

EL DERECHO FUNDAMENTAL A TRABAJAR Y LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Darío REYNOSO ¹

I. Introducción

La temática en torno a la igualdad ha gozado de un amplio tratamiento durante la Convención Constituyente de 1996, y dio como consecuencia el texto actual de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires ². Allí, la igualdad es abordada en diferentes normas y desde diversas perspectivas, lo que constituye una de las características más notable que la diferencia de su par nacional.

En este orden de ideas, bajo el título segundo del libro primero denominado “Políticas Especiales”, se ubican diversos artículos con los que se procura garantizar la igualdad de condiciones de los grupos sociales considerados desaventajados, entre los que se encuentran las personas con discapacidad.

En este sentido, el artículo 11 segundo párrafo de la Constitución local se propone garantizar la igualdad tanto formal como material. Es así que reconoce el derecho a ser diferente y rechaza todo tipo de discriminaciones que tiendan a la segregación “por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo”. A su vez, el siguiente párrafo del mismo artículo impone a los poderes públicos la obligación de desplegar medidas positivas en favor de estos grupos desaventajados al determinar que la Ciudad “promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y

1 Titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 24 e Integrante del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires en representación del estamento judicial.

2 En adelante, CCABA o Constitución local.

la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad” (artículo 11 3er. párrafo CCABA).

Siguiendo esta misma línea, el artículo 42 garantiza a las personas *con necesidades especiales* el derecho a la plena integración, información y equiparación de oportunidades y el artículo 43 –que se dedica al desarrollo del Derecho del trabajo en la Ciudad-, asegura un cupo del cinco por ciento del personal estatal para *las personas con necesidades especiales* con incorporación gradual en la forma que la ley determine ³.

Por su parte, cabe destacar que la disposición normativa bajo análisis, que establece un cupo mínimo de personas con discapacidad empleadas, se enmarca dentro de la normativa internacional en materia de derechos humanos cuyos instrumentos cuentan con una importante cantidad de normas tendientes a la protección de las personas con discapacidad. Este Derecho internacional de los derechos humanos, que contó con un importante impulso luego de la última reforma de la CN de 1994, rige en la jurisdicción de la CABA en virtud de lo expresamente dispuesto en el artículo 10 de la Constitución local. Como consecuencia de ello, la disposición normativa en estudio debe ser analizada a la luz de los instrumentos de Derecho internacional de los derechos humanos ratificados por el Estado nacional y, en particular, por aquellos que gozan de jerarquía constitucional de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 22 segundo párrafo CN.

En virtud de lo expuesto, en el siguiente apartado realizaré una breve referencia a la protección normativa de las personas con discapacidad dispuesta por el Derecho internacional. A partir de ello,

3 Corresponde destacar que además de las personas con discapacidad, las normas de la Constitución local procuran tutelar a otros grupos sociales considerados desaventajados, a saber: mujeres, niños y niñas, adolescentes y personas mayores. Sólo a modo de ejemplo cabe resaltar que allí se garantiza la igualdad de oportunidades y de trato entre varones y mujeres en el acceso y goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (art. 36), una protección especial y prioritaria a favor de niños, niñas y adolescentes (art. 39) y la igualdad real de oportunidad y goce de los derechos de los jóvenes a través de acciones positivas que faciliten su integración, inserción política y social y aseguren su participación en las decisiones que afectan al conjunto social o a su sector (art. 40) y también la igualdad de oportunidades, trato y pleno goce de los derechos de las personas mayores, velando por su protección y su integración económica y cultural (art. 41).

se avanzará con el estudio de la cláusula normativa del artículo 43 de la CCABA y de las leyes dictadas en su consecuencia que procuran asegurar el cupo mínimo en materia laboral previsto por ésta en favor de las personas con discapacidad.

II. Encuadre normativo

II.1. A nivel internacional nos encontramos con diversos instrumentos que reconocen la igualdad material y real de condiciones entre los individuos.

En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que todos los seres humanos han nacido libres e iguales en dignidad y en derechos (artículo 1°), lo que incluye claramente a las personas con discapacidad. Esta disposición normativa se complementa con lo dispuesto en el artículo 7 que establece que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley sin distinción alguna, reconociendo el derecho a todos a igual protección contra la discriminación. En materia laboral, la Declaración dispone que toda persona tiene derecho al trabajo, a gozar de condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo sin discriminación alguna (artículo 23).

Asimismo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de DESC determina la protección de los *minusválidos*, a los cuales define como “(t)oda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales”. Al respecto, reconoce el derecho a recibir una atención especial de este grupo de personas a fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad, para lo cual, los Estados partes se comprometen, entre otras cuestiones, a ejecutar programas laborales adecuados a las posibilidades de las personas minusválidas (artículo 18) ⁴.

4 Corresponde agregar que el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación es uno de los más importantes y más formulados entre las normas internacionales de derechos humanos. Al respecto, se ha indicado que “(l) a Convención Americana está atravesada por el principio fundamental de la igualdad y la no discriminación. Además de que el reconocimiento de los derechos en ella garantizados opera a partir de fórmulas que lo incluyen implícitamente (‘toda persona’, ‘todo niño’, ‘todos los ciudadanos’), varios artículos relativos a distintos derechos incluyen referencias expresas a la igualdad. (...). Adicionalmente, la Convención contiene dos disposiciones que se refieren en particular al principio de igualdad. La primera es el artículo 1.1 que consagra

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho a trabajar, que comprende “el derecho de *toda persona* a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado” (artículo 6, el destacado me pertenece) así como también el goce de condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo que se aseguren en especial un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias; la seguridad y la higiene en el trabajo; igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; y el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos (artículo 7). También se impone a los Estados partes la obligación de reconocer los derechos sindicales *a toda persona* (artículo 8), lo que incluye a los trabajadores con discapacidad, y el derecho a la seguridad social, incluso al seguro social (artículo 9).

También existen instrumentos que de forma particular regulan la situación de las personas con discapacidad y que cuentan con disposiciones normativas que proveen un tratamiento diferenciado en favor de este grupo social en situación de vulnerabilidad.

En el ámbito universal nos encontramos con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que impone a los Estados partes la obligación de reconocer el derecho a las personas con discapacidad “a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás” lo que incluye “el derecho de 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”

la obligación de respetar los derechos, en los siguientes términos: ‘[l]os Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social’. La segunda es el artículo 24 que establece el derecho de igualdad ante la ley: ‘[t]odas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tiene derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley’. STEINER, Christian y Patricia URIBE (Editores), “Convención Americana sobre derechos humanos. Comentario”, Konrad Adenauer Stiftung e.V., 2014, pp. 581/582.

(artículo 27 primer párrafo). A nivel regional hallamos la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad que dispone, entre otras cuestiones, que los Estados parte se comprometen adoptar medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole “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, (...), la vivienda, (...), la educación” entre otras (artículo III.a) ⁵.

En un caso contra Argentina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que en las Convenciones mencionadas en el párrafo precedente “se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómica” ⁶.

5 Es importante destacar que esta Convención ha desarrollado la definición de *discapacidad* y de *discriminación contra las personas con discapacidad*. La primera fue definida como “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”. A su vez, define *discriminación contra las personas con discapacidad* como “toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales” (art. 1º párrafos 1 y 2 respectivamente).

6 Corte IDH: “Furlán y Familiares vs. Argentina”, 31/08/2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 133. En otra sentencia, ese mismo tribunal se ha referido a la obligación de los Estados de adoptar medidas especiales para corregir las desigualdades a las que están expuestas las personas con discapacidad. En este sentido, en el caso “Ximenes Lopes”, la Corte señaló que “(l)as personas con discapacidad a menudo son objeto de

Sin perjuicio de lo expuesto hasta aquí, cabe destacar que a nivel internacional existen también otros documentos que se vinculan con el derecho a trabajar de las personas con discapacidad.

Al respecto, es posible enunciar la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo de 1944 (Declaración de Filadelfia, que se anexa a la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo) que establece que “(t)odos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades. El logro de las condiciones que permitan llegar a este resultado debe constituir el propósito central de la política nacional e internacional”⁷.

Asimismo, en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 86^a reunión, celebrada en 1998, se ha indicado que “todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, incluida la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”.

A su vez, el Convenio de la OIT sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas, adoptada en Ginebra el 20 junio

discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad”. STEINER, Christian y URIBE, Patricia (Editores), “Convención Americana sobre derechos humanos. Comentario”, Konrad Adenauer Stiftung e.V., 2014, pp. 605. Sobre esta sentencia se ha indicado que resulta de importancia pues, mediante el voto razonado del Juez A. A. CANÇADO TRINDADE, la Corte incursionó por vez primera en la situación de las personas con discapacidad mental. BAZÁN, Víctor, *Derecho a la salud y justicia constitucional*, 1^a ed., Buenos Aires, Astea, 2013, pp. 37/38.

7 Cabe destacar que Argentina es miembro de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) desde el 28 de junio de 1919. Información disponible en: www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11110:0::NO:11110:P11110_COUNTRY_ID:102536.

1983⁸, establece que “(d)e conformidad con las condiciones, práctica y posibilidades nacionales, todo Miembro formulará, aplicará y revisará periódicamente la política nacional sobre la readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas. Dicha política estará destinada a asegurar que existan medidas de readaptación profesional al alcance de todas las categorías de personas inválidas y a promover oportunidades de empleo para las personas inválidas en el mercado regular del empleo”.

II.2. Como es sabido, todos estos instrumentos imponen a los Estados parte la adopción de las medidas necesarias a fin de subsanar las deficiencias que puedan existir a nivel interno y que se hagan efectivos los derechos allí consagrados, permitiendo a las personas con discapacidad poder acceder a un trabajo en condiciones de igualdad.

En este orden de ideas, en virtud de lo dispuesto por el artículo 43 de la Constitución local y los diversos instrumentos internacionales señalados, la Legislatura dictó la Ley N° 1502 (reglamentada por el Decreto N° 812/2005) sobre la Incorporación de Personas con Necesidades Especiales al Sector Público de la Ciudad. En su artículo 1° se enuncia el objeto de la norma indicando que consiste en “regular la incorporación, en una proporción no inferior al cinco (5) por ciento, de las personas con necesidades especiales al Sector Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. El artículo 4 dispone que la incorporación de personas con necesidades especiales será gradual y progresiva para cubrir el cupo del cinco (5) por ciento, calculado sobre la base de la totalidad del personal que revista en la planta permanente de cada una de las jurisdicciones y entidades que constituye el ámbito material de aplicación de la ley y que se enuncian en su artículo 2°. Se establece también en el artículo 4 que la incorporación de este personal “deberá efectuarse en el plazo máximo e improrrogable de cinco (5) años a partir de la sanción de la presente Ley” agregando que, para que la incorporación se realice en tiempo y forma, la misma debe ser gradual “efectuándose en al menos un dos (2) por ciento en los dos (2) primeros años”.

Además, se dispone en ella que a los fines de cumplir con lo dispuesto por el artículo 4 citado previamente, las vacantes que se pro-

8 Aprobado por Ley N° 23.462.

duzcan en las jurisdicciones y entidades de la Ciudad que queden alcanzadas por la norma (conf. artículo 2°) deben ser prioritariamente cubiertas por las personas con necesidades especiales que acrediten las condiciones e idoneidad para el puesto o cargo que deba cubrirse (artículo 5). La norma prohíbe establecer preferencias respecto de la tipología de la discapacidad, aclarando que la única condición consiste en que la capacidad del aspirante permita el ejercicio de la función a desempeñar (artículo 6). El capítulo II de la norma (artículo 9 y ss.) crea también el Registro Laboral Único de Aspirantes con Necesidades Especiales a cargo de la Comisión para la Plena Participación e Integración de las Personas con Necesidades Especiales (COPINE). Dicho registro tiene por objeto facilitar la incorporación de las personas con necesidades especiales en los plazos y condiciones establecidos en la ley, mediante la inscripción de aquellas que aspiren a obtener un empleo en las jurisdicciones y entidades enunciadas en el artículo 2° de la norma.

Por su parte, la Ley N° 120 sobre política de empleo en la Ciudad establece que uno de los objetivos de ésta es “(p)romover políticas de apoyo para empleo de las personas con necesidades especiales” (artículo 2°). También se enuncian allí las diferentes prioridades a las que deben atender los programas destinados a fomentar el empleo, las que, según se indica, deben estar destinadas preferentemente a las *personas con necesidades especiales* (artículo 2°).

Asimismo, la Ley N° 471 que regula el empleo público en la Ciudad, coloca en cabeza del Poder Ejecutivo local la obligación de establecer los mecanismos y condiciones a fin de garantizar el cumplimiento del cupo previsto en el artículo 43 de la CCABA. La norma también reconoce el derecho a percibir una igual remuneración de los trabajadores que ingresen en virtud de dicho cupo con aquellos trabajadores que cumplan iguales funciones en el ámbito de la CABA. Agrega luego la norma que la convocatoria de *las personas con necesidades especiales* debe hacerse de forma tal que queden claramente establecidas las labores que realizará cada persona en la unidad administrativa correspondiente, a fin de que tales derechos individuales garantizados por la misma ley afecte la prestación de los servicios, mandando también a elaborar un registro por unidad administrativa que contenga el listado de trabajadores con discapacidad y las tareas que desempeñan o bien que pudieran desempeñar (artículo 68). Otros artículos de la misma ley abordan también cuestiones relativas a este grupo de personas. Así, en el artículo 21

se les reconoce el derecho a una licencia especial anual para atender a un familiar con necesidades especiales, sea por causas congénitas o sobrevinientes, de hasta 20 días corridos con goce de haberes y, vencido el término de la misma, se reconoce el derecho a una licencia especial anual de hasta veinte días corridos sin goce de haberes. También, el artículo 34 prevé una licencia deportiva especial con goce de haberes y de hasta sesenta (60) días para trabajadores de la Ciudad que sean deportistas aficionados cuando esté motivada en la participación en competencias o reuniones deportivas para personas con necesidades especiales, el plazo máximo será de sesenta (60) días.

No debe perderse de vista que no se tratan éstas de las únicas leyes locales que procuran un tratamiento diferenciado (o discriminación positiva) en favor de las personas con discapacidad. Entre ellas, caben destacar la Ley N° 4036 sobre Protección Integral de los Derechos Sociales para los Ciudadanos que dedica los artículos 22 a 25 a imponer obligaciones positivas en cabeza del GCBA a fin de garantizar el pleno goce de los derechos de las personas con discapacidad “de conformidad a lo establecido en la Constitución Nacional, la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, la Ley Nacional N° 22.431, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la Ley 447”. En materia de derecho a la vivienda, la Ley N° 3706 dispone como deber de la Ciudad garantizar “El acceso prioritario a los programas de desintoxicación y tratamientos para condiciones asociadas al abuso de sustancias, la salud mental y las discapacidades de acuerdo a las particularidades del sujeto que solicita el servicio, en el caso de personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle con discapacidad y adicciones” (artículo 4 inciso g). Finalmente, en materia de derecho a la alimentación, la Ley N° 1878 que crea el programa “Ciudadanía Porteña. Con todo derecho” incluye como beneficiarios de éste en virtud de su índice de vulnerabilidad a hogares cuyos ingresos sean superiores al 25 % y hasta la línea de pobreza “con hijos a cargo de hasta dieciocho (18) años de edad cumplidos y/o mujeres embarazadas y/o adultos mayores de sesenta y cinco (65) años a cargo y/o personas con necesidades especiales a cargo” (artículo 4 inciso b).

Con respecto a la Ley N° 447, citada previamente, debe destacarse que ésta establece un Régimen Básico e Integral para la prevención, rehabilitación, equiparación de posibilidades y oportunidades y para la participación e integración plena en la sociedad de

las *personas con necesidades especiales* (art. 1°). Estas últimas son definidas en el art. 3 que establece que “son aquellas que padezcan alteración, parcial o total, y/o limitación funcional, permanente o transitoria, física, mental o sensorial, que en relación a su edad y medio social impliquen desventajas considerables en su desarrollo” (art. 3°).

Para dar cumplimiento con la finalidad indicada en la norma, se establece que “La Ciudad de Buenos Aires adopta e implementa medidas para que la sociedad tome mayor conciencia de los derechos, necesidades, posibilidades y participación de las personas con necesidades especiales. Garantiza que las autoridades competentes inicien y apoyen campañas informativas referentes a ellas y a las políticas que desarrolla en materia de necesidades especiales. Reafirma sus derechos y obligaciones, justificando así las medidas encaminadas a eliminar todos los obstáculos que se opongan a su pleno desarrollo y participación” (art. 4). Asimismo, se establece que “Todos los poderes del Estado de la Ciudad de Buenos Aires deben, entre sus objetivos, programar y ejecutar políticas activas para la prevención, estimulación temprana, rehabilitación, equiparación de oportunidades y posibilidades para la plena participación socioeconómica de las personas con necesidades especiales” (art. 5). También se establece la responsabilidad de los funcionarios públicos de la CABA y de los entes privados de servicios públicos de la implementación de las medidas necesarias para garantizar y controlar el cumplimiento de las normas en cuestión referidas directa o indirectamente a las personas con necesidades especiales según los objetivos en la presente ley (art. 6). También se dispone que los poderes del Estado alienten a las empresas e instituciones del sector privado, a incluir en todos los aspectos de sus actividades las cuestiones relativas a las personas con necesidades especiales (art. 9) y que “Las instituciones públicas y las privadas de servicio público deben otorgar a todo su personal con necesidades especiales plena participación en sus programas de capacitación para el personal” (art. 8) y que “Los Poderes del Estado alientan, a las empresas e instituciones del sector privado, a incluir en todos los aspectos de sus actividades las cuestiones relativas a las personas con necesidades especiales” (art. 9).

Por medio de ella se crea también la Comisión para la Plena Participación e Inclusión de las Personas con Discapacidad encargada de planificar y coordinar, supervisar, asesorar, capacitar y difundir todo lo necesario para el efectivo cumplimiento de toda norma refe-

rida a las personas con discapacidad, interactuando con las distintas áreas del Estado, de la Ciudad, Nacional y Provinciales responsables de su aplicación y ejecución (art. 10).

II.3. Entiendo conveniente y necesario señalar que, más allá del cumplimiento de obligaciones de tipo internacionales asumidas voluntariamente por el Estado, la existencia de disposiciones de esta índole responde a una necesidad concreta y específica que es la de tutelar a un grupo social históricamente discriminado (como es el caso de las personas con discapacidad) ante un mercado de trabajo claramente excluyente.

Al respecto, se ha indicado que las personas con discapacidad representan aproximadamente mil millones de personas, es decir, un 15% de la población mundial y que, alrededor del 80 por ciento de éstas se encuentran en edad de trabajar ⁹. No obstante ello, su derecho a un trabajo decente con frecuencia es denegado, por lo que se ven obligados a enfrentar grandes barreras que dificultan aun más el disfrute a la igualdad de oportunidades en el mundo del trabajo. En definitiva, en comparación con las personas sin discapacidad, las personas con discapacidad experimentan mayores tasas de desempleo e inactividad económica y están en mayor riesgo de una protección social insuficiente la cual resulta clave para reducir la pobreza. En virtud de ello, la OIT tiene un compromiso de larga duración para promover la justicia social y el trabajo decente para las personas con discapacidad ¹⁰.

9 Organización Internacional del Trabajo (OIT), “Discapacidad y trabajo”. Información disponible en: www.ilo.org/global/topics/disability-and-work/WCMS_475652/lang-es/index.htm.

10 Organización Internacional del Trabajo (OIT), “Discapacidad y trabajo”. Información disponible en: www.ilo.org/global/topics/disability-and-work/WCMS_475652/lang-es/index.htm. El informe continúa señalando que “(e)s necesario un doble enfoque para la inclusión de la discapacidad. Un eje se refiere a los programas o iniciativas específicas para personas con discapacidad destinadas a superar las desventajas o barreras particulares, mientras que el otro busca garantizar la inclusión de las personas con discapacidad en los servicios y actividades de carácter general, tales como la formación profesional, la promoción del empleo, planes de protección social y estrategias para la reducción de la pobreza. Los esfuerzos de la OIT para incluir personas con discapacidad cubren toda su gama de actividades, incluidas sus prácticas internas y alianzas

Conclusiones similares a éstas señala el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su Observación General N° 5, donde indicó que el empleo “es una de las esferas en las que la discriminación por motivos de discapacidad ha sido tan preeminente como persistente. En la mayor parte de los países la tasa de desempleo entre las personas con discapacidad es de dos a tres veces superior a la tasa de desempleo de las personas sin discapacidad”¹¹.

Las implicancias que el tener una discapacidad presenta en las prácticas sociales diarias, y de la discriminación que como consecuencia de ello se ven expuestas a sufrir, generan dentro de este grupo social diversos obstáculos para conseguir y conservar un empleo adecuado. En este sentido, lo dispuesto por el artículo 43 de la CCABA pretende coadyuvar a las personas con discapacidad a fin de eliminar, o al menos reducir, los tratos marginales de los que son destinatarios como consecuencia de su situación. Al respecto, no debe perderse de vista que el ámbito laboral es uno en los que las personas con discapacidad encuentran mayores obstáculos para su integración. En otras palabras, allí donde resulta indispensable la existencia del Estado, nos encontramos con esta cláusula constitucional con claros fines tuitivos, que procura corregir las desigualdades que pudiesen existir en el acceso laboral de este grupo de personas.

Desde ya que para poder acceder a un trabajo, resulta insoslayable que se les asegure también a las personas con discapacidad el acceso a la educación y que se encuentren garantizados otros derechos fundamentales como lo son el derecho a una vivienda adecuada, a la alimentación, a la salud, entre otros. Esta vinculación entre el derecho a trabajar con otros derechos fundamentales, como consecuencia del principio de indivisibilidad de los derechos humanos pone en evidencia el carácter decisivo de contar con políticas que permitan crear condiciones favorables para que las personas con discapacidad puedan acceder a un trabajo digno.

En definitiva, se advierte que en estos casos, la presencia del Estado es indispensable para que los grupos sociales tradicional-

con otras agencias de la ONU, tal y como queda reflejado en la Estrategia y Plan de Acción para la inclusión de la discapacidad 2014-17”.

11 Observación General N° 5, párr. 20, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

mente discriminados, como lo son las personas con discapacidad, puedan disfrutar plenamente de sus derechos. En este sentido, es responsabilidad de los Estados (en cualquiera de sus niveles) adoptar medidas adecuadas que permitan eliminar aquellos obstáculos que impiden lograr la igualdad de oportunidades, prestando especial atención a los grupos sociales más vulnerables como lo son, entre otros, las personas con discapacidad.

Desde ya que este trato diferenciado que se propugna encuentra su fundamento en la normativa vigente ya citada. Al respecto, se ha indicado que “(s)i bien el principio de ‘igualdad de trato en igualdad de circunstancias’ parece aportar un estándar interpretativo aceptable del derecho constitucional a la igualdad de trato ante la ley, la cuestión no encuentra solución definitiva y completa. Sólo nos hemos aproximado a una respuesta medianamente satisfactoria respecto del significado del art. 16. Lo único que parece dejar en claro este criterio de interpretación es que el Estado puede tratar de modo diferente a las personas siempre y cuando lo haga en forma homogénea, uniforme y no arbitraria; pero este principio-guía no se expresa sobre qué es lo que califica a esa distinción homogéneamente aplicada como una distinción permitida por el art. 16”¹².

Como puede advertirse, la cláusula normativa en cuestión así como las diversas normas de Derecho internacional presentan un común denominador que es pretender eliminar la discriminación que sufre este grupo social y lograr la verdadera igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna (conf. artículo 75 inciso 19). Todo ello, en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 inciso 23 que, como se adelantó, establece la obligación de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la *igualdad real de oportunidades y de trato*, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la CN y los Tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos respecto, entre otras, de las personas con discapacidad.

II.4. Ahora bien, la práctica diaria demuestra que las previsiones normativas por sí mismas lamentablemente no resultan suficientes para conquistar la verdadera igualdad real de oportunidades y ga-

12 SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2016, p. 98.

rantizar, en los hechos, su derecho de acceder y permanecer en un empleo formal y digno.

Sobre este aspecto se ha indicado que “(a) pesar de la proliferación de leyes y de otros instrumentos internacionales, regionales y nacionales, las personas con discapacidad en todo el mundo siguen siendo víctimas de la discriminación y se les niegan sus derechos en el ámbito del empleo. (...). Resulta especialmente importante que los Estados abandonen los mecanismos de empleo protegido que segregan a los trabajadores con discapacidad del resto de la fuerza de trabajo y se centren en promocionar el acceso de las personas con discapacidad al mercado laboral abierto (ACHUDH, 2012)”¹³.

A partir de este insuficiente poder normativo la judicatura adquiere un rol fundamental como un espacio al que puede acceder cualquier individuo cuando sus derechos no son efectivamente garantizados. Sobre este aspecto, debe destacarse que resulta insoslayable que en el mismo proceso se reconozca las desigualdades que existen entre las partes, pues, de lo contrario, éste devendría insuficiente en el cumplimiento de su finalidad¹⁴.

13 Organización Internacional del Trabajo (OIT), “Trabajo decente para personas con discapacidad: promoviendo derechos en la agenda global de desarrollo”, 2ª edición, Oficina Internacional del Trabajo- Ginebra, 2015, p. 157. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---ifp_skills/documents/publication/wcms_430938.pdf.

14 Al respecto, la Corte IDH requiere que frente a ciertas situaciones se tomen medidas diferenciadas a fin de garantizar la igualdad. Sobre este punto, dicho tribunal ha señalado que “(p)ara alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, 1º de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, sobre “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, párr. 119.

Esta circunstancia ha quedado de manifiesto en la sentencia del caso “Barila”¹⁵. Se trata de un amparo colectivo iniciado por el Sr. Santiago Barila para que se ordene al Jefe de Gobierno dar cumplimiento con el mandato del artículo 43 del ordenamiento constitucional asegurando un cupo del cinco por ciento del personal para las personas con necesidades especiales, con incorporación gradual en la forma que la ley determine.

Mediante la sentencia definitiva dispuesta en dichas actuaciones, de fecha 14 de abril de 2011¹⁶⁻¹⁷, se condenó al GCBA a sustanciar dentro de los 60 días de encontrarse firme este decisorio, los respectivos concursos (o procedimientos administrativos que se estimen pertinentes, cfr. Ley N° 471, Ley N° 1502 y su decreto reglamentario), entre las personas inscriptas en la COPIDIS, con observancia del recaudo de idoneidad (cfr. artículo 5, Ley N° 1502).

Asimismo, en forma cautelar, se ordenó al GCBA que se abstuviese de designar persona alguna en esos cargos y que, en lo sucesivo, todo contrato de empleo que se celebre, bajo la modalidad que sea, lo realice con personas inscriptas en el registro establecido en el artículo 9 de la Ley N° 1502; sólo en el caso de que no exista persona inscripta que cumpla el recaudo de idoneidad necesario, la repartición de que se trate se encontraría eximida de proceder en tal sentido.

15 Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala II: “Barila, Santiago c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, 17/02/2009.

16 Corresponde destacar que dicha sentencia fue dictada por la Sala II del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de esta Ciudad luego de que el Tribunal Superior de Justicia local se expidiera sobre el caso. En dicha oportunidad, el TSJ en los autos Expte. n° 6603/09 “Barila, Santiago c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” y su acumulado Expte. n° 6542/09 “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Barila, Santiago c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)’”, mediante su sentencia del 4 de noviembre de 2009 ordenó a la Sala el dictado de un nuevo pronunciamiento “con arreglo a derecho en los aspectos que fueron materia de análisis de (dicha) decisión”.

17 Nota del director de esta obra colectiva: al respecto, véase TARZIA, María Verónica, “El acceso al empleo público por las personas con discapacidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Límites y desafíos de un caso estructural desamparado”, en Revista [áDA Ciudad N° 5, diciembre 2013 (disponible <http://www.adaciudad.org.ar/docs/TARZIA-El-acceso-al-empleo-p%C2%A3blico-por-las-personas.pdf>).

En decisorio, y citando al precedente “Brown vs. Board of Education of Topeka” de la Corte Suprema de EE.UU. de fecha 17 de mayo de 1954, la Sala II señaló en dicha resolución que “las decisiones judiciales relativas a la implementación de políticas públicas, exige de decisiones progresivas, tendientes a concretar, en forma efectiva, el mandato constitucional” (considerando 4°). Luego agregó que “si bien no es resorte del Poder Judicial fijar las políticas públicas, sí le corresponde su estricto escrutinio y, en caso de verificar su incumplimiento, adoptar las medidas concretas para prevenir tal estado de cosas”. De esta forma, a pesar de lo dispuesto por el artículo 43 de la CCABA, destacó que “(a)l día de la fecha no hay indicio alguno de que se hubieran adoptado conductas o acciones positivas para efectivizar su cumplimiento” (considerando 5°). Dichos argumentos fueron utilizados por el tribunal para fundar los lineamientos para la incorporación de las personas con discapacidad dispuesta en la sentencia.

Debe destacarse también que allí se dispuso que “no hay discrecionalidad de la administración para decidir contratar o no a una persona con necesidades especiales La ley al respecto es concluyente en remarcar que existe una obligación en tal sentido, mientras no se cubra el cupo. Por otro lado, es un hecho público y notorio, que exime de la carga de su prueba (...) que desde la sanción de la ley la administración celebró gran cantidad de contratos de trabajo -bajo diversas modalidades-, ignorando un mandato constitucional explícito. Es justo señalar que ese proceder lo observaron diversas administraciones que gestionaron los intereses de la Ciudad” (considerando 9.2). De esta forma quedó en evidencia el incumplimiento de la Ciudad de la manda constitucional.

En otro proceso ¹⁸, cuya sentencia de fondo fue dictada durante la sustanciación del caso “Barila” previamente explicado, una persona que padecía una discapacidad por presentar retinopatía miópica en ambos ojos y desprendimiento de retina en el ojo izquierdo, interpuso una acción de amparo individual contra el GCBA. Por medio de ésta solicitó el inmediato cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 43 de la CCABA y que “se le acuerde de manera efectiva la posibilidad de acreditar su idoneidad funcional y ocupar

18 Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 13: “Llenas, Claudio Federico contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)”, 29/11/2012.

un puesto en la Administración Pública de la Ciudad de Buenos Aires, sin que ninguna norma de rango inferior pueda obstar a tal cumplimiento o diferirlo”. Además de su discapacidad, al momento de la promoción de la demanda el actor se encontraba en una situación económica precaria por estar desempleado y tener a su cargo la atención de las necesidades básicas de sus dos hijas menores de edad. Ello, sin perjuicio de haber realizado reiteradas peticiones en diversas reparticiones públicas y encontrarse registrado en la base de datos de la Comisión para la Participación e Integración de las Personas con Necesidades Especiales (COPINE, actualmente COPIDIS).

En su sentencia de fecha 29 de noviembre de 2012, el tribunal interviniente hizo lugar a la demanda y condenó al GCBA a que dentro del plazo de treinta (30) días proceda a sustanciar los procedimientos de rigor a fin de posibilitar que el actor “participe efectivamente en esos procesos de selección de idoneidad a realizarse o, en el caso que ya se encuentren implementados, para los que estén en curso. Todo ello, ponderando la cantidad de vacantes disponibles y la situación de las restantes personas con discapacidad inscriptas en COPIDIS”.

Para fundar dicho decisorio, el magistrado interviniente concluyó que, a partir de las normas citadas en la sentencia (a saber: artículo 43 CCABA, artículo 63 de la Ley N° 471, la Ley N° 1502 y su decreto reglamentario, el Decreto N° 812-GCBA-2005, analizados previamente en este capítulo), y de los porcentajes de personas con discapacidad empleados por aquel entonces en el sector público ¹⁹,

19 En dicha sentencia se resalta que, en virtud de una medida para mejor proveer solicitada por el tribunal, la COPIDIS indicó que el total de empleados de esa Comisión era de 47 personas, de las cuales 9, eran personas con discapacidad, y que el número de personas inscriptas en el Registro Único Laboral de Aspirantes era, en aquel entonces, de 1315 personas. Asimismo, la Dirección General de Asuntos Legales de la Secretaría de Recursos Humanos del Ministerio de Hacienda informó que dentro del ámbito del Poder Ejecutivo de la Ciudad, se ha alcanzado al 3.77% del cupo mínimo legal impuesto. Por su parte, en el Consejo de la Magistratura local, al 22 de mayo de 2012, había alcanzado un porcentaje mayor al 3% de personas con discapacidad empleada. Finalmente, la Legislatura informó en autos que a partir de la asunción de las nuevas autoridades de esa casa legislativa, se encontraban abocados al relevamiento de la totalidad de la planta, a efectos del cumplimiento de lo normado por la ley 1502 (v. considerando N° 6 de la sentencia).

que el mandato constitucional impuesto no se halla cumplido (considerando N° 8). Agregó luego que “(de) ello no deriva *necesariamente* en un derecho cierto del actor a acceder a una designación en la planta de personal de la demandada, habida cuenta que la incorporación de agentes debe regirse por los mecanismos y principios en la ley 471 y el artículo 43 de la CCABA” (considerando N° 8).

Fue así que, si bien se hizo lugar al planteo del actor, se destacó que “tanto de las normas involucradas como de las sentencias citadas, la consagración de este derecho no puede efectivizarse de forma automática, sino que dependerá, por un lado, de las acciones que adopte la demandada en cuanto a sustanciación de concursos -en el caso que así se requiera- como la realización de los restantes procedimientos administrativos tendientes a la cobertura de las vacantes (que en una planta de las proporciones de la demandada, cabe presumir que se producen constantemente, ya sea por rotación o creación de nueva estructuras), como así también, de que el actor efectivamente cumpla con las condiciones de idoneidad que se requieran para su selección” (considerando N° 8).

III. El caso Poder Judicial de la Ciudad

Por último, entiendo que resulta relevante dedicar un apartado especial para realizar una sucinta referencia al Reglamento interno del Poder Judicial de esta Ciudad. Ello, no sólo por su contenido, sino también porque creo que esto es insoslayable como integrante de la judicatura.

En este sentido, cabe destacar que en su artículo 16 se dispone que debe garantizarse como mínimo, en todos los ámbitos, el cumplimiento de la cobertura del cupo del 5% del personal de planta permanente de cada una de las áreas, con el ingreso de personas con discapacidad según lo dispuesto en el espíritu de la Ley N° 1502, computándose por separado al Consejo de la Magistratura y a cada una de las ramas del Ministerio Público local.

Se agrega allí también que deben garantizarse los ajustes razonables (conforme la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) en los puestos de trabajo, tareas y edificios a través de la implementación de apoyos y adaptaciones de manera tal que las personas con discapacidad puedan desempeñarse adecuadamente y según su primordial interés, siempre que ello fuera posible. Además, según dicha norma, debe realizarse el acompaña-

miento necesario desde las oficinas de discapacidad del Consejo y el Ministerio Público, a fin de asegurar una efectiva participación de las personas con discapacidad en la vida laboral y evitar cuestiones de discriminación y/o de desigualdad de oportunidad en la carrera judicial. Se dispone expresamente allí el efectivo cumplimiento del Registro de Trabajadores/as con discapacidad que establece el artículo 12 de la Ley N° 1502. También se indica en dicha norma que las regulaciones contenidas en el reglamento “especialmente las referidas a jornadas de trabajo y licencias, deben interpretarse de modo amplio y flexible en los supuestos de aplicación a las personas con discapacidad, a los fines de garantizar los tratamientos, descansos o requerimientos que las mismas soliciten”.

En el marco de dicha normativa, la Resolución CM N° 843/2010 que sobre la estructura orgánica del Consejo de la Magistratura de la CABA, cuyo artículo 11 creó la Oficina de Atención e Integración de Personas con Discapacidad cuyas funciones son: a) reclutar y seleccionar los futuros ingresantes; b) elaborar programas de capacitación y organizar pasantías de entrenamiento laboral; c) desarrollar acciones de motivación, sensibilización e integración a nuevos puestos de trabajo; d) supervisar y realizar el seguimiento de las tareas asignadas; e) atender al público y brindar la información requerida en orden a la ley 1502; f) supervisar el cumplimiento de los niveles de los estándares de seguridad e higiene en los edificios donde se presten servicios; g) proponer las modificaciones necesarias para la adecuación física de las dependencias a las necesidades de las personas con discapacidad; h) organizar seminarios y jornadas de actualización sobre temas vinculados a la materia de su competencia; i) mantener contacto con organismos nacionales, provinciales y de la Ciudad y con organizaciones de la sociedad civil abocadas a la problemática de la personas con discapacidad; j) promover lo tendiente al cumplimiento de la Ley N° 1502 en cuanto a la incorporación de agentes con discapacidad a éste organismo.

VI. Conclusión

A partir de todo lo descripto en este artículo se ha dejado en claro que las normas por sí mismas no resultan suficientes para asegurar la igualdad real de condiciones entre los individuos toda vez que los propios órganos de la Ciudad continúan ejerciendo prácticas discrimi-

minatorias respecto de las personas con discapacidad, echando por tierra el propio texto constitucional.

En otras palabras, para poder cerrar o al menos reducir la brecha que existe entre la teoría y la realidad y que exista un mercado de trabajo incluyente, además de contar con una adecuada legislación, resulta insoslayable el rol de los magistrados dispuestos a actuar allí donde los restantes poderes del Estado han fallado en hacerlo. Al respecto, cabe destacar que en reiteradas sentencias la Corte Suprema de Justicia de la Nación destacó que las personas con discapacidad merecen una especial atención no sólo de quienes están directamente obligados a su cuidado, sino también de la sociedad toda y de los jueces (*Fallos*, 322:2701, 324:122, 327:2413).

En definitiva, la protección y asistencia integral a la discapacidad en materia laboral debería constituir, en los hechos, una política pública de nuestro país y que por medio de ella sea posible crear mejores condiciones de trabajo para este grupo social. De lo contrario, toda la normativa con la que contamos a nivel local, nacional e internacional, corre un innegable riesgo de quedar en letra muerta.