16 de marzo de 2021

Aportes al proceso de construcción de la Observación general n.° 27 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

1. Derecho al trabajo de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

1.1.El derecho al trabajo de las personas con discapacidad

El derecho al trabajo de las personas con discapacidad está garantizado en la Constitución de la República y los Tratados Internacionales de los cuales Ecuador es parte.

La Constitución de la República en el artículo 33[1] garantiza el derecho al trabajo y a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad. Tratándose de las personas con discapacidad, en el artículo 47[2] numeral 5, incluye el derecho al trabajo en condiciones de igualdad.

El Convenio 159 de la OIT relativo a la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas en el artículo 1 numeral 2[3] impone al Estado la obligación de permitir que la persona con discapacidad obtenga y conserve un empleo adecuado.

---

[1]Constitución de la República Art. 33.- El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado

[2]Constitución de la República Art. 47.- El Estado garantizará políticas de prevención de las discapacidades y, de manera conjunta con la sociedad y la familia, procurará la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social.

Se reconoce a las personas con discapacidad, los derechos a: 5. El trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades, que fomente sus capacidades y potencialidades, a través de políticas que permitan su incorporación en entidades públicas y privadas.

[3] Convenio 159 OIT

Art.1
2. A los efectos del presente Convenio, todo Miembro deberá considerar que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad.

La Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, en el artículo 27[4] reconoce el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones que los demás, incluyendo la obligación del Estado de emplear a las personas con discapacidad en el sector público y de realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo.

La obligación internacional de garantizar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, incluye la obligación de inclusión y estabilidad. Estas obligaciones están desarrolladas en la Ley Orgánica de Discapacidades[5], en el artículo 47 que crea la cuota de

[4] Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

Art. 27.- Trabajo y empleo
1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán 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:
a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables;
b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos;

c) Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás;
d) Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua;
e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo;
f) Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias;
g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público;
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;
i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo;
j) Promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto; y,
k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.
2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad no sean sometidas a esclavitud ni servidumbre y que estén protegidas, en igualdad de condiciones con las demás, contra el trabajo forzoso u obligatorio.

[5] Ley Orgánica de Discapacidades

Art. 47.- Inclusión laboral.- La o el empleador público o privado que cuente con un número mínimo de veinticinco (25) trabajadores está obligado a contratar, un mínimo de cuatro por ciento (4%) de personas con discapacidad, en labores

inclusión laboral y en el artículo 51 garantiza la estabilidad laboral, con este objetivo dispone que en caso de cesación de funciones por supresión de puestos o compra de renuncias no se considerarán los puestos que ocupan las personas con discapacidad.

Los tratados internacionales y las leyes especiales, como el Convenio 159 de la OIT y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley Orgánica de Discapacidades son aplicables en materia de talento humano para las instituciones del Estado; así como, para el sector privado.

El derecho al trabajo está legislado en el Código del Trabajo y en la Ley Orgánica de Servicio Público. El Código del Trabajo se aplica en el sector privado y público (instituciones del Estado), el mismo que en el artículo 42 numeral 33, dispone que el empleador público o privado, que cuente con un número mínimo de veinticinco trabajadores, está obligado a contratar, al menos, a una persona con discapacidad, en labores permanentes que se consideren apropiadas. La Ley Orgánica del Servidor Público, aplicable en todas las instituciones del Estado, en el artículo 64 establece que la institución que cuenten con más de veinte y cinco servidoras o servidores en total, está en la obligación de contratar o nombrar personas con discapacidad hasta un 4% del total de servidores o servidoras. Así, se establece una cuota de inclusión laboral que favorezca el ejercicio del derecho al trabajo de las personas con discapacidad.

---

permanentes que se consideren apropiadas en relación con sus conocimientos, condiciones físicas y aptitudes individuales, procurando los principios de equidad de género y diversidad de discapacidades

Art. 51.- Estabilidad laboral.- Las personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante gozarán de estabilidad especial en el trabajo.

En el caso de despido injustificado de una persona con discapacidad o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización legal correspondiente.

Las personas que adquieran una discapacidad en su vida laboral, por caso fortuito o por enfermedad sobreviniente, tienen derecho a su rehabilitación, readaptación, capacitación, reubicación o reinserción, de conformidad con la Ley.

Además, para la cesación de funciones por supresión de puestos o por compra de renuncias con indemnización, no se considerarán los que ocupen las personas con discapacidad o quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, pareja en unión de hecho o progenitor con discapacidad, debidamente certificado por la autoridad sanitaria nacional.

La cuota de inclusión laboral se aplica para cargos con estabilidad laboral a largo plazo. La Ley Orgánica del Servidor Público incluye "contratos ocasionales" es decir, contratos sin estabilidad laboral con el plazo de uno, hasta dos años; en el caso de personas con discapacidad puede extenderse hasta tres años.

1.2. Derecho a la Igualdad y no Discriminación por motivos de discapacidad

La Constitución de la República garantiza igualdad y no discriminación como un principio y como un derecho. En el artículo 11 numeral 2[6] incluye la igualdad como un principio, prohíbe la discriminación por discapacidad e impone la obligación de adoptar medidas de acción afirmativa que promueva la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. En el artículo 66[7] reconoce el derecho a la igualdad formal, material y no discriminación. En concordancia con estas normas, el artículo 35[8] incluye la obligación de ofrecer atención prioritaria a las personas con discapacidad.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CDPD, en el artículo 5[9] reconoce que todas las personas son iguales ante la ley, tienen derecho a igual protección

[6] Constitución de la República Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

[7] Constitución de la República. Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

[8] Constitución de la República Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.

[9] Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Art. 5.- Igualdad y no discriminación

legal y a beneficiarse de la ley en igual medida, sin discriminación y los Estados deben asegurar la realización del derecho a la igualdad a través de ajustes razonables.

La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad en el artículo 1 literal a)[10] incluye la obligación de adoptar medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración en el empleo.

De la normativa descrita se desprende que en el Estado ecuatoriano, el derecho a la igualdad incluye la igualdad formal y la igualdad material o real. Para alcanzar la igualdad material o real es necesario contar con acciones afirmativas, "ajustes razonables" o "medidas", herramientas indispensables para tratar la diferencia y favorecer el pleno ejercicio y goce de los derechos de las personas con discapacidad.

Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia N-258-15-SEP-CC publicada en el Suplemento del Registro Oficial N-605 de 12 de octubre de 2015, se refiere al trabajo y a la estabilidad laboral de las personas con discapacidad y sostiene lo siguiente:

> *Se advierte que en el presente caso, a la Sala no le correspondía realizar un mero análisis de legalidad en relación a la ley que regulaba en aquella época el servicio*

---

1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.

[10] Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad

1. 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, incluidas las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa: a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración;

> *público y que efectivamente contemplaba la posibilidad de dar por terminado unilateralmente y a su vencimiento el contrato de servicios ocasionales, sino que resultaba necesario y obligatorio efectuar un análisis constitucional, en el marco de la situación de discapacidad de la accionante como perteneciente a un grupo de atención prioritaria. En tal razón, era preciso examinar su situación desde el momento mismo de la contratación, los instrumentos utilizados para ello, la función para la que fue contratada, cómo la decisión de dar por terminado su contrato podía afectarla, en definitiva, revisar si la entidad garantizó o no sus derechos y su dignidad; además, debió considerar integralmente el conjunto de instrumentos que regulaban la materia y que han sido promulgados justamente para proveer a este grupo de ciudadanos una atención prioritaria y una protección especial, a fin de garantizarles una verdadera igualdad en el trabajo, tal como certeramente lo determinó en primera instancia el Tribunal Primero de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas. No considerar dichos parámetros y la normativa nacional e internacional señalada, incidió claramente en que la Sala parta de un hecho fáctico equivocado- que los funcionarios con discapacidad se encuentran en las mismas condiciones que otros funcionarios que no están en situación de vulnerabilidad- lo cual significó que se llegue a conclusiones obviamente equivocadas, como la determinación de que no existían derechos constitucionales vulnerados y que por tanto no era procedente la acción de protección; decisión que a todas luces ha puesto a la accionante en evidente situación de vulnerabilidad*

No es posible garantizar el derecho a la igualdad sin considerar las diferencias.

1.3. Ajuste razonable, sustitutos

A fin de garantizar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano se ha incluido la figura de "sustitutos". Esto es, personas que ocuparán un espacio laboral en lugar de una persona con discapacidad.

La Ley Orgánica de Discapacidades, en el artículo 48, define a los sustitutos como: *"Las y los parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, cónyuge, pareja en unión de hecho, representante legal o las personas que tengan bajo su responsabilidad y/o cuidado aun persona con discapacidad severa, podrán formar parte del porcentaje de cumplimiento de inclusión laboral, de conformidad con el reglamento. Este beneficio no podrá trasladarse a más de una (1) persona con discapacidad.*

2. Obstáculos para el ejercicio del derecho al trabajo de las personas con discapacidad

Ecuador es parte de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CDPD, y a pesar de que el ordenamiento jurídico nacional garantiza el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, hemos detectado algunos obstáculos que impiden el ejercicio de este derecho de manera adecuada, como se describe a continuación;

2.1.Contratación

La cuota de inclusión laboral prevista para personas con discapacidad obliga a los empleadores del sector público y privado a contratar a personas con discapacidad hasta alcanzar el porcentaje previsto en la norma. La autoridad nacional del trabajo, debe verificar el cumplimiento de la norma.

Sin embargo, en la realidad se conoció que algunos empresarios registraron contrataciones ***simuladas o ficticias***. Esto significa que, registraron contrataciones pero las personas no realizaban funciones, no recibían remuneraciones. Usaban el mero registro para justificar el cumplimiento de la norma.

Las personas con discapacidad intelectual encuentran obstáculos para ser contratados porque de acuerdo a la legislación ecuatoriana con consideradas "dementes"[11] y por tanto, ***sin capacidad jurídica para ser contratadas***. Quienes se encuentran en hogares de acogida privados se han incluido al mercado laboral, con la intermediación de los representantes de los hogares, quienes realizan una representación de facto, puesto que ellos no tienen esta atribución legal y no han sido declarados "curadores" de las personas con discapacidad intelectual. En Ecuador aún no se ha reconocido personalidad jurídica y capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Esto podría ser calificado como una forma de discriminación estructural contrario a la CDPD.

Los ***entornos de trabajo*** y ***condiciones*** que se ofrecen a las personas con discapacidad no siempre son adecuadas y en lugar de promover un cabal desempeño de sus funciones, acentúan las barreras que impiden su inclusión y desempeño laboral. Esto da cuenta de que la discapacidad continúa siendo entendida como un asunto personal desde el enfoque de la rehabilitación y no como una construcción social, tanto es así, que las personas que cuentan

---

[11] Código Civil

Art. 1463.- Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la (sic) persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas.

Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.

con contratos de trabajo han debido proveerse de los medios técnicos para desempeñar sus funciones; y otros, en ausencia de los mismos, están impedidos de realizar un trabajo adecuado. La discapacidad se configura al interactuar una persona con deficiencia y el entorno y determina la situación de la persona con discapacidad.

El proceso de inclusión laboral de las personas con discapacidad en el Ecuador está permeada de la doctrina que sustenta el modelo rehabilitador y como resultado de esta comprensión, las personas con discapacidad se consideran para labores de menor jerarquía o sin relevancia, así, por ello, el derecho a la ***promoción y ascenso en el trabajo,*** resulta aun un desafío.

La remuneración es parte del derecho al trabajo de la persona que desarrolla las funciones. Sin embargo; hemos visto casos donde las personas con discapacidad no reciben su remuneración sino otras personas. Esto ha sucedido en el caso de personas con discapacidad intelectual, quienes tienen dificultades para abrir cuentas en el sistema financiero porque de acuerdo a la legislación ecuatoriana, ellas no tienen capacidad jurídica.

En el caso de las mujeres con discapacidad intelectual, se ha conocido casos donde se "esterilizó" como una forma de protegerles frente a posibles embarazos. Por lo tanto, es necesario garantizar el ***derecho a una vida libre de violencia*** en el trabajo.

3. APORTES A LA PROPUESTA DE OBSERVACION GENERAL ART. 27 CDPD

En concordancia con los obstáculos que detectamos para el ejercicio del derecho a la trabajo de las personas con discapacidad en Ecuador y observando la propuesta de Observación general, presentamos las siguientes sugerencias o aportes;

I. Interpretación del artículo 27.1 (a): Discriminación en el lugar de trabajo, incluida la segregación en el lugar de trabajo

En este título podría incluirse el siguiente texto:

"*Los contratos de trabajo se realizarán de manera directa con la personas con discapacidad y en el caso de las personas con discapacidad intelectual, cuando sea necesario, recibirán las ayudas técnicas y apoyos necesarios a fin de que ejerzan su derecho a ser contratados*"

"Las barreras sociales que impiden el ejercicio del derecho al trabajo de personas con discapacidad deberán ser removidas, aplicando normativa y políticas públicas adecuadas a este objetivo."

"*las políticas laborales incluirán, orientación vocacional, rehabilitación/readaptación vocacional, formación profesional, inserción laboral, acompañamiento, evaluación del proceso de inclusión laboral, el derecho a la promoción y ascenso de las personas con discapacidad en las áreas donde se desempeñen de conformidad con sus competencias*".

II. Interpretación del artículo 27 (b): El derecho a la *"**remuneración**",* igualdad de remuneración por trabajo de igual valor

Este título debería incluir el componente "***remuneración"*** y en su texto, es deseable incluir los siguiente;

"Todas las personas con discapacidad tiene derecho a recibir su remuneración de manera directa, en el caso de las personas con discapacidad intelectual, con este propósito y de ser necesario, contarán con las ayudas y apoyos técnicos requeridos."

"Se garantizará el ***derecho a una vida libre de violencia*** en el trabajo*"*

X. Interpretación del artículo 27 (h): Programas de acción afirmativa y atención especial a personas con discapacidad particularmente excluidas del mercado laboral.

En este título podría incluirse el siguiente texto:

Como una alternativa para garantizar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, los Estados partes promoverán políticas de empleo protegido y centros especiales de empleo, que permitan la inclusión de personas con discapacidad que requieren alto niveles de apoyo y estas políticas serían la única vía para su inclusión laboral.