cliente o que incluso producen beneficio negativo.⁷⁷

De acuerdo con el principio de racionalidad económica, la empresa es una organización productiva que “actúa según los criterios de eficacia y competitividad y siguiendo la lógica de la maximización de la utilidad medida en términos de beneficios económicos.”⁷⁸ La empresa es una actividad económica sujeta a las reglas del mercado, “bajo la lógica estricta de la mayor y menor producción al menor coste”.⁷⁹ Los programas de responsabilidad ética empresarial aplicados no desnaturalizan en absoluto la esencia de una empresa.

⁷⁷ FAVARO Y DOOD (2008) p. 47.

⁷⁸ GARCÍA-MARZÁ (2004) p. 84.

⁷⁹ *Idem.*, p. 123.

Desde el sector privado se han levantado muestras de preocupación, en el sentido que *“hay muy poco profesional y es muy duro, porque finalmente, por la naturaleza de nuestra empresa, no hay muchas funcionarias operarias”*. Algunas empresas que han contratado trabajadores con discapacidad, que han reunido los requisitos de capacidad e idoneidad, no tienen plazas disponibles para contratar nuevos trabajadores. Estas medianas empresas y grandes empresas *“se verían forzadas a despedir trabajadores no discapacitados para lograr completar el uno por ciento que permita cumplir la cuota obligatoria de la ley 21.015”*.⁸⁰

C) PRESCINDENCIA DEL PRINCIPIO MERITOCRÁTICO

Según SERGIO GAMONAL, se debe entender por “capacidad o idoneidad personal” la preferencia o diferenciación hecha sobre la base de la preparación técnica o educacional que requiere el trabajador para cumplir las funciones encomendadas en el contrato de trabajo.⁸¹ El principio meritocrático es el contenido esencial de la libertad de contratación de trabajadores, asegurada en el artículo 19 n° 16, inciso tercero, de la Constitución Política de la República: *“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”*. La esencia del derecho constitucional debe ser respetada especialmente por el legislador, pero también es un deber jurídico dirigido a los órganos de la Administración del Estado al ejecutar la ley, en cuanto a que deben abstenerse de violarla, mediante la garantía de no imposición de *“condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”*.⁸²

La acción afirmativa favorece al candidato menos cualificado en perjuicio del postulante más cualificado, y al mismo tiempo, viola el principio de selección basada en el rendimiento.⁸³ La cuota obligatoria *“no respeta el derecho del empleador a una selección fundada sobre el mérito”*.⁸⁴ Un sector de la doctrina demuestra una visión pesimista de las personas que padecen alguna discapacidad, en el sentido que *“se ha visualizado la discapacidad desde la pena o la caridad. Hoy el enfoque es en el derecho; la persona que se va a incorporar debe hacerlo porque tiene las competencias para el cargo y no por otro motivo”*.⁸⁵

⁸⁰ EL MERCURIO, *Economía y Negocios*, lunes de 27 noviembre de 2017, p. B 8.

⁸¹ GAMONAL (2004) p. 27.

⁸² SOTO (2005) p. 353.

⁸³ LEDER (2006) p. 260. Traducción del autor.

⁸⁴ *Idem.*, p. 282. Traducción del autor.

⁸⁵ ANDREA ZONDEK, presidente de Tacal Capital Humano, *El Mercurio, Economía y Negocios*, lunes de 27 noviembre de 2017, Capital Humano p. B 8.

El principio meritocrático y la orientación hacia el rendimiento son parte integrante del núcleo esencial de la libertad de contratación del empleador respecto de postulantes dotados de capacidad e idoneidad personal. La cuota obligatoria laboral se entromete en el espacio privado del empleador, invade su libertad para decidir y elegir cuáles son los postulantes a puestos de trabajo de su empresa son los más capaces e idóneos para realizar las labores requeridas para obtener beneficio económico, eficiencia y competitividad.

D) INVASIÓN AL CAMPO DE LA LIBERTAD DE ELECCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO

El artículo 1°, inciso tercero, de la Constitución Política de la República, establece lo que el senador JAIME GUZMÁN ERRÁZURIZ denominaba “principio de las autonomías sociales”, conforme al cual toda entidad intermedia entre el hombre y el Estado tiene derecho a autogobernarse, es decir, a procurar libremente la obtención de su objetivo⁸⁶: *“El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”*.

La libre determinación de los cuerpos intermedios comprende desde un punto de vista interno, la libertad de constitución junto con la autorregulación estructural y funcional, y desde un punto de vista externo, la no dominación de terceros. Esto significa que debe ser permitido a los cuerpos intermedios ejercer sus acciones dentro de un espacio exento de injerencias arbitrarias o no consentidas, provenientes del Estado y de otros sujetos privados.

El principio de las autonomías sociales asegura a las empresas propender hacia su finalidad de eficiencia, rendimiento y competitividad. Si bien es cierto que la ley de inclusión laboral tiene el positivo propósito de generar una mayor inclusión de personas con discapacidad en el mundo laboral, lo que por sí es loable, tiene un enfoque en exceso dirigista, que puede terminar dificultando su aplicación.⁸⁷

V. CONCLUSIONES

1.- El objetivo de la Ley n° 21.015 que incentiva la inclusión de personas con discapacidad al mundo laboral, es favorecer a las personas que padecen una discapacidad física o mental, sea por causa psíquica, intelectual o sensorial, según la definición legal, y que manifiesten su interés en obtener un empleo. Se pretende lograr este propósito removiendo los obstáculos históricos sufridos por quienes han sido víctimas de tal exclusión social, utilizando un

⁸⁶ ROJAS et al. (1996) p. 45.

⁸⁷ EL MERCURIO, “Aplicación de la ley de inclusión laboral”, jueves 22 de marzo de 2018, p. A 3.

mecanismo de compensación especial para abrir barreras de acceso laboral. Dado que la Constitución Política de la República es una norma jurídica de superior jerarquía que las leyes, estas deben ajustar su contenido material a aquella, para gozar de validez jurídica. El consenso político de los legisladores no garantiza por sí mismo que sus leyes sean conformes con la Constitución.

2.- La exigencia de mérito para optar a un puesto de trabajo debe ser igual para todos, de lo contrario se atenta contra la igualdad formal ante la ley, pues se concedería un privilegio inconstitucional. Permitir la igualdad de oportunidades es lograr un equilibrio entre todos los competidores que concurren libremente en el mercado laboral, ascendiendo hacia la excelencia. Emparejar no puede significar nivelar hacia abajo o rebajar a los postulantes no discapacitados hacia la mediocridad. Finalmente, corresponde a los jueces y tribunales competentes efectuar interpretaciones de la Ley n° 21.015 que resulten conformes a la Constitución chilena, exigiendo el ejercicio del principio meritocrático cuando se obliga a las empresas a cumplir la cuota legal.

3.- La cuota obligatoria como manifestación de la acción afirmativa en el ámbito de la inclusión laboral, no es garantía de respeto hacia el principio meritocrático. El acceso al mercado laboral y la contratación en un puesto de trabajo vacante no solo es una cuestión de mayor o menor libertad de elección para el empleador. La cuota laboral obligatoria es incompatible con la Constitución Política de la República, no por sí misma, sino debido a que un porcentaje rígido carece de la idoneidad de mérito, ni se orienta hacia el desempeño del postulante a un puesto de trabajo en la empresa. La Ley n° 21.015 pugna directamente contra el núcleo esencial del derecho fundamental a reclutar, seleccionar y contratar trabajadores, del cual el empleador es titular. La cuota laboral obligatoria desconsidera la capacidad e idoneidad personal del postulante, que el artículo 19 n° 16, inciso tercero, de la Constitución Política de la República, reserva al empleador durante el reclutamiento, selección y contratación de postulantes.

4.- La acción afirmativa en su modalidad de cuota rígida, contenida en la Ley n° 21.015, es conforme con la Constitución Política de la República únicamente debido a las obligaciones alternativas de contratación o de donación, en cuanto son formas indirectas de contribuir al acceso laboral y a la protección de las personas discapacitadas. Hasta dos años de entrada en vigencia de la Ley n° 21.015 el empleador no necesita fundar su opción por alguna medida alternativa. Puede elegir entre subcontratar o hacer una donación señalada en la ley. Después de dos años de entrada en vigencia de la Ley n° 21.015 el empleador necesita fundar su opción por la medida alternativa.

5.- Que la ley jamás prive de las medidas alternativas al empleador es un acierto del Poder Legislativo, porque reconoce el principio meritocrático como no afecto a la intromisión estatal en la libertad de contratación de trabajadores. La ley n° 21.015 deja abierta la posibilidad de invocar alguna clase de justificación para optar por la medida alternativa, que sea razonable. Proponemos

la utilización señalada en el artículo 5° de la Directiva 2000/78 de la Unión Europea, que autoriza invocar la justificación de “carga desproporcionada para el empleador”, cuando la imposición de trabajadores con alguna discapacidad resulta demasiado onerosa o difícil. Asimismo, el empleador puede invocar la justificación de peligro para sí mismo o amenaza directa para terceros, del postulante o trabajador con discapacidad.

6.- En contra de la inclusión laboral por vía legislativa, podemos alertar que el trabajador con discapacidad corre el riesgo de ser cuestionado en sus méritos y capacidades en el mercado laboral, como consecuencia del reclutamiento forzoso. Algunos críticos podrían decir que el contratado está trabajando porque fue favorecido por el cupo reservado o la cuota legal, no por su capacidad e idoneidad personal. Sostenemos que las becas de estudio para personas con discapacidad, o los subsidios y las rebajas al impuesto de primera categoría de las empresas que contraten a postulantes con discapacidad, son mecanismos más eficientes que la intromisión estatal en la libertad contractual del empleador. Aquellos mecanismos eficientes están orientados hacia el rendimiento y permiten valorar al trabajador con discapacidad, desde un enfoque de derechos que respeta su dignidad humana.

7.- La Ley n° 21.015 posee un efecto coercitivo utilizando la sanción de multa, y además, produce un efecto simbólico en las empresa que adoptan la política interna de contratar a trabajadores con discapacidad, superando la cuota obligatoria del uno por ciento. Sin embargo, en una economía de libre mercado la asignación de los puestos de trabajo que desempeñarán los trabajadores en la empresa que ofrece el empleo, debe quedar siempre a discreción del empleador y no del Poder Legislativo. Si las capacidades del postulante no coinciden con las necesidades y requerimientos del puesto de trabajo, se abre la puerta a la discriminación arbitraria contra quienes han sido descartados de los procesos de reclutamiento y selección, a pesar de tener mayores méritos y capacidades que los candidatos favorecidos por la ley de inclusión laboral. La Ley n° 21.015 no establece una clasificación del nivel de discapacidad que sea acorde para desempeñar un determinado cargo, pudiendo ser en términos prácticos de carácter leve, mediana o grave. Asimismo, esta ley comete el error de no prohibir que parientes de los dueños de la empresa ocupen puestos de gerencia en la empresa. Finalmente, cabe mencionar que la legislación chilena no adoptó el sistema alemán, en que las personas con discapacidad severa son quienes realmente debieran ser beneficiados con la cuota obligatoria, debido a que se encuentran en una posición de desventaja objetiva frente a otros candidatos más aptos para desempeñar labores que exijan habilidades físicas e intelectuales óptimas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BARRÈRE UNZUETA, María de los Ángeles (2014): *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites. Especial referencia la perspectiva iusfeminista*, (Lima, GRIJLEY).

BASSA MERCADO, Jaime (2008): *El Estado Constitucional de Derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales* (Santiago, LexisNexis).

CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2007): “La ley de subcontratación y la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores de servicios transitorios”, *Revista Ius et Praxis*, Año 13, N° 2: pp. 157-194.

CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II Derechos, deberes y garantías* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, primera edición).

CHEMERINSKY, Erwin (2009): *Constitutional Law* (New York, Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business, tercera edición).

DE OTTO PARDO, Ignacio (2010): “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en *IDEM, Obras Completas*, Universidad de Oviedo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Oviedo, pp. 1471-1513. Publicado originalmente en *L. MARTÍN-RETORTILLO e I. DE OTTO PARDO (eds.), Derechos fundamentales y Constitución* (Madrid, Civitas, 1988), pp. 95-172.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel (2008): “Reflexiones previas y necesarias para un análisis crítico de la discriminación compensatoria (*affirmative action*)”, *Actualidad Jurídica*, 17, enero, pp. 195-242.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel (2014): “La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XLII, 1 semestre: pp. 149-186.

DIDIER, María Marta (2012): *El principio de igualdad en la norma jurídica. Estudio de las decisiones de la Corte Suprema argentina y su vinculación en cuestiones de constitucionalidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos* (Buenos Aires, Marcial Pons).

DWORKIN, Ronald (2003): *Virtud soberana. La teoría y práctica de la igualdad*, (Barcelona, Paidós, Paidós Estado y Sociedad 110).

ESCÁRATE ORELLANA, Carlos (2016), “La experiencia como criterio de evaluación de las ofertas”, en BERMÚDEZ SOTO, J. (edit.), *Perspectivas para la modernización del derecho de la contratación. Actas de las XI Jornadas de Derecho Administrativo 2014* (Valparaíso, Escuela de Derecho PUCV, Ediciones Publicaciones Valparaíso) pp. 23-46.

FAVARO, Ken y DOOD, Dominic (2008): *Las tres tensiones: cómo ganar la batalla del buen desempeño sin poner en riesgo el compromiso* (trad. Affán Buitrago, Bogotá, Grupo Editorial Norma).

FERRATER MORA, José (2001): *Diccionario de Filosofía*, Tomo I (A-D) (Barcelona, Akal, edición revisada, aumentada y actualizada por el profesor Josep-María Terricabras).

FIGUEROA, Rodolfo (2016): “La acción afirmativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, N° 2: pp. 401-431.

FULLINWIDER, Robert (2011): “Affirmative Action”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter).

GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2004): “Los derechos del trabajador en la Constitución chilena”, en *Derechos Fundamentales Homenaje al Profesor Patricio Novoa Monreal*, *Anuario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 3: pp. 33-69.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2008): *El procedimiento de tutela de derechos laborales*, (Santiago, LegalPublishing Chile, segunda edición).

GARCÍA-MARZÁ, Domingo (2004): *Ética empresarial: del diálogo a la confianza*, (Madrid, Trotta).

HANAU, Peter, STEINMEYER, Heinz-Dietrich y WANKE, Rolf (2002): *Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts* (München, Editorial Verlag C. H. Beck).

HUFEN, Friedhelm (2009): *Staatsrecht II. Grundrechte* (2. Auflage, München, Verlag C. H. Beck).

IRURETA URIARTE, Pedro (2014): “Noción de empleador ante el derecho del trabajo”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XLII, Semestre 1: pp. 251-282.

LANTARÓN BARQUÍN, David (2017): “Discapacidad y contratación: una reflexión unitaria”, en *Arranz de Andrés* (direct.), *Aspectos fiscales de la dependencia y la discapacidad* (Aranzadi, Cizur Menor/Navarra) pp. 247-298.

LEDER, Tobias (2006), *Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung. Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht* (Berlin, Duncker & Humblot).

MARTÍN VIDA, María Ángeles (2003): “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en Derecho estadounidense”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 68, N° enero-abril: pp. 151-194.

MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio (2007): *Introducción al derecho y a las instituciones de la Unión Europea* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

- MENDONÇA, Daniel (1995): *Exploraciones Normativas. Hacia Una teoria general de las normas* (México, Fontamara).
- MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL (2017): *Manual para la inclusión laboral del migrante* (Santiago, Ediciones MINTRAB).
- MONTOYA MELGAR, Alfredo (2008): *Derecho del Trabajo* (Madrid, Tecnos, vigésimonovena edición).
- MUNITA LUCO, Enrique (2014): “El perjuicio económico como elemento configurador de la gravedad del despido”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, vol. 5, N° 9: pp. 63-82.
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos (2008): “Simposio Igualdad de oportunidades”, *Anuario de Derechos Humanos 2008*: pp. 69-95.
- PFARR, HEIDE (1998): *Quoten und Grundgesetzes. Notwendigkeit und Verfassungsmässigkeit von Frauenforderung* (Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft).
- PINTO OSORIO, Marcela (2013): “El deber de protección del empleador respecto del trabajador con discapacidad”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, vol. III, N° 1: pp. 11-39.
- PRÜGEL, Jan-Willem (2013): “A comparative analysis of the Constitutional legitimacy and societal justification of affirmative action: should some be treated more equals than others?”, *Revista de Estudios Ius Novum*, N° 6: pp. 289-306.
- RABE, Johan (2001): *Equality, Affirmative action and Justice* (Hamburg, Books on Demand GmbH).
- ROJAS MIÑO, Irene (2018): “El contenido de la dirección laboral común en la configuración del grupo de empresas o unidad económica”, *Revista de Estudios Judiciales*, vol. 4: pp. 143-158.
- ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo, ACHURRA GONZÁLEZ, Marcela y DUSSAILANT BALBONTÍN, Patricio (1996): *Derecho Político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- ROTHSTEIN, Laura y MCGINLEY, Ann C. (2000): *Disability Law. Cases, Materials and Problems* (North Carolina, Carolina Academy Press, quinta edición).
- SIMÓN YARZA, Fernando (2013): “De la igualdad como *límite* a la igualdad como *tarea* del Estado. Evolución histórica de un principio”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 97, N° enero-abril: pp. 73-113.

SOFOFA-OIT (2013): *Estudio: Factores para la inclusión laboral de las personas con discapacidad*, (Santiago, Organización Internacional del Trabajo).

SOTO KLOSS, Eduardo (2005): “El principio de subsidiariedad“, *Castaño, S. y Soto Kloss, E. (edit.), El Derecho Natural en la Realidad Social y Jurídica* (Academia de Derecho, Universidad Santo Tomás, Santiago) pp. 325-353.

SUAZO SCHWENCKE, Carolina (2000): *Discriminación laboral por razón de sexo*, (Santiago, Pedro Benhur Sánchez Editor).

VALCÁCER, Amelia (1993): *Del miedo a la igualdad* (Barcelona, Crítica).

ZINN, Howard (2003): *A People’s History of the United States* (New York, HerperCollins).

ZÚÑIGA URBINA, Francisco Octavio (2002): “El principio de discriminación compensatoria ante el valor principio de igualdad”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social/Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social*: pp. 237-260.

TEXTOS DIGITALIZADOS

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, *Dictamen 3458/178 DE 21 DE OCTUBRE DE 2002*, disponible en <http://www.dt.gob.cl/consultas/1613/w3-printer-60812.html>. p. 1.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, *Dictamen 4137/101 de la Dirección del trabajo, que informa sobre el sentido y alcance de la ley n° 21.015*.

FUNDACIÓN WAZU, *Entra en vigencia la ley n° 21.015 Abril 01: ¿En qué nos beneficia la ley n° 21.015?*, <http://www.fundacionwazu.cl>. p. 1.

MINISTERIO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, *Expertos analizan avances legales para trabajadores con discapacidad*, www.dt.gob.cl/portal/1627/w3-article-113806.html, pp. 1-2.

SERVICIO NACIONAL DE LA DISCAPACIDAD, *II Estudio Nacional de la Discapacidad en Chile*, Departamento de Estudios de SENADIS, Santiago, Chile, 2015, disponible en http://www.ministeriodedesarrollosocial.gob.cl/endisc/docs/Libro_Resultados_II_Estudio_Nacional_de_la_Discapacidad.pdf, pp. 1-137.

SERVICIO NACIONAL DE LA DISCAPACIDAD, *Estudio de Inclusión Laboral de Personas en Situación de Discapacidad en el Estado*, 2014, en *Estudio de Inclusión Laboral de Personas en Situación de Discapacidad en el Estado*, 2014, [http://www.ministeriodedesarrollosocial.gob.cl/Estudio_de_Inclusión_Laboral_de_Personas_en_Situación_de_Discapacidad_en_el_Estado\[1\].pdf](http://www.ministeriodedesarrollosocial.gob.cl/Estudio_de_Inclusión_Laboral_de_Personas_en_Situación_de_Discapacidad_en_el_Estado[1].pdf), pp 1-23.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Chile

- Código del Trabajo
- Ley n° 16.744 sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.
- Ley n° 18.600, de 1987, que establece normas sobre deficientes mentales.
- Ley N° 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de las personas con discapacidad fue publicada en el Diario Oficial el día 10 de febrero de 2010.
- Ley n° 20.840 que sustituye el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional inclusivo y fortalece la representatividad en el Congreso Nacional.
- Ley n° 20.940, publicada en el Diario Oficial del día 8 de septiembre de 2016.
- Ley n° 21.015 que incentiva la inclusión de personas con discapacidad al mundo laboral, publicada en el Diario Oficial de fecha 15 de junio de 2017.
- Decreto con fuerza de ley N° 1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.
- Dictamen 3458/178 de 21 de octubre de 2002.
- Dictamen 4137/101 que informa sobre el sentido y alcance de la ley n° 21.015.

Estados Unidos

- *Americans with Disabilities Act (42 U.S.C. p. 12101 et seq.)*.

Alemania

- Libro Noveno (IX) del Código Social Federal (SGB).

España

- La Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2013

Unión Europea

- Directiva 2000/78/CE.
- Directiva N° 76/207 del Consejo de Europa.
- Tratado de Amsterdam.