

Trabajo, empleo y ajustes razonables



Introducción

Los ajustes razonables son parte del derecho fundamental consagrado en el artículo 19, número 16, de la Constitución Política de la República, relativo a la libertad de trabajo y su protección, debido a que la denegación de los mismos debe ser considerado como criterio de discriminación, hecho que se encuentra prohibido en distintas disposiciones, e incluso debe ser considerado como discriminación por motivos de discapacidad, lo que se encuentra expresamente prohibido por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En el presente boletín, se pretende analizar tal afirmación desde distintas fuentes legales, convencionales y la opinión del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas.

Marco Normativo

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por Chile en el año 2008, establece en su artículo 2 “[p]or *“ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”*.

Por su parte, la Ley 20.422, en su artículo 8, señala que “[l]os *ajustes necesarios (sic) son las medidas de adecuación del ambiente físico, social y de actitud a las carencias específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos.”*

Es preciso advertir que nos enfocaremos en el primer concepto, debido que el de ajustes necesarios que nos entrega la ley 20.422, debe ser

Trabajo, empleo y ajustes razonables

adecuado al primero, lo cual ya fue recomendado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el sentido que el Estado de Chile revise la definición de ajustes razonables.¹ Es en esta misma recomendación en que se evidencia la obligación de reconocer la denegación de ajustes razonables como forma de discriminación basada en la discapacidad en todas las esferas de la vida.

Por otro lado, la regulación del derecho al trabajo y empleo, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se encuentra en su artículo 27, el cual, entre otras cosas, reconoce el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás, destacando para los efectos de este boletín informativo, el literal i) “[v]elar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo”.

¹ ONU, Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2016); “Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile”; 13 de abril de 2016; CRPD/C/CHL/CO/1, disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandle.r.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhSrBkvDLHrFFq8wSOe2z9q3iFJkxVdXG46rNMdKvCt6SYCqE9w8saGfjQe6YuM2nEvOCVqR%2bIFnDejMd18bZ3X3vBcVczlN6362elfZVRenO>; párr. 12.

La obligación de Ajustes Razonables

En ese contexto, resulta ser una obligación del Estado velar por que los ajustes razonables se realicen en el lugar de trabajo, implicando además la obligación de los particulares para lograr el cometido ordenado por la Convención.

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, ya desde el año 1985 se había referido en este sentido. En su Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo de personas invalidas (sic), en su artículo 7 establece que “[l]as autoridades competentes deberán adoptar medidas para proporcionar y evaluar los servicios de orientación y formación profesionales, colocación, empleo y otros afines, a fin que las personas [con discapacidad] puedan lograr conservar un empleo y progresar en el mismo; siempre que sea posible y adecuado, se utilizarán los servicios existentes para los trabajadores en general, con las adaptaciones necesarias.” Con lo anterior podríamos afirmar que la obligación de realizar ajustes razonables no es una obligación nueva para los Estados, extendiéndose, desde ese

Trabajo, empleo y ajustes razonables

tiempo, la obligación a los particulares, puesto que la obligación es que "[t]odo miembro [...] deberá adoptar las medidas necesarias para aplicar [principios de política de readaptación profesional y de empleo para personas con discapacidad] del presente Convenio".

Realizar ajustes razonables no es lo mismo. "La obligación de realizar ajustes razonables es diferente de las obligaciones en materia de accesibilidad. Los dos tipos de obligaciones tienen por objeto garantizar la accesibilidad, pero la obligación de proporcionar accesibilidad mediante el diseño universal o tecnologías de apoyo es una obligación *ex ante*², mientras que la de realizar ajustes es una obligación *ex nunc*³."⁴

² La accesibilidad debe integrarse en los sistemas y procesos sin que importe la necesidad de una persona con discapacidad concreta de acceder a un edificio, un servicio o un producto, por ejemplo, en igualdad de condiciones con las demás.

³ Los ajustes razonables, deben realizarse desde el momento en que una persona con discapacidad requiera acceder a situaciones o entornos no accesibles, o quiera ejercer sus derechos.

⁴ ONU, Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018); "Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación"; 26 de abril de 2018; CRPD/C/GC/6; disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsnbHatvuFkZ%2bt93Y3D%2baa2qtJucAYDOCLUtyUf%2brfiO>

Es claro que la obligación de realizar ajustes razonables es exigible y de cumplimiento inmediato, pero resulta necesario explicitar sobre lo que estamos hablando. El concepto se puede dividir en dos partes, "la primera impone una obligación jurídica positiva de proporcionar ajustes razonables, que constituyen una modificación o adaptación que sea necesaria y adecuada, cuando se requiera en un caso particular para garantizar el goce o ejercicio de los derecho de una persona con discapacidad. La segunda parte asegura que los ajustes requeridos no impongan una carga desproporcionada o indebida al garante de los derechos."⁵

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha sido claro en que el término "razonables" no debe interpretarse erróneamente como una cláusula de excepción; el concepto de "razonabilidad" no debería considerarse un elemento calificativo o modificador de la obligación. No es un medio de evaluar los costos del ajuste ni la disponibilidad de recursos – esto se hace en una etapa posterior, cuando se estima la "carga

[Z88SbKi18LECUG89QSDTKcf18nNjitMUEa2SCKSFY5q%2b9MbRHQrvCvBQGG9gSVvs0](https://www.unhcr.org/refugees/288SbKi18LECUG89QSDTKcf18nNjitMUEa2SCKSFY5q%2b9MbRHQrvCvBQGG9gSVvs0); párr. 24

⁵ ONU, Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018); op. Cit. párr. 25.

Trabajo, empleo y ajustes razonables

desproporcionada o indebida". Por el contrario la razonabilidad de un ajuste hace referencia a su pertinencia, idoneidad y eficacia para las personas con discapacidad".⁶

Por otro lado, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad nos dice que *"la carga desproporcionada" debe entenderse como un concepto único que establece los límites de la obligación de proporcionar ajustes razonables. Ambos términos deben considerarse sinónimos, ya que se refieren a la misma idea: que la solicitud de ajustes razonables tendrá como límite una posible carga excesiva o injustificable para la parte que debe atenderla"*⁷

Elementos del Ajuste Razonable

Con todo, los elementos fundamentales para aplicar ajustes razonables son los siguientes⁸:

a) Detectar y eliminar los obstáculos que repercuten en el goce de los derechos humanos de las personas con discapacidad, mediante el

diálogo con la persona con discapacidad de que se trate;

b) Evaluar si es factible realizar un ajuste (jurídicamente o en la práctica), ya que un ajuste imposible, por razones jurídicas o materiales, no es realizable;

c) Evaluar si el ajuste es pertinente (es decir, necesario y adecuado) o eficaz para garantizar el ejercicio del derecho en cuestión;

d) Evaluar si la modificación impone una carga desproporcionada o indebida al garante de los derechos. Para determinar si un ajuste razonable supone una carga desproporcionada o indebida, hay que evaluar la proporcionalidad que existe entre los medios empleados y la finalidad, que es el disfrute del derecho en cuestión;

e) Velar por que el ajuste razonable sea adecuado para lograr el objetivo esencial de promover la igualdad y eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad. Por consiguiente, se requiere un enfoque caso por caso basado en consultas con el órgano competente responsable del ajuste razonable y con la persona interesada. Entre los posibles factores que deben tenerse en

⁶ ONU, Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018); op. Cit. párr. 25 literal a).

⁷ Ibid; párr. 25 literal b).

⁸ Ibid; párr. 26.

Trabajo, empleo y ajustes razonables

cuenta figuran los costos financieros, los recursos disponibles (incluidos los subsidios públicos), el tamaño de la parte que ha de realizar los ajustes (en su integralidad), los efectos de la modificación para la institución o empresa, las ventajas para terceros, los efectos negativos para otras personas y los requisitos razonables de salud y seguridad. En lo que respecta al Estado parte en su conjunto y a las entidades del sector privado, se han de considerar los activos globales, y no solo los recursos de una determinada unidad o dependencia de una estructura orgánica;

- f) Garantizar que los costos no recaigan sobre las personas con discapacidad en general;
- g) Velar por que la carga de la prueba recaiga sobre el garante de los derechos que sostenga que la carga sería desproporcionada o indebida.

Trabajo y empleo, su relación con los ajustes razonables

Uno de los derechos reconocidos por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 27, es el de trabajo y empleo, derecho en el cual se señala de manera explícita en su literal i)

"velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo."

El Comité se ha pronunciado respecto a este derecho en el sentido que *"conlleva la obligación de los Estados partes de crear un entorno favorable y propicio al empleo, incluso en el sector privado"*⁹, como también, haciendo referencia a las obligaciones generales (artículo 4), *"de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la convención en relación con el trabajo y empleo"*.¹⁰ Asimismo, *"los Estados partes deben guiarse por el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plena y efectivas en la sociedad, y la igualdad de oportunidades."*¹¹

Con todo, hay que tener presente que *"al evaluar la razonabilidad y*

⁹ ONU, Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2010); *"Comunicación N°2/2010"*; CRPD/CD/2/2010; GE.14-07732; 07 de julio de 2010; disponible en: <http://undocs.org/es/CRPD/C/D/2/2010>; Párr. 6.2

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

Trabajo, empleo y ajustes razonables

la proporcionalidad de las medidas de ajuste, los Estados partes disponen de cierto margen discrecional, además que corresponde a los tribunales de los Estados partes evaluar los hechos y las pruebas en un caso determinado”¹².

Por su parte, la Dirección del Trabajo¹³ ha interpretado la norma de ajustes razonables en el trabajo, en el contexto de la ley 21.015, en el sentido que *“obligan a las empresas afectas a la obligación de reserva legal contenida en la norma señalada a realizar ajustes necesario en la jornada de trabajo de los dependientes, a fin de dar cumplimiento al principio de igualdad de oportunidades para las personas que se encuentren en situación de discapacidad”*

No podemos olvidar que el concepto de discriminación que otorga la Convención sobre los Derechos de las Personas con

discapacidad en su artículo 2, termina expresando que incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables. Agrega el Comité *“que la discriminación puede producirse por el efecto discriminatorio de una norma o medida que aparentemente es neutral o no tiene la intención de discriminar, pero que afecta de manera desproporcionada a las personas con discapacidad”¹⁴*

Por tanto, si hablamos de discriminación ante la negativa de ajustes razonables, imposición planteada, como ya se señaló, por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y reiterado como recomendación particular al Estado de Chile, es perfectamente concordante con la prohibición de cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal establecida en el artículo 19 número 16 de la Constitución Política de la República.

¹² ONU, Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014); “Comunicación N°5/2011”; CRPD/C12/D/5/2011; GE.14-21698; 14 de noviembre de 2014; disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsmRI%2fAQgnMbJPLlbuFnLIB9VQPIQbxtBIWbTkFILIzCgyszPXoVCvdvyyRKkgaul5pNgZY1aWlxXa8wj8lQ7OM EUt%2bGIGi9KhaCaHl1TsBm>; párr. 10.5

¹³ Ord N°3124 de 09.07.2018 Dirección del Trabajo; disponible en: http://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/articles-115579_recurso_pdf.pdf

¹⁴ ONU, Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2016); “Comunicación N°11/2013”; CRPD/C15/D/11/2013; GE.16-08383; 25 de mayo de 2016; disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsiyzad2BHQUYM%2bKTqPgX5eUvsDE7fY5d5bMzyqlahQaMHtTra6EHdxSq6TRT55O71Vkeb7%2fiCN64jK03fEpaZ7Tle3uttS%2bNijitGFY40ou8cvoEJmdZJgnNHfVWZxCdcw%3d%3d>; párr. 8.3.

Trabajo, empleo y ajustes razonables

Asimismo, este numeral, que trata sobre la libertad de trabajo y su protección, resguarda que toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Una garantía constitucional

Lo anterior es perfectamente interpretable conforme a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, acotándolo para efectos de este boletín a los ajustes razonables.

"De este modo, la interpretación más aceptada de esta garantía [la del 19 N°16] su contenido incluye los siguientes aspectos:

- a) El derecho de todas las personas para buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícito.*
- b) A nadie se le puede imponer un trabajo o un trabajador.*
- c) La garantía constitucional es amplia, ya que comprende tanto al trabajo subordinado como al independiente.*
- d) No obstante las libertades anteriores, la Constitución reconoce el valor del trabajo y la dignidad del trabajador. La doctrina constitucional ha*

interpretado que el Estado no puede desentenderse de su deber de protección del trabajo, específicamente de los trabajadores y que el legislador no podría dictar normas que atentaran contra la igualdad y la dignidad [de las personas] en materia laboral

- e) La Constitución cautela, además, ciertos aspectos cruciales del trabajo mismo [...].*

Nogueira fundamenta la consagración plena del derecho al trabajo como derecho fundamental en Chile, dado que la norma constitucional, es integrada, al tenor del artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, por los atributos de los derechos esenciales de las personas, que emanan de su dignidad inherente y que la propia Constitución así como el derecho internacional vinculante para nuestro país reconoce [...]. La protección constitucional del trabajador abarcaría, por tanto, derechos tales como remuneración equitativa, condiciones satisfactorias de trabajo, igual salario por trabajo igual, seguridad e higiene en el trabajo, limitación de las horas de trabajo, vacaciones pagadas, remuneración de los días festivos e, incluso, como

Trabajo, empleo y ajustes razonables

*sostiene Nogueira, protección contra el despido arbitrario.*¹⁵

En la misma línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que *"la libertad de trabajo y su protección extiende dicha protección al trabajo mismo, comprendiendo la dignidad del trabajador y la función social que cumple el trabajo"*.¹⁶

Discapacidad de Naciones Unidas en virtud del Protocolo Facultativo Ratificado por Chile.

Reflexiones finales

En definitiva, podemos concluir que los ajustes razonables a que se encuentran obligado realizar los empleadores, tanto privados como públicos, se centran en torno al derecho al trabajo de la persona con discapacidad que lo requiere, con claro énfasis en respetar la dignidad que tiene toda persona, no siendo permitida la negativa de proporcionarlo puesto que, como se ha señalado precedentemente, podría ser calificado como acto discriminatorio, lo cual puede ser objeto de acciones judiciales como tutela laboral, acción de protección, acción antidiscriminación, acción ante el juzgado de policía local y, como no, ante el Comité sobre los Derechos de las Personas con

¹⁵ GAMONAL Contreras, Sergio (2014); *"Fundamentos de Derecho Laboral"*; Legal Publishing Chile, cuarta edición; abril de 2014; p. 54.

¹⁶ Ibid; p. 58.