

Publicado en www.relats.org

TRABAJO Y DISCAPACIDAD

Horacio Gonzalez

Leon Piasek

Iliana Fernández Vilches

**Secretaría de Discapacidad de la CTA
Fundación Trabajo y Justicia Social
Presidente: Pedro Wasiesjko**

2009

Según Naciones Unidas hay en el mundo alrededor de 500 millones de personas con discapacidad, un 10% de la población mundial (ONU, 2003).

La Organización Mundial de la Salud utiliza el término discapacidad para englobar todos sus componentes: Deficiencias a nivel corporal, limitaciones en la actividad, a nivel individual (desventaja individual) y restricciones en la participación a nivel social (desventaja social). Señala tres dimensiones vinculadas a un problema de salud que a su vez interactúa con el contexto. (OMS, 2001) La discapacidad es vista no como un problema individual sino social.

No obstante, desde los Estados, se plantean dos concepciones para dar respuesta a la problemática: una **asistencial**, centrada en la prevención y rehabilitación de las minusvalías; y otra de **carácter universal**, dirigida a remover los obstáculos que impiden la integración, la igualdad y no discriminación del acceso de las personas con discapacidad en todos los ámbitos sociales, especialmente en el mercado de trabajo.

Esta última es la que se corresponde con un enfoque de y desde los derechos humanos que abarque una estrategia de lucha contra la discriminación, en favor de la accesibilidad universal. La respuesta adecuada a los problemas de la discapacidad no es solo individual sino que requiere cambios en las instituciones (hogar, escuela, centros de trabajo, comercios, servicios etc.), en la infraestructura y políticas de Estado (transporte, arquitectura, comunicaciones, seguridad social, laborales).

En el ámbito de las Naciones Unidas se aprobaron las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidades (ONU, 1993). Mientras que recientemente, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Resolución 61/106, 13/12/2006) que nuestro país aprobó mediante la ley 26.378.

En este modulo vamos a desarrollar un enfoque de la problemática de la discapacidad desde el bloque constitucional vigente.

No es nuestra intención agotar el tratamiento de las herramientas legales para dar pelea contra la discriminación a favor del derecho al trabajo, entendiendo que “corresponde tener presente que el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona humana, inherente a ella y pertenece a su propia esencia; no existe persona alguna que carezca de ella”. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “la dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional: toda persona tiene derecho a la satisfacción de los derechos económicos y sociales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad” (CSJN Fallos:314:424, 441/442 considerando 8).

Destacamos que al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 6 y 7), deben agregarse los instrumentos especializados, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 32).

Al respecto, exhibe singular relevancia el art. 6 del citado pacto pues, en seguimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.1), enuncia el “derecho a trabajar” (art. 6.1), comprensivo del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, cualquiera que sea la clase de éste. (C.S.J.N., 14/09/2004, “Vizzoti, Carlos A. c/AMSA S.A. s/despido, considerando 10).

Además de contar con un marco normativo, contamos con acciones colectivas e individuales para hacer valer los derechos; queda pendiente que las organizaciones sociales, políticas, sindicales y los trabajadores como clase, internalicen que el derecho al trabajo y a la inclusión e integración social, los encuentra a todos en la misma vereda.

Podemos afirmar que nuestro país tiene un bloque de constitucionalidad que reconoce los derechos sociales como derechos humanos fundamentales. Falta hacerlos realidad, vincular las normas con el contexto social, político y económico y con la práctica social cotidiana, de tal manera que se asegure la eficacia, operatividad y eficacia de los derechos.

Esta tarea está a cargo de todos, en particular de los poderes públicos, que deben remover los obstáculos que impiden la concreción de los derechos, reconocidos a las personas con discapacidad, garantizando su cumplimiento.

Corresponde que el legislador ordinario reglamente con carácter universal e integral los derechos de las personas con discapacidad conforme la directiva dada por el constituyente, en el art. 75 inciso 23, cuando ordena “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 esta CN y por los tratados internacionales vigentes sobre

derechos humanos, en particular respecto de (...) las personas con discapacidad”.

Es fundamental dictar un régimen de seguridad social, especial e integral, en protección de las personas con discapacidad, de tal manera de garantizar sus derechos, en toda su extensión, respecto de todos los sistemas de seguridad social que abarcan las políticas previsionales, de salud, asignaciones familiares, riesgos y enfermedades laborales y empleo.

I. NORMAS INTERNACIONALES

MARCO LEGAL EN MATERIA DE INTEGRACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Entendiendo el derecho al trabajo como el conjunto de normas aplicables a los efectos de garantizarlo como un derecho humano fundamental, dentro de las normas de mayor jerarquía encontramos:

- Convenios y tratados internacionales; tanto de derechos humanos como de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y sus Recomendaciones y nuestra Constitución Nacional (en adelante CN)
- Leyes que reglamentan el ejercicio pleno de los derechos de los trabajadores con discapacidad para accionar colectivamente e individualmente, para que se respeten y cumplan las obligaciones del Estado empleador (en todos sus estamentos: nacional, provincial, municipal, empresas del estado, empresas mixtas, controladas, intervenidas, etc.) y de los empleadores de la actividad privada, que salvo excepciones, carecen de este tipo de obligaciones con las personas con discapacidad que pretenden trabajar.

¿Por qué si existe legislación que prohíbe la discriminación de las personas con discapacidad, continúan teniendo enormes dificultades para procurarse lo que la OIT denomina “empleo decente”?

La respuesta a este interrogante no es única. Podríamos decir que: la accesibilidad al empleo en igualdad de condiciones es una cuestión de conciencia; que las normas son meramente programáticas (y no operativas); que la legislación es insuficiente. No obstante, acordamos que no existe sanción ante los incumplimientos de estas normas, y la Justicia no ha tenido un criterio tan amplio para condenar a los obligados (por ejemplo, respecto al cumplimiento del cupo del 4% de trabajadores con discapacidad en la administración pública nacional, en las provincias y en la Ciudad de Buenos Aires, donde asciende al 5%).

¿Qué plantea la OIT?

Este es un recorrido que muestra la insuficiencia del marco normativo, sin perjuicio de que las normas vigentes no son cumplidas por omisión, falta de voluntad política y la ausencia de una tutela judicial más amplia de los derechos vigentes.

- **Convenio N° 159**: Readaptación Profesional y el Empleo.

Art. 1, inc. 2: “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**”.

El art. 3 establece que la política nacional “*estará destinada a asegurar que existan medidas adecuadas de readaptación profesional al alcance de todas las categorías de personas inválidas y a **promover las oportunidades de empleo** en el mercado regular de empleo*”.

- **Recomendación 99:** Adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos.

Entienden la **adaptación y readaptación profesionales** como un **proceso continuo**. Esto es fundamental, ya que implica las transformaciones necesarias para que se puedan aceitar los mecanismos desde lo estructural, hasta lo que son las cuestiones relacionadas a las formas de trabajo. Algunas de ellas:

Principios y Métodos

- Recomienda la creación de servicios especializados de orientación profesional para ayudar en la elección de un trabajo o cambiar de profesión.
- Plasma el principio que la formación profesional deberá poner a los interesados en condiciones de ejercer una actividad económica con sus aptitudes profesionales.
- La colocación selectiva, previa consulta médica, en ocupaciones en que la invalidez afecte lo menos posible a la realización del trabajo, o viceversa.
- Principio de condiciones de igualdad con los trabajadores no inválidos.
- Principio de recibir formación profesional junto a trabajadores no inválidos.

Medidas de control

- Comprobar si la colocación en un empleo o el acceso al mismo es la adecuada
- Suprimir obstáculos que pudieren impedir adaptarse a su trabajo.

Organización Administrativa

La autoridad compete controlar que halla **personal suficiente y debidamente calificado para ocuparse de la adaptación y readaptación profesionales de los inválidos y de controlar sus resultados**.

Métodos para la efectiva utilización

- Información y publicidad.
- Asistencia financiera apropiada y suficiente para la persona con discapacidad (en cualquier etapa del proceso de adaptación). Suministro de servicios gratuitos, subsidios de manutención, pago de los gastos de transporte, y préstamos o donaciones en dinero o herramientas y equipo, prótesis y de cualquier otro tipo de aparato que fuere necesario.
- Tener la posibilidad de utilizar los medios de adaptación profesionales, sin perder por ello el derecho a cualquier prestación de seguridad social.
- La no discriminación por recibir prestaciones de invalidez, en lo que respecta al salario y demás condiciones de trabajo, si su trabajo es de valor igual al de los trabajadores no inválidos.

Instituciones de Tratamiento Médico

Provisión de las prótesis apropiadas, que con la finalidad de facilitar el empleo

y la adaptación, deberían comenzar durante el tratamiento médico. Estas medidas deberían llevarse adelante con colaboración de organizaciones de empleadores y de trabajadores, para así **aumentar al máximo las oportunidades de obtener y conservar un empleo.**

Medidas basadas en los Principios

- Mismas posibilidades que cualquier trabajador.
- Oportunidades para aceptar un empleo que les convenga con un empleador de su elección.
- Hacer hincapié en las aptitudes y en la capacidad para el trabajo.
- Estimular a los empleadores a trasladar a los trabajadores cuya capacidad de trabajo haya cambiado por haber disminuido su capacidad física, a empleos adecuados dentro de sus empresas.

Trabajo Protegido

Los **talleres protegidos** deberían proporcionar, con la debida vigilancia médica y profesional, no sólo trabajo útil y remunerado, sino también oportunidades de adaptación al empleo y de ascenso y, siempre que sea posible, de traslado a un empleo normal.

- **Recomendación 168:** Esta agrega a la recomendación 99 algunas cuestiones interesantes. En sus art.36 y 37, expresa que las organizaciones de empleadores deberían tomar medidas para asesorar a sus miembros sobre los reajustes para trabajadores con discapacidad en las tareas esenciales o en las exigencias del empleo. Y agrega medidas para:
 - Fomentar la participación de los trabajadores con discapacidad en los debates a nivel de taller y en los consejos de empresa o cualquier otro órgano que represente a los trabajadores.
 - Formular pautas para la readaptación profesional y protección de los trabajadores que queden inválidos a causa de enfermedad o accidente, sea o no con motivo del trabajo, y hacer incluir tales pautas en los contratos colectivos, reglamentos, laudos arbitrales u otros instrumentos adecuados.
 - Ofrecer asesoramiento sobre las medidas adoptadas a nivel de taller que afecten a los trabajadores inválidos, incluidas la adaptación de los puestos de trabajo, la organización especial del trabajo, la formación y el empleo a prueba y la determinación de normas de trabajo.
 - Plantear los problemas de readaptación profesional y de empleo de personas inválidas en las reuniones de los organismos sindicales e informar a sus miembros mediante publicaciones y seminarios acerca de los problemas.

El art 42 agrega que se deberían adoptar medidas para garantizar “*la coordinación de las políticas y programas de readaptación profesional con las políticas y programas de desarrollo social y económico que afectan a la administración del trabajo, a la política y promoción generales del empleo, a la formación profesional, a la integración social, la seguridad social, las cooperativas, el desarrollo rural, las pequeñas industrias y la artesanía, la seguridad e higiene en el trabajo, la adaptación de los métodos y organización del trabajo a las necesidades personales y el mejoramiento de las condiciones de trabajo*”.

- **Otras normas**, consensuadas en forma tripartita en la OIT (Trabajadores, Gobiernos, Empresarios):
 - *Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988 (núm. 168), ar.t 6;*
 - *Recomendación sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz), 1944 (núm. 71), subpárrafo 43;*
 - *Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesional de los inválidos, 1955 (núm. 99), párrafos 25 y 41. (Igualdad en el empleo y la ocupación - Conferencia internacional del trabajo 83° sesión 1.996 O.I.T. pág. 107);*
 - *Convenio 111 de O.I.T. (art. 1, párrafo 1, apartado a), que define la discriminación como "cualquier distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación".*

El comportamiento regular de la autoridad pública o persona privada que trate de manera desigual a individuos o a miembros de grupos basándose en algún criterio prohibido, pudiendo gozar de los mismos derechos o mismas ventajas constituye una discriminación en la práctica. (O.I.T., 1996)

Tratados Internacionales de Derechos Humanos

Son de fundamental importancia en nuestro sistema constitucional el reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos y de los demás tratados con jerarquía superior a las leyes (CN, art. 75 inc.22).

En forma expresa e implícita los dos Pactos Internacionales, el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador reconocen derechos humanos de directa protección a las personas con discapacidad y establecen pautas de no discriminación, siendo plenamente operativos.

En la **Declaración Universal de Derechos Humanos** se establece en el art. 2 la prohibición de cualquier distinción que se origine en la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Es indudable que, si bien no se menciona expresamente la discapacidad, tiene una importante proyección al poder considerarse otras distinciones como discriminatorias y la trascendencia que tiene la prohibición respecto de diferentes situaciones. De ahí la importancia de los términos elegidos, tales como "...*opiniones políticas o de cualquier otra índole*" y "... *cualquier otra condición*". En citado texto se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad, a una igual protección contra toda discriminación (art. 7, el derecho a la seguridad social y la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad (art. 22), derecho al trabajo y a la protección contra el desempleo, a cobrar sin discriminación alguna igual salario por igual trabajo, a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por

cualesquiera otro medio de protección social (art. 23.1.2. y 3.). También tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar (art. 25).

En la **Declaración Americana por los Derechos y Deberes del Hombre** (Bogotá, 1948), se reconoce el derecho a la igualdad ante la ley y se prohíbe cualquier distinción de raza, sexo, idioma, credo, ni otra alguna (II). A su vez se establece el derecho a la salud y al bienestar (XI), a la educación, comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales (XII), a la cultura (XIII), al trabajo (XIV), a la seguridad social (XVI) que la proteja contra las consecuencias de la discapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.

En la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** se establece la obligación de los Estados partes de respetar los derechos y libertades reconocidos sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole (art. 1.1), el derecho a la igualdad, sin discriminación, a igual protección de la ley (art. 24). En la Convención es muy importante la denominada cláusula de progresividad que obliga a lo Estados parte a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos, siempre en la medida de los recursos disponibles (art. 26). Esta norma se complementa con el art. 2 del PIDESC que obliga a los Estados "*hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente (...) la plena efectividad de los derechos, sin discriminación alguna*". Así también, reconoce el derecho a trabajar, comprometiendo a los Estados a adoptar normas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana (art. 6) y permitan efectivizar este derecho. También incluye en el art. 7 el derecho al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, y en el art. 9 el derecho a la seguridad social.

El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** señala en su art. 2.1 la obligación de los Estados partes de respetar y garantizar a todas las personas los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, o cualquier otra condición social. Idéntica redacción contempla el art. 2.2 del PIDESC respecto de los derechos económicos sociales y culturales.

En el art. 26 del PIDCYP se establece que todas las personas no solo son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley, y se garantiza a todas personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En la **Convención sobre los Derechos del Niño** que, también, tiene jerarquía constitucional, se obliga a los Estados partes a respetar los derecho enunciados en la Convención sin distinción alguna que se base entre otras razones en "los impedimentos físicos" (art. 2) y su protección contra toda forma de discriminación.

En el **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos** en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador" (ratificado por Argentina) se establecen, entre otros derechos, el derecho al trabajo y la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias que garanticen la plena efectividad del mismo, en especial las destinadas al logro del pleno empleo, la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquéllos destinados a los minusválidos (art. 6), el derecho a la educación con la obligación de establecer programas de enseñanza

diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales (art. 13).

En el art. 18 se reconoce a toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales el derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Se comprometen los Estados Partes a ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesario para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o sus representantes legales, en su caso; proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos; incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo; estimular la formación de organizaciones sociales en las que los minusválidos puedan desarrollar una vida plena.

Los Estados deben presentar informes periódicos sobre las medidas progresivas que se hayan adoptado para asegurar los derechos reconocidos.

Los Tratados Internacionales, junto con la prohibición de la discriminación de cualquier tipo, contemplan una serie de medidas contra la discriminación dirigidas a proteger a colectivos específicos, entre los cuales se encuentran las personas con discapacidad para las cuales se aplica las normas de protección en su actividad social y laboral y en lo que se refiere a sus derechos como ciudadanos, de manera que no puedan ser objeto de discriminación, ni marginación y se garantice su autonomía, su integración y participación social y profesional.

A esta altura de la evolución de la humanidad es necesario incorporar la discapacidad dentro de los tipos de discriminación enumerados en los tratados internacionales, dejando de ser algo implícito.

En este sentido el inciso 23 del art. 75 de la CN contempla la fórmula que permite garantizar la igualdad de las personas con discapacidad: el derecho a no ser discriminado debe ser complementado con el derecho a medidas que garanticen su independencia, integración y participación en la vida social. Es decir, la inclusión social es el resultado de la no discriminación sumadas las **medidas de "acción positiva"**¹. Los derechos de igualdad y no discriminación son un paso adelante, pero no alcanzan; serían meramente declamaciones sino son acompañados por una acción positiva de los poderes públicos dirigida a desarrollar sus derechos.

El Comité de Derechos Humanos, interpretando el PIDCYP considera que el término discriminación debe entenderse referido *"a toda distinción, exclusión restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas"*². El Comité admite que el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia y puntualiza que *"... el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto"*.

A su vez la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que la expresión discriminación que menciona el art. 24 debe ser interpretado a la luz del art. 1.1 de la Convención Americana (OC 11/90).

¹ En la Declaración de Madrid, marzo 2002, el Congreso Europeo sobre Discapacidad, se dijo "No discriminación más acción positiva es igual a inclusión social".

² Comité de Derechos Humanos, Observación General No.18 (1989).

Por ejemplo, en un país en el que la situación de un grupo social (personas con discapacidad) le impide el disfrute de los derechos humanos, el Estado debe adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa circunstancia; esto incluye el otorgar un trato preferencia en determinadas situaciones. Sería una diferenciación legítima con arreglo al Pacto.

El común denominador de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos debe buscarse en la eliminación de la discriminación y en la nueva dimensión que se le asigna a la igualdad de oportunidades.

La **Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con discapacidad** entiende por “discriminación contra las personas con discapacidad” 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 fundamentales³.

Los Estados se comprometen a elaborar informes sobre las medidas adoptadas y presentarlo periódicamente. Los organismos internacionales de la Convención (relator especial, grupo de asesores, Comisión de Desarrollo, Comité) tienen a su cargo vigilar la implementación de las normas convencionales, a través del seguimiento de las políticas internas, las dificultades en la implementación de las normas internacionales, el diálogo con los organismos no gubernamentales, el asesoramiento sobre las normas de aplicación.

De ahí la importancia que adquiere en todos los casos la participación activa de las asociaciones y sindicatos en el control del cumplimiento y desarrollo de los derechos de las personas con discapacidad.

El enfoque de la discapacidad debe dirigirse a eliminar o remover los obstáculos que impidan la igualdad, la integración social y la no discriminación de las personas con discapacidad en la vida social, especialmente en la educación y el trabajo. La lucha debe abarcar todo tipo de discriminación, las formas directas que se da cuando una persona fuera tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por discapacidad e indirecta cuando una norma, criterio o práctica aparentemente neutra pueda ocasionar una desventaja particular a personas con discapacidad. El acoso puede formar parte de los tipos de discriminación cuando tiene por objeto atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno hostil, humillante u ofensivo. Los empresarios y el Estado están obligados a adaptar el lugar de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad y el no hacerlas puede implicar un caso de discriminación.

Se trata de garantizar no solo la igualdad formal sino la material para restablecer la desigualdad real de que se parte. Las medidas de acción positiva tienen que estar dirigidas a prevenir o compensar las desventajas originadas por la discapacidad para lograr que las personas en esa situación gocen de una igualdad de oportunidades real.

La no discriminación, la acción positiva y accesibilidad universal a la vida social, a los servicios es clave para garantizar a las personas con discapacidad la igualdad de oportunidades.

³ Art. I.2.a En el ap. b, se considera que no constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado Parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en si misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia.

La reforma constitucional de 1994 incorporó con jerarquía constitucional en el art. 43 la acción de amparo y en el segundo párrafo dice que “*podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación*” así como los derechos de incidencia colectiva en general. En el sentido amplio que la Corte ha interpretado el citado artículo comprende no solo el amparo, sino la acción declarativa de inconstitucionalidad y aún una demanda ordinaria que puede plantearse contra cualquier forma de discriminación. Cualquier política pública que se implante debe valorarse y medirse por su impacto en las personas con discapacidad.

Una de las políticas fundamentales en atención a esta problemática es la integración de las personas con discapacidad en las políticas de empleo que es una de las formas concretas de hacer efectiva la inclusión social, sin dejar de tener en cuenta la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad en materia de transportes, vivienda, educación, cultura, accesos, etc. Las políticas de los estados deben tener en cuenta las necesidades de estas personas introduciendo la transversalidad en la lucha contra la discriminación para garantizar que la misma esté presente en todas las políticas sociales.

Las constituciones están hechas de reglas y principios pero, también, expresan el poder de las distintas “partes” de la sociedad. En ese sentido es fundamental la participación en la práctica de los derechos y en las decisiones de los trabajadores, en las que involucren a personas con discapacidad.

En todos los ámbitos y espacios sociales que propendan a la tutela de los derechos colectivos, y de los derechos de las personas con discapacidad, debe garantizarse la participación de las entidades representativas, asociaciones, sindicatos, dirigidos a promover una mayor igualdad de oportunidades.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Concepción de Discapacidad

En Diciembre de 2006 la **ONU** sancionó la **Convención** y fue aprobada por el Estado argentino mediante la ley 26.378. La misma recoge las propuestas de todos los Estados miembros y observadores de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.

Allí se reconoce que “*la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás*” (Preámbulo, inc e) y la importancia que revisten los principios y las directrices de políticas que figuran en el Programa de Acción Mundial para los Impedidos y en las Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad como factor destinado a dar una mayor igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad (Preámbulo, inc f).

Dentro de las obligaciones generales asumidas por los Estados Partes está el compromiso de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de toda otra índole para hacer efectivos los derechos de las personas protegidas por la Convención y, en particular, con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales el compromiso de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr de manera progresiva el pleno ejercicio de los derechos (art. 4 1. a y 2).

En el art. 28, referido al nivel de vida adecuado y de protección social, se establecen una serie de obligaciones a cargo de los Estados partes. Reconocen el

derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda y a la mejora continua de sus condiciones de vida; el derecho a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad; el derecho a acceder a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza; el acceso a programas de vivienda pública y a programas y beneficios de jubilación.

La transversalidad y la complejidad que es propia de la problemática de la discapacidad, ya que recorre todos los ámbitos y aspectos de la vida, hace necesario normativas que tengan en cuenta dicha situación. (León Piasek)

Algunos conceptos centrales de la Convención

- **Discriminación por motivos de discapacidad.** La Convención entiende: *“Cualquier distinción, exclusión o restricción **por motivos de discapacidad** que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Esto incluye todas las formas de discriminación, y, **entre ellas, la denegación de ajustes razonables**”.*
- **Ajustes razonables.** Según la Convención, son *“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”.*

Estos conceptos toman relevancia en la aplicación efectiva de la Convención cuando se produzca el hecho que viole derechos reconocidos por la misma. Ahí estos cobrarán importancia, ya que la idea de ajustes razonables, habla de las medidas para que efectivamente no haya exclusión ni discriminación.

En su art 4, inc. e habla de las medidas relacionadas a que la empresa no discrimine por motivos de discapacidad. Esto es relevante de acuerdo a la efectiva implementación del cupo del 4% tanto en el sector público como privado.

En el inc. f se refiere al “**diseño universal**”. Este concepto es importantísimo en tanto que la no discriminación está estrictamente relacionada tanto con un el medio físico como el cultural, que ampare la diversidad, considerando las distintas edades, sexos, etc, como las diferentes posibilidades de las personas.

La Convención también aborda una serie de derechos sustantivos, como el derecho a la educación, el derecho a la salud, **el derecho al empleo**, entre otros, enfocados en la no discriminación. **El objeto no fue crear nuevos derechos, sino asegurar el uso del principio de no discriminación en cada uno de los derechos, para que puedan ser ejercidos en igualdad de oportunidades por las personas con discapacidad.**

II. NORMATIVA Y PRACTICA SINDICAL EN ARGENTINA

La Constitución Nacional en relación a la discapacidad y el trabajo

Nuestra constitución no resulta ajena a las problemáticas vinculadas a la discapacidad. En diversas partes, en forma expresa o implícita, se refiere a ella. Esto se manifiesta en dos principios fundamentales: el de igualdad, y en particular la igualdad de oportunidades, el de medidas de acción positiva y el de no discriminación.

En primer lugar, tienen directa relación con esta problemática el derecho a la igualdad consagrado la Constitución Nacional cuando dice que: *“La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base de los impuestos y las cargas públicas”*. (CN, art.16)

“Es evidente que se viola el derecho a la igualdad, ya que se brinda un trato desigual y peyorativo (hasta humillante) a los trabajadores que han sufrido algún infortunio, incluso a aquellos que lo han sufrido en ocasión o por motivo de su esfuerzo a favor de la empresa.” (León Piasek)

Esta disposición, que data de la CN histórica de 1853, se complementa también hoy con el art. 75 (atribuciones del Congreso). La distribución de la coparticipación federal entre la Nación y las provincias, y la asignación de los recursos presupuestarios, debe efectuarse teniendo en cuenta, entre otros criterios, el dar prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades, en todo el territorio nacional (incisos 2 y 8).

Los derechos económicos, sociales y culturales obligan a una promoción progresiva y obligan al Estado que se hace parte en los tratados a lograrla *“hasta el máximo de los recursos disponibles (...) para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”*⁴.

No se trata de lo que graciosamente concedan los Estados, la fórmula no quiere decir eso, va más allá; para comprender su sentido se ha de partir concibiendo los derechos sociales como derechos humanos que, como tales, tienen de por sí universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación entre todos a fin de que las personas con discapacidad los puedan ejercer plenamente y sin discriminación. Los mismos tienen prioridad, lo que implica la obligación de asignarles el máximo de los

⁴ Art. 4 de la Convención sobre los derechos del Niño, art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

recursos para garantizar su cumplimiento y hacer posible el desarrollo progresivo de los derechos sociales.

En segundo lugar, en la parte orgánica de la constitución, capítulo cuarto, referido a las atribuciones del Congreso hay directivas contundentes, del legislador constitucional al ordinario, que son de obligatorio cumplimiento: proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso humano con justicia social. Esto incluye la generación de empleo, la formación profesional de los trabajadores, promover una legislación que asegure la responsabilidad indelegable del Estado en materia de educación, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna, los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal (art. 75 inciso 19).

En el inciso 23, del art. 75, se obliga al Congreso a 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, en particular respecto de las personas con discapacidad. Las medidas de acción positiva en general tienen por finalidad garantizar la igualdad real de trato, removiendo los obstáculos que limitan la igualdad en los hechos. En realidad, el art. 75 inc. 23 tiene dos disposiciones que se refieren a derechos constitucionales, una referida a la igualdad y otra a la seguridad social.

La Corte Suprema de Justicia interpreta que la citada norma establece el principio de no regresión en materia de derechos fundamentales y debe leerse en conjunto con los artículos 2.1 y 11.1 del PIDESC que obliga a los Estado partes a disponer "*hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente*" la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, y a reconocer el derecho de toda persona "*a una mejora continua de sus condiciones de existencia*"⁵.

A su vez el nuevo texto constitucional incorpora el principio de la no discriminación en forma expresa en varios artículos. En el art. 37 consagrando la igualdad real de oportunidades, entre hombres y mujeres, para el acceso de cargos electivos y partidarios, a través de acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral. Entre estas normas vinculadas con la igualdad y la prohibición de discriminación corresponde mencionar el art. 43, segundo párrafo, de la CN. No solo amplía y refuerza la acción de amparo, como garantía procesal para la tutela de todos los derechos constitucionales que no estén dentro del ámbito de tutela del habeas corpus, sino que además podrá ser interpuesta por el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones "*contra cualquier forma de discriminación*" frente a los derechos que protegen el ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general.

Estas disposiciones constitucionales amparan a todas las personas, entre ellas las personas con discapacidad, en los términos de igualdad de oportunidades y no discriminación, dentro una concepción amplia de la

⁵ CS, 16/09/2008, B.1694.XXXIX.

dignidad de la persona y de su participación en la vida social que refuerzan el principio democrático y de participación (art. 1, 39 y 40, CN).

Dentro de la parte dogmática de la CN, el art. 14 bis reconoce los derechos sociales de los trabajadores, los gremios y establece como obligación del Estado otorgar los beneficios de la seguridad social con carácter integral e irrenunciable.

La protección de la discapacidad que estaba implícita en la CN (art. 33) fue incorporada como un valor fundamental en la reforma de 1994. No hay duda además que la igualdad y la no discriminación por motivos de discapacidad forma parte de nuestro bloque constitucional, como sucede con la relación de igualdad entre hombres y mujeres.

Tiene indudable importancia en el texto constitucional, en relación a la protección del colectivo de personas con discapacidad, tanto el principio de no discriminación, como la obligación del legislativo de dictar normas que garanticen la igualdad real de oportunidades, la generación de empleo, el desarrollo humano con justicia social. El objetivo del pleno empleo está vinculado al tema en cuanto las personas con discapacidad constituyen uno de los grupos con mayores dificultades para acceder y permanecer en el mercado de trabajo.

En ese sentido se ha desarrollado una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que tiende a favorecer el tratamiento -como sujetos de preferente tutela- de los derechos de las personas que se encuentran en inferioridad de condiciones, por distintos motivos económicos, sociales, de raza, de género, etc., de tal manera que las normas o políticas públicas que establezcan diferenciaciones tienen una presunción de inconstitucionalidad.

Otros artículos de la CN importantes a la hora de defender los derechos y condiciones dignas de trabajo son:

Artículo 14: Prescribe efectivamente el derecho a trabajar y a ejercer una industria lícita. El segregamiento de las personas con discapacidad en las condiciones que se produce, le impide al trabajador su inserción en el mercado laboral.

Artículo 17: Este artículo garantiza el derecho de propiedad que ha sido interpretado en forma amplia por la Corte Suprema de Justicia, incluyendo los derechos patrimoniales de los trabajadores, su crédito alimentario, que son sus haberes. En este contexto de desempleo estructural, la posibilidad de demostrar idoneidad para el puesto, se convierte en una competencia salvaje, en la que las personas con discapacidad llevan la peor parte.

Artículo 18: Este artículo garantiza el debido proceso, es decir el acceso sencillo a la Justicia y, entre otros derechos, a petitionar ante las autoridades ante la violación de los derechos humanos.

Artículos 41 y 42: Prescriben los derechos de los trabajadores afectados a la protección de la salud y medio ambiente laboral, al pretender la empresa

eximirse de sus obligaciones laborales como las de higiene y seguridad en el trabajo.

Particularidades de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En el capítulo que habla de las llamadas personas con “necesidades especiales⁶”, prescribe lo siguiente:

ARTÍCULO 42.- La Ciudad garantiza a las personas con necesidades especiales el derecho a su plena integración, a la información y a la equiparación de oportunidades. Ejecuta políticas de promoción y protección integral, tendientes a la prevención, rehabilitación, capacitación, educación e inserción social y laboral.

Prevé el desarrollo de un hábitat libre de barreras naturales, culturales, lingüísticas, comunicacionales, sociales, educacionales, arquitectónicas, urbanísticas, del transporte y de cualquier otro tipo, y la eliminación de las existentes.

ARTÍCULO 43.- La Ciudad protege el trabajo en todas sus formas. Asegura al trabajador los derechos establecidos en la CN y se atiene a los convenios ratificados y considera las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo. La Ciudad provee a la formación profesional y cultural de los trabajadores y procura la observancia de su derecho a la información y consulta.

Garantiza un régimen de empleo público que asegura la estabilidad y capacitación de sus agentes, basado en la idoneidad funcional. Se reconocen y organizan las carreras por especialidad a las que se ingresa y en las que se promociona por concurso público abierto. Asegura un cupo del 5% del personal para las personas con necesidades especiales, con incorporación gradual en la forma que la ley determine. En todo contrato de concesión de servicios o de transferencia de actividades al sector privado, se preverá la aplicación estricta de esta disposición. Reconoce a los trabajadores estatales el derecho de negociación colectiva y procedimientos imparciales de solución de conflictos, todo según las normas que los regulen.

El tratamiento y la interpretación de las leyes laborales deben efectuarse conforme a los principios del derecho del trabajo.

Leyes laborales vinculadas a la Discapacidad

- **Ley Nacional de Empleo N° 24.013:** Establece que se deben fomentar las **oportunidades de empleo** para los grupos que enfrentan mayores dificultades de inserción laboral. El art. 81 expresa que el Ministerio de Trabajo de la Nación establecerá periódicamente programas destinados a fomentar **el empleo de los trabajadores en tal situación**. El art. 86 se refiere específicamente a programas para personas con discapacidad, señalando que los mismos deben atender al tipo de actividad laboral que las personas puedan desempeñar.

⁶ Capítulo décimo tercero y decimocuarto de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

- **Ley de Contrato de trabajo:** El art. **17 prohíbe cualquier tipo de discriminación** entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, religión, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad (no se consigna la discapacidad como motivo de discriminación). A su vez el art. **81** del mismo cuerpo legal impone igualdad de trato en idénticas situaciones.
- **Ley 23.592:** Las mencionadas normas se complementan con esta ley, resultando **una valla contra todo tipo de discriminación**. En su art. 1 expresa: *“Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja de algún modo o menoscabe el pleno ejercicio, sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la CN, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.”*
- **Ley 22.431. Ley de Cupo:** En su art. 8 establece que el Estado Nacional, sus organismos descentralizados o autárquicos, entes públicos no estatales, empresas del Estado y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires deben ocupar, **como mínimo, un cupo del 4% de personas con discapacidad dentro de su personal.**

Esta ley ponía en manos del Ministerio de Trabajo la fiscalización de cumplimiento de ese cupo, función que en la actualidad le corresponde a la Subsecretaría de la Gestión Pública, dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Presidencia de la Nación. De las investigaciones realizadas por este organismo surge que sólo se cumple la reserva del cupo en una proporción menor al 1%.

- **Ley 22.431: Art. 11, modificada por Ley 24.308.** Establece la obligatoriedad del Estado nacional, los entes descentralizados o autárquicos, las empresas mixtas y del Estado, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y empresas privadas que brinden servicios públicos, de **otorgar en concesión a personas con discapacidad espacios para pequeños comercios en toda sede administrativa.**
- **Ley 22.431: Art. 12, modificada por ley 24.147.** Establece la **creación de talleres protegidos de producción**, apoyados por el Ministerio de Trabajo, el que a su vez, tiene a su cargo, su habilitación, registro y supervisión, con la finalidad de asegurar empleos remunerados y prestar los servicios de adaptación laboral y social que requieren sus trabajadores, participando en operaciones de mercado y organizando sus estructuras en forma similar a las empresas ordinarias, sin perjuicio de las especiales características y de la función social que cumplen.

Dichos trabajadores tendrán derecho a la jubilación ordinaria, invalidez, pensión y subsidio por sepelio. A los efectos de la jubilación ordinaria se exige acreditar 45 años de edad y 20 de servicios de los cuales 10 deben ser con aportes, debiendo acreditar que los últimos diez años anteriores al cese o a la solicitud se cumplieron en dichos Talleres y Grupos Laborales Protegidos. En cuanto a la jubilación por invalidez tiene normas similares a las de la ley 20.475, previendo la compatibilidad absoluta entre la percepción de un beneficio por discapacidad con la prestación de servicios en dichos Talleres o Grupos Protegidos.

- **Ley 24.013: El Art. 2** establece el objetivo de fomentar las oportunidades de empleo para los grupos que enfrentan mayores dificultades de inserción laboral, entre otros, las personas con discapacidad.
- **Ley 25.212:** Establece un nuevo **régimen de sanciones laborales**. Incorporó entre las consideradas “muy graves” a las que deriven de **actos**

discriminatorios del empleador. Así, el art. 4, inc. a, considera de tal gravedad “las decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo, edad, opinión política, origen social, gremiales, residencia o responsabilidades familiares”, fijando el art. 5 la sanción con multa de \$ 1.000 a \$ 5.000 por cada trabajador afectado.

Leyes vinculadas a la seguridad social

Reforma previsional.

Mediante la ley 26.45⁷ se dispone la unificación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP), creado por la ley 24.241, en un único régimen previsional público que se denomina Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), financiado a través de un sistema solidario de reparto.

Se continúan, de esa manera, una serie de reformas parciales del SIJP, iniciado con la ley 26.222, que posibilitó la opción por el régimen de reparto a los trabajadores que se encontraban en capitalización, siguió con la sanción de la ley de movilidad de las jubilaciones y pensiones y, ahora, con la ley 26.425 que elimina el régimen de capitalización.

Si bien nadie podía anticipar este abrupto final de un sistema de capitalización individual –desprestigiado- dado que los lineamientos de las reformas mencionadas aparentaban mantener el SIJP reforzando, dentro del mismo, la presencia del régimen de reparto, lo cierto es que la crisis internacional de los mercados financieros, que afectó también los fondos de pensión, impactó en el ámbito local y las necesidades de financiamiento del Estado apuraron una decisión que no estaba en la cabeza de ninguno de los actores.

Con la excepción de la Central de los Trabajadores de la Argentina (CTA) –que desde el primer momento se opuso frontalmente a la privatización de la seguridad social, defendiendo un régimen de reparto- ningún otro actor social planteaba la eliminación del régimen de capitalización individual obligatoria.

Incluso, luego de la fenomenal crisis del 2001/2002, con motivo la creación de una Comisión de reforma previsional impulsada por Duhalde, la representación de la CTA⁸, en soledad, sostuvo la necesidad de una reforma estructural del sistema previsional conforme las directivas del art. 14 bis de la CN, sobre la base de un sistema de reparto, de beneficios definidos, quedando el régimen de capitalización, fuera de la seguridad social obligatoria, como optativo y complementario.

El primer gobierno de Kirchner y su continuación con Cristina Fernández en la presidencia, no anticipaba este cambio sustancial en el régimen previsional, que implica la eliminación del régimen de capitalización sustituido por el régimen de reparto. Se había limitado a ampliar la cobertura previsional, facilitando el acceso al beneficio jubilatorio a más de 1.500.000 trabajadores, mayores de 65 años, que no contaban con los años de servicios con aportes, requeridos por la ley 24.241, a mejorar la posición del sistema público que dejaba de ser residual del de capitalización, abriendo la opción por reparto y bonificando en mayor medida la Prestación por Permanencia (PAP), igualando su cálculo con el de la Prestación Compensatoria (PC).

⁷ B.O. 9/12/2008.

⁸ Ver propuesta publicada en CAJ dentro de la cual se planteaba una asignación universal para los mayores de 65 años.

Entonces, si bien no fue programada esta reforma del sistema previsional, lo cierto es que, probablemente, es la más importante de las medidas llevadas adelante por el gobierno "kirchnerista", iniciado en 2003: 1. Se elimina el régimen de capitalización, que es absorbido y sustituido por el de reparto, se crea el SIPA financiado a través de un sistema solidario de reparto. 2. Se propone el SIPA que será financiado a través de un sistema solidario de reparto reglamentado por la ley 24241, aunque no avanza en la organización de un régimen previsional público sobre esas bases.

La reforma queda inconclusa sino se la completa con la sanción de una nueva ley previsional, que sustituya a la 24241 e inserte el régimen de reparto en las pautas definidas por el bloque constitucional vigente. A diferencia de un régimen de capitalización, uno de reparto, por definición, no puede quebrar. El Estado en nuestro país es el responsable de su organización, financiación, participa en la administración, garantiza el derecho a la movilidad de las jubilaciones y pensiones. No sirve argumentar en contra del futuro del régimen de reparto sobre la base de una declinación en la relación cotizantes-beneficiarios para predicar la inviabilidad del sistema. Poco importa que una población activa tenga que sostener a una población pasiva en aumento, si la población total sigue siendo la misma. Se trata de mantener un pacto generacional que intervenga en la asignación del PIB para que el sistema de reparto se sostenga en el tiempo. En el sostenimiento de reparto participan los recursos que se originan en las cotizaciones sociales y en los aportes del Estado. Un sistema de reparto solidario consiste en eso.

El contenido del Estado social y democrático de derecho surge del texto constitucional, de las directivas dadas al legislador ordinario, de los tratados internacionales de derechos humanos y de los convenios de la OIT (CN, art 14 bis y 75). Consiste en asegurar a los trabajadores mayores de edad o con alguna discapacidad, el goce a través de medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y trato, el pleno goce y ejercicio de los derechos constitucionales y de los tratados internacionales reconocidos por nuestro país.

El único que puede reconocer una serie de derechos económicos y sociales e instrumentar la forma de hacerlos efectivos es el Estado. Esa intervención estatal responde a la idea básica, que dio origen a la seguridad social moderna, de "la redistribución de la riqueza". El estado social no elimina los presupuestos del proceso económico capitalista pero puede corregir los efectos de la desigualdad "*sobre el plano de distribución de la riqueza producida*" (Barcellona, 1991).

Nuestro país destruyó, en la década de los noventa, el sistema de seguridad social en todos sus planos. Se desarrolló una política pública y normativa regresiva de los derechos alcanzados por los trabajadores que se configuró en la privatización de la previsión social (AFJP), de los accidentes y enfermedades (ART), la desregulación de la salud, limitación de las asignaciones familiares y del seguro de desempleo. La seguridad social se transformó en un mínimo asistencial; se trata, ahora, de recuperar el sentido de su existencia como derecho, producto de la lucha de los trabajadores.

Un test adecuado para medir en que medida existe un Estado social y democrático, que garantice prestaciones y derechos, es aquel que nos permite verificar la existencia o no de un sistema de seguridad social.

En lo que se refiere al régimen de jubilaciones y pensiones la ley 26425 nos coloca en el camino de recrear un nuevo régimen previsional público que responda a las pautas y criterios delineados por la CN.

- Carácter integral y obligatorio de la seguridad social, organizada por el Estado a través de una ley que establezca el seguro social obligatorio, de reparto solidario, de beneficios definidos y móviles, a cargo de entidades nacionales o

provinciales, administrado por los interesados con participación del Estado y autonomía financiera y económica.

- Asignación de recursos en base a criterios de equidad y solidaridad; legislar medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Tanto los gastos, como los recursos públicos, se tienen que aplicar conforme la escala de valores constitucionales y garantizar su realización.

Sistema previsional de las personas con discapacidad.-

La **ley 22.431** instituyó un sistema de protección integral para las personas con discapacidad, tendiente a asegurarles entre otras prestaciones las referidas a la seguridad social. En el capítulo III (Seguridad Social) se dice que se aplicarán a las personas con discapacidad las normas generales o especiales previstas en los respectivos regímenes y en las leyes 20.475 y 20.888.

Se duplican los montos de las asignaciones familiares por los distintos niveles de escolaridad cuando el hijo, a cargo del trabajador, tuviera alguna discapacidad.

A su vez modifica la ley 18037 reglamentando en el art. 17, que expresa que la autoridad de aplicación, previa consulta a los organismos competentes, establecerá el tiempo mínimo de trabajo efectivo anual que debe realizar el trabajador con discapacidad para computar un año. A su vez, dice que percibirá la jubilación por invalidez hasta el importe de la compatibilidad que el Poder Ejecutivo fije para el beneficiario que reingrese a la actividad en relación de dependencia por haberse rehabilitado profesionalmente.

A su vez el Ministerio de Trabajo, mediante la Resolución 426/98, suspendió la extinción en los beneficios de pensiones, del sistema de jubilaciones y pensiones, para aquellas personas con discapacidad acreditada según el régimen de la ley 22.431, que se inserten laboralmente, en la medida que se trate de actividades relativamente simples, de mínima responsabilidad, con escasas posibilidades de movilidad y ascenso, con una reducida jornada horaria y/o remuneraciones que no constituyan un medio ponderable de vida. A su vez se crea una Comisión Especial de Estudio para que proponga el anteproyecto de ley que, contemplando la integración social a través de actividades de adaptación y capacitación laboral de la persona con discapacidad, compatibilice las disposiciones de Seguridad Social de fondo y la totalidad de los temas comprometidos en esta problemática.

Está vigente la ley 20.475 que creó un régimen de previsión especial para minusválidos. De acuerdo al citado régimen, que tiene su antecedente en la ley 16602, que estableció normas especiales para personas ciegas, los afiliados de las Cajas de Previsión afectados por una disminución física o psíquica mayor del 33% gozarán de jubilación ordinaria, con 20 años de servicios y 45 años de edad, cuando se hayan desempeñado en relación de dependencia, o 50 años, como trabajadores autónomos, siempre que acrediten que durante los diez años inmediatamente anteriores al cese, o a la solicitud del beneficio, prestaron servicios en ese estado de disminución. En cuanto a la ley 16602, relativa a los que se desempeñan laboralmente padeciendo de ceguera congénita, fue sustituida por el régimen de la ley 20.888 que autoriza a favor de las personas con ceguera congénita, la jubilación ordinaria con 45 años de edad y 20 de servicios, sin distinción de sexos o de servicios en relación de dependencia o autónomos.

Finalmente, **la ley 24.901 instituye un Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad** que abarca como beneficiarios a todas aquellas personas que padezcan una alteración funcional

permanente o prologada, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables en su integración familiar, social, educacional o laboral. Las prestaciones están a cargo de las obras sociales o el Estado según fuere el caso. Dentro de las prestaciones complementarias éste contempla una cobertura con el fin de ayudar económicamente a una persona con discapacidad y/o a su grupo familiar afectados por una económica deficitaria.

El Estado en todos los casos es el garante del cumplimiento de los derechos reconocidos en la CN y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Discapacidad por enfermedades y accidentes de trabajo

La **Ley 24.557 (Ley de Riesgos de Trabajo LRT)** al impedir el ejercicio de la acción por reparación integral, transgrede los arts. 14 bis, 17 y 18 de la CN al colocar al trabajador enfermo o accidentado en una situación peor respecto a otras personas afectadas por daños acaecidos en circunstancias provenientes de actividades riesgosas similares a la que se desarrolla la relación laboral.

De esta forma la legislación laboral pasa a ser “desprotectoria”, otorgando, increíblemente, una mayor tutela a quien se encuentra en condiciones superiores (es decir, al empleador).

Esta norma afecta el derecho de propiedad del trabajador -dueño de su fuerza de trabajo- a una reparación integral de los daños sufridos (art. 17 C. N.), violenta el derecho a una reparación integral por un daño injustamente sufrido (deber de no dañar, art. 19 C N.) y vulnera el principio de equidad al imponer a los trabajadores una abstención para reclamar un resarcimiento integral efectuando una inaceptable limitación del derecho de propiedad y acceso a la Justicia.

Al eximir de culpa al empleador e impedir al trabajador accionar por la vía del derecho común (derecho civil, acciones por daño moral, psicológico, pérdida de chance, etc.) la norma vulnera el debido proceso (art. 18 C.N.); es decir, el acceso a la Justicia.

Numerosas sentencias han decretado la inconstitucionalidad de la mayor parte de la LRT, que no ha sido útil para prevenir riesgos, ni para repararlos integralmente. Tampoco ha promovido la recalificación profesional y la reinserción de los trabajadores que hayan sufrido un infortunio y alguna discapacidad permanente.

Esta norma **quebranta el principio de no discriminación** consagrado en el art. 16 de la C.N., el art. 14 bis de la C.N. en tanto cercena el derecho a peticionar una reparación integral, el art. 19 en cuanto se funda en el principio de “no dañar a nadie”, el art. 17 referido al derecho de propiedad en el sentido amplio que le confiere la Jurisprudencia de la C.S.J.N., los incisos 22 y 23 del art. 75 de la C.N. y el Preámbulo de la misma en cuanto afirma “...*afianzar la Justicia*”.

En los casos de enfermedades y accidentes inculpables, las normas laborales vigentes no amparan debidamente al trabajador.

Las empresas recurren a una política de hechos consumados, difiriendo la discusión sobre el estado de salud del trabajador, en su caso al peor momento de la relación laboral, en la que el trabajador se ve compelido a aceptar cualquier condición ante la perspectiva de perder su trabajo y no percibir ninguna indemnización. Ante la ausencia de prohibición de despidos, el trabajador se abstiene en general de reclamar por sus derechos durante la relación laboral.

Hemos intentado, con diversa suerte, acciones de amparo o sumarísimas que provoquen la resolución de estos desacuerdos vinculados a la aplicación del art.212 L.C.T. en resguardo de los puestos de trabajo. Es decir **se intenta judicializar el**

conflicto antes de la ruptura de la relación laboral para prevenir el distracto y evitar las conductas discriminatorias.

La ley 23.592 habilita que se peticione la condena, a que cese en forma inmediata una conducta discriminatoria por motivos de salud o incapacidad. En esta línea se puede **solicitar que no se innove en la situación de la vigencia del contrato de trabajo mientras las partes debaten el conflicto suscitado por la discrepancia “médica”** a los fines de que el trabajador pueda conocer los motivos de las decisiones médicas de la patronal; que contradicen las terapéuticas e indicaciones de los profesionales en los que han depositado su confianza.

Hemos interpuesto **amparos “colectivos”** para hacer cesar conductas disfuncionales y para denunciar actitudes de los servicios médicos de algunas grandes empresas que incurrían en actos discriminatorios con personas que se incapacitaron en ocasión del trabajo, que son víctimas de políticas que atraviesan las gerencias de recursos humanos y los servicios médicos empresarios.

Se puede articular con denuncias por malas praxis médicas y acciones personales por daños y perjuicios, porque lamentablemente quienes por acción u omisión participan de estas acciones contrarias a la ética médica, deben responder por dolo o negligencia o impericia, como responden en los contratos con sus pacientes en otros ámbitos en los que desarrollan sus tareas profesionales.

Se han intentado **acciones declarativas sumarísimas** con interposición de medidas cautelares para que sean los Tribunales especializados en **derecho del trabajo y peritos médicos de oficio**, quienes determinen en forma cautelar **el derecho del trabajador a someterse a las indicaciones de su médico tratante, mientras se discute el derecho de fondo.**

Según se ha expresado, los autores de la LRT asumieron un dato de la realidad: que la inmensa mayoría de los empleadores no cumplía con las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo (Ley 19.587 y decretos asociados). Según el relevamiento realizado en su oportunidad por la Superintendencia de Riesgos de Trabajo, el 97% de las empresas no se ajustaban íntegramente a esta normativa.

Después de años, desde la vigencia de esta norma, los datos oficiales de cada año nos revelan un incremento de accidentes de trabajo y enfermedades laborales. Es decir que aún sabiendo que existe un subregistro de denuncias seguimos advirtiendo que mueren, actualmente, dos (2) trabajadores por día y se constatan miles de accidentes diarios.

Ante estas estadísticas oficiales, el rol de los Servicios de Medicina del Trabajo cobra una importancia fundamental en la prevención de este flagelo que tiene causas fácilmente identificables y erradicables. En definitiva, se trata de respetar a la persona que sufre un daño por el hecho o en ocasión del trabajo. Están vigentes las normas que establecen la preservación de la dignidad del hombre (art.68 y ccs. de LCT) y dice que *“El contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí...”*

Los objetivos de prevención de accidentes y enfermedades, y el tratamiento en forma igualitaria de trabajadores que padecen las secuelas de enfermedades o accidentes no pueden ser cumplidos sino se modifican las políticas económicas (que incentiven el incremento de los puestos de trabajo) y se desande una reforma laboral regresiva que precariza la estabilidad laboral y la “calidad” del trabajo para quienes tienen la fortuna de conseguirlo, mantenerlo y no incapacitarse.

Es por ello que, ya no será suficiente con rehabilitar a una persona u otorgarle una pensión por discapacidad (con lo importante que ambas cosas son), sino que deberá implementar una política general, coherente, para eliminar las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan la participación plena y efectiva en la sociedad de

las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás. Para ello, las instancias que las implementen deberán estar vinculadas más al área de Derechos Humanos que a la seguridad social o a la salud. (Garavelli, 2008)

LA DISCAPACIDAD EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO

En el año 2001 se sanciona una Resolución que resuelve que el Ministerio de Trabajo cumpla con las normas y que en los Convenios colectivos de trabajo (CCT) se incorporen cláusulas que favorezcan la incorporación de personas con discapacidad, aptas para las tareas que se le asignen.⁹

Recordemos que desde la CTA, se promovió un modelo de redacción de la incorporación de esta norma en forma concreta en los CCT que celebraran los sindicatos adheridos a la Central. A continuación se reproducen los ítems fundamentales de la mencionada Resolución:

- Art. 4. A los fines previstos en el presente capítulo, las partes podrán contar:
 - A) Con el apoyo técnico de la Unidad para Personas con Discapacidad y grupos Vulnerables de la Secretaría de Empleo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación.
 - B) Con la Base de datos de la Oficina de Empleo de la referida Unidad de Personas con Discapacidad que aspiran a la obtención de un empleo.
 - C) Con los Programas de Capacitación y Empleo del mencionado Ministerio.
 - D) Con los incentivos fiscales nacionales, provinciales y municipales que se hubieren establecido.
 - E) Con los servicios que pudieren prestar otros organismos nacionales, provinciales o municipales, así como instituciones de la comunidad representativas de las personas con discapacidad o dedicadas a la formación laboral y el empleo de las mismas, que cuenten con personería jurídica vigente y demás registros que pudieren corresponder.
- Art. 5, “... *las medidas positivas especiales encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores inválidos y los demás trabajadores no deberán considerarse discriminatorias respecto de estos últimos.*”
- Art. 6 Forman parte de este capítulo las Resoluciones N° 438 del 14 de agosto de 2001 del entonces Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos de la Nación y la N° 156 del 22 de agosto de 2001 de la Subsecretaría de Relaciones Laborales del mismo Ministerio.

A continuación citamos como ejemplo algunos Convenios Colectivos de Trabajo vigentes que –al incorporar el tema de la discapacidad de diversa manera- responden a esta “exhortación” del Ministerio de Trabajo, el cual a pesar de ello, no ha tenido

⁹ En el año 2001 se ha dictado la Resolución MTE y FRH N° 438, por la que se resuelve que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos de la Nación desarrollará todas las acciones tendientes a la consecución del objetivo previsto en esta norma, exhortando a las partes comprendidas en los ámbitos de aplicación de los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 23.545 y vigentes por ultraactividad, o aquellos que se renovarían o celebrasen, para que se acuerden cláusulas que favorezcan la incorporación de personas discapacitadas aptas para las tareas que se le asignen.

demasiada injerencia en los convenios suscriptos con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma indicada.

Convenio Colectivo de Trabajo del SUTERH

El convenio Colectivo del SUTER (Encargados de Casa de Renta) incorpora la siguiente cláusula, para la *Protección de la Maternidad, vida, Desempleo y Discapacidad*:

Art. 7: “Las partes firmantes del presente convenio colectivo de trabajo coinciden en la necesidad de arbitrar los medios necesarios para garantizar la protección de la maternidad, vida y desempleo de los trabajadores y trabajadoras titulares de la actividad afiliados a la entidad sindical de base adherida a la FATERYH y la discapacidad de sus hijos, y/o aquellos trabajadores y trabajadoras que sin ser afiliados a la entidad sindical expresamente manifiesten su conformidad ante el empleador para acceder a los beneficios acordados en el presente artículo”.

En tal sentido acuerdan que se designe a la entidad sindical signataria como agente contratante con la finalidad de que la misma contrate como tomador pólizas de seguros que brinden cobertura satisfactoria a los objetivos propuestos en el presente artículo, con una/s compañía/s de seguros debidamente autorizada/s como tales ante la SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACION. La entidad sindical contará con un plazo de 6 (seis) meses para efectivizar la contratación referida

En este caso si bien se consigna en el título “**protección de la discapacidad**”, concretamente se crea un seguro administrado por el sindicato, pero **no se imponen obligaciones para el empleador tendientes a la inclusión al trabajo de las personas con discapacidad.**

Convenio Colectivo de Trabajo del SUPARA

En el caso de los trabajadores afiliados al Sindicato Único del Personal de Aduanas de la República Argentina (SUPARA), se avanza con más claridad en la posibilidad de inclusión:

Agentes con discapacidad

Art.8: Integración efectiva de los agentes con discapacidad, de manera que se posibilite el desarrollo de sus carreras administrativas, facilitándoles en el ámbito laboral los medios y las condiciones necesarias para la ejecución de las tareas asignadas, incluyendo las adecuaciones edilicias que pudieran ser requeridas y la capacitación adecuada para el despliegue de sus potencialidades.

Agentes que acrediten la condición de Veteranos de la Guerra de Malvinas

Establecimiento de programas específicos de reconocimiento y/o atención a los agentes veteranos de guerra, pudiendo las partes signatarias del presente Convenio, acordar a su favor, becas y/o asignaciones o subsidios especiales, sin perjuicio de los que correspondan por aplicación de leyes generales, así como autorizaciones especiales para asistir a actividades propias de tal condición.

Prevención y atención de factores psicosociales

Programas tendientes a atender y operar sobre los factores psicosociales a que pueden estar expuestos los agentes del Organismo en el marco de su relación laboral, producto de las características de los puestos de trabajo y de las relaciones interpersonales. En este sentido, se comprometen a impulsar acciones específicas tanto de prevención como de intervención con relación a los factores psicosociales aludidos, incluyendo los vinculados con violencia laboral.

Se entiende por violencia laboral todo acto, omisión o exclusión sistemática y recurrente, sostenida en el tiempo, que pueda afectar la salud o los derechos del trabajador a

través de discriminación, amenazas, intimidación, acoso, maltrato físico o psicológico y/o toda otra forma de coacción.

Apoyo a agentes en condiciones de jubilarse

Programas orientados a brindar apoyo a los agentes que atraviesan la etapa de transición entre la vida laboral y el estado de jubilación, que permitan atenuar el cambio de situación, facilitando la habilitación de espacios de reflexión que permitan una mejor adaptación a la nueva etapa, como así también acordar una reducción parcial y progresiva de la jornada de labor de este personal en las condiciones reglamentarias.

Proyecto de Convenio Colectivo de Trabajo de EPAS

En este proyecto, orientado al personal del Ente Provincial de Agua y Saneamiento (EPAS), se amplían los derechos y garantías para los trabajadores con discapacidad:

De las Incapacidades y Discapacidades. Registro de Incapacitados y Discapacitados

“La Empresa”, en su Área de Seguridad y Salud, llevará un Registro Central de Incapacitados como consecuencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, que comprende a todo el personal afectado, con resguardo de los nombres de los afectados, con el fin de poseer una base de datos tendiente a permitir la realización de estudios epidemiológicos y estadísticos. Esta base de datos será consultada cada vez que sea necesario cubrir un puesto de trabajo libre que pueda serlo con personas con capacidad disminuida.

Asimismo, “La Empresa” creará el Registro Central del personas con Discapacidad, en el cual se llevará un registro permanente de personas discapacitadas y de las discapacidades que afectan al personal de la empresa, a fin de permitir monitorear el cumplimiento de la legislación nacional en lo relativo a porcentajes de empleados en estas condiciones de minusvalía.

En este registro se llevará cuenta de los distintos puestos de trabajo pasibles de ser ocupados por personas con discapacidad, sus requerimientos ergonómicos y de capacitación.

Reubicaciones por incapacidad física o mental

Además se intenta reconocer los derechos de los trabajadores que tengan una incapacidad sobreviniente, durante el período de relación laboral:

La reubicación del personal con alguna reducción parcial de sus funciones o con discapacidad, se ajustará a los siguientes principios:

- Todos los empleados de “La Empresa” que padezcan una incapacidad sobrevinida durante la prestación laboral, tienen derecho a que le sea asignado un nuevo puesto de trabajo acorde a su nueva situación, siempre que ésta no sea de tal gravedad que lo haga pasible de acogerse al beneficio previsional.
- La reubicación no significará nunca disminución de categoría.
- Cuando se deba proceder a la reubicación, se buscará en primer lugar asignar al empleado a un puesto dentro de su misma sección; si allí no existiera la posibilidad, en el mismo área, y así sucesivamente.

Convenio Colectivo de Trabajo del SUTNA

Hemos tenido la posibilidad de participar con los paritarios del Sindicato Único del Neumático Argentino (SUTNA) adherido desde sus inicios a la CTA, y allí pudimos comprobar directamente la **resistencia de la patronal a incorporar en el CCT convenio colectivo de trabajo, cláusulas que obliguen a los empleadores a cumplir un cupo laboral para trabajadores con discapacidad** y así también para que se hagan cargo de la recalificación profesional y reinserción laboral de los trabajadores que se enferman o incapacitan en **oportunidad de realizar sus tareas**.

Cabe considerar que estos trabajadores se ajustan a una actividad en la que los ritmos de trabajo, las posturas ergonómicas, la imposición de productividad en sus establecimientos, sumado a la falta de una política de prevención de riesgos, ha provocado que muchos, en especial los jóvenes, padezcan de incapacidades derivadas de la mecánica laborativa y sufrido accidentes por el hecho o en ocasión de prestar sus tareas.

En el Convenio Colectivo de SUTNA, pese a la reticencia empresaria, finalmente se han podido incorporar algunos derechos que son un piso para poder progresar en la incorporación y reconocimiento de mayores derechos relacionados con el principio de no discriminación.

Se reproducen los artículos referidos a esta materia:

Artículo 42 **DISCAPACIDAD.**

*Las empresas comprometen sus esfuerzos para la **real integración de los trabajadores** con discapacidad, sea para preservar o acceder al ámbito laboral en tanto ello resulte compatible con la índole de las tareas y la existencia de vacantes.*

Artículo 43 **COMPROMISO DE NO DISCRIMINACION**

*Las partes acuerdan en la **prohibición de discriminar**, directa o indirectamente, a los trabajadores incluidos en el presente convenio y acuerdan eliminar cualquier norma, medida o práctica que pudiera producir arbitrariamente un trato discriminatorio o desigual fundado en razones políticas, gremiales, de sexo, orientación o preferencia sexual, género, estado civil, edad, nacionalidad, raza, etnia, religión, discapacidad, caracteres físicos, como también respecto a cualquier otra acción, omisión, segregación o exclusión que menoscabe o anule la igualdad de oportunidades y de trato, tanto en el acceso al empleo como durante la vigencia de la relación laboral.*

En este compromiso, logramos incluir a la discapacidad como una de las causas de prohibición de la discriminación. El camino es arduo para poder lograr que en los CCT se reconozcan los derechos al trabajo y a la no discriminación. Basta considerar que cerca del 90% de las personas con discapacidad en edad de trabajar, están desocupadas para probar el incumplimiento de esta legislación.

Especialmente se constata que el sector patronal siempre fue reticente a que se incorporen cláusulas que limiten lo que denominan su derecho de contratar y de propiedad, todo intento de discriminación positiva lo visualizan como un mero incremento de costos. Mientras, se reúnen para difundir las virtudes empresarias en materia de "responsabilidad social"; mientras, actúan en foros internacionales donde se incentivan las llamadas prácticas empresarias solidarias, no sólo con sus trabajadores, sino con la sociedad. Mientras, se niegan a incluir cláusulas convencionales que sean autoaplicables y no queden en meras expresiones de deseo respecto de la inclusión, la igualdad de trato y la defensa (en abstracto) del derecho de las personas con discapacidad a trabajar.

LA ACCIÓN GREMIAL PARA UN TRABAJO DIGNO

La Solidaria, es una empresa que nace a mediados del '99 a imagen y semejanza de la ONCE, la lotería de la Organización Nacional de Ciegos de España. El ex Director General de la ONCE en España, Miguel Duran, Presidente de GEJINSA S.A., que es una persona no vidente, tenía allí un proceso por evasión de impuestos. Esta persona hizo vínculos con el ex presidente Menem, quien a través del decreto referido en el párrafo anterior -uno de los tantos dictados en la etapa menemista- le concede a su "amigo" este negocio de venta de billetes de lotería en la vía pública, denominado "LA SOLIDARIA" por un acuerdo por diez años con Lotería Nacional y la Cooperativa de Agencias Oficiales.

En España, la ONCE es una organización muy poderosa que contrata a personas no videntes y que, al menos en esa época, cumplía con la normativa laborales y de seguridad e higiene vigentes en su país, además de respetar y dignificar el trabajo de las personas con discapacidad.

En nuestro país, sin llamado a concurso o licitación de ningún tipo, se concede este negocio a la empresa GEJINSA S.A. creada a tal efecto, la que es lanzada “con bombos y platillos” por Carlos Menem el 16 de marzo de 1999 como una solución al problema del desempleo de las personas con discapacidad, pero que en la práctica se convierte en un emprendimiento en el que se aprovecha y utiliza la “discapacidad” de los trabajadores para vender billetes de lotería a través del método de la “compasión”, sin el menor cuidado ni prevención de su integridad.

Por el contrario, es vergonzoso que la empresa siga funcionando en la forma que se constata en la realidad, en la que sus dependientes vienen denunciando no solo pésimas condiciones de explotación de su trabajo, sino además persecuciones, despidos salvajes y sobretodo un trato discriminatorio agravado por su discapacidad e indiscutible dificultad para negociar en lo individual y en lo colectivo por ausencia de vínculos entre los trabajadores aislados.

Todas estas circunstancias provocan la indefensión de centenares de trabajadores que se ven sometidos a situaciones indignas, las que deben soportar para mantener sus trabajos y la de otros tantos dependientes que han sido despedidos injustamente que ni siquiera conocen sus derechos, o no los ejercen.

A escasos dos meses de su lanzamiento, la empresa empezó a convocar en forma individual a los trabajadores y los presiona para que firmen su “conformidad” de una rebaja salarial.

Los trabajadores afectados con el apoyo de la C.T.A. y la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, pese a la presión de la empresa, se resistieron a aceptar la rebaja y concurrieron a la Legislatura de la Ciudad Autónoma, al Ministerio de Trabajo, a la Defensoría del pueblo y a otros organismos para denunciar los atropellos.

En las audiencias en el M.T.S.S. la empresa rechazaba toda legitimación a los reclamantes. Finalmente, ante la presión de la opinión pública, se comprometieron a respetar la intangibilidad salarial. Después de movilizaciones de los trabajadores, reclamos, asambleas y el respaldo de la CTA; GEJINSA S.A. desistió de su actitud.

Lo que fue presentado como un emprendimiento para paliar el desempleo de los trabajadores con discapacidad, se transformó en una explotación de los mismos, que no logran gozar de los beneficios de un trabajo “decente”.-

REMEDIOS JUDICIALES ANTE VIOLACIONES DE DERECHOS: EI amparo

Ante el incumplimiento de las normas, el desamparo de los trabajadores con discapacidad, se piensa siempre en una acción judicial efectiva, sencilla y eficaz, como el amparo, recurso que no siempre se puede interponer, pero sí ante flagrantes violaciones a los derechos humanos.

El **amparo** es un remedio judicial, más rápido que los procesos ordinarios, que tiene como objeto la protección ante la violación de los derechos amparados en la CN, un tratado o una ley. Este se encuentra en el capítulo de los nuevos derechos y garantías de la CN en su art. 43:

“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas

o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización."

Existen además **otras acciones judiciales ordinarias**, en las que se puede interponer medidas cautelares urgentes para se condene provisoriamente al Estado y/o a los empleadores a hacer algo o a abstenerse de realizar un acto antijurídico.

A su vez este recurso judicial expedito tiene su fundamento entre otros tratados y pactos internacionales en el **Pacto de San José de Costa Rica** (Convención Americana sobre DD. HH., 1969). El párrafo 2 de su Preámbulo, sabiamente, reconoce que *"... los derechos esenciales del Hombre [...] tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los estados americanos..."*. Y en lo que nos ocupa específicamente, el párrafo 4 dice que *"... sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos ..."*. Para vehiculizar las aspiraciones antes expuestas, en el art. 8 expresa: **"1.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial [...] para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o cualquier otro carácter..."**; garantizando el derecho a la propiedad privada (art. 21); en el art. 25 proclama **"... Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Presente Convención..."** y también impulsa el desarrollo progresivo (art. 26).

Además se constatan en nuestro orden legal, las acciones colectivas o acciones de clase que pueden interponer el Defensor del Pueblo, las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) y toda otra organización que defiende los intereses y los derechos de incidencia colectiva.

Las contradicciones del sistema.

Caso I

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario porteña acogió un amparo colectivo, presentado por uno de los miembros de la Comisión Pro Bono del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, en defensa del interés público.

La constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en su art. 43, *"asegura el 5% del personal [puestos públicos] para las personas con necesidades especiales, con incorporación gradual en la forma que la ley determine"* y también ordena la "aplicación estricta" de esta disposición en los contratos de concesión de servicios.

La ley porteña 1502/04 estableció el siguiente cronograma de cumplimiento: dio un plazo máximo de cinco años, que vence en noviembre del corriente, y fijó que el primer 2% debía alcanzarse durante los dos primeros años, continuando luego de forma gradual.

El amparo de la Comisión Pro Bono, que realiza patrocinio gratuito de ONG o impulsa causas directamente como autora, siempre en cuestiones de interés público, fue rechazado en primera instancia. Tras la apelación, la Sala II revocó la sentencia.

Los jueces del tribunal Nélida Mabel Daniele y Eduardo Angel Russo consideraron que *"el Estado tiene obligaciones positivas y negativas en punto a los derechos de los habitantes [...]"* y, *"en lo que a la causa interesa"*, la normativa dispone *"una incorporación gradual y un plazo para su cumplimiento que no parece que haya sido respetado por el gobierno de la ciudad"*.

Caso II

En abril de 2007 y con el patrocinio de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), la Unión Discapacitados Ituzaingó Solidario (UDIS), y dos personas con discapacidad iniciaron una acción de amparo contra el gobierno de la Provincia de Buenos Aires, para que cumpla con el porcentaje mínimo del 4% de puestos de trabajo para personas con discapacidad que debe haber en la administración pública provincial.

También solicitaron que se ordene a cada Delegación Regional del Servicio de Colocación Laboral Selectiva (SECLAS) a que publique un listado con todos los empleos disponibles para las personas con discapacidad e instrumente los concursos respectivos para acceder a ellos.

El 13 de junio de 2008 la jueza Blanca Lasca, a cargo del Tribunal de Menores N° 3 de La Plata, rechazó el amparo, argumentando que el cumplimiento del porcentaje del cupo establecido por la Ley 10.592 no obliga al Estado provincial a garantizar la inserción laboral de las personas con discapacidad sino que solamente obliga a *"promover su inserción social, laboral y la toma de conciencia respecto de los deberes de solidaridad sobre discapacitados"*. La magistrada aclaró que la palabra promover debe entenderse como una obligación del Estado a impulsar, fomentar y favorecer la inserción laboral de las personas con discapacidad. En la misma línea, afirmó que su interpretación de este mandato constitucional es que *"el Estado lo que garantiza es el derecho a trabajar, al de tener acceso a un trabajo, pero nunca puede garantizar el otorgamiento de un puesto de trabajo"* y por ello no cree que el Estado provincial esté incumpliendo la ley.

Por tal motivo, la ADC apeló la sentencia. La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata, integrada por los jueces Gustavo De Santis, Claudia Milanta y Gustavo Spacarotel, también rechazó el amparo y coincidió con los fundamentos de la jueza de primera instancia. A raíz de ello, la ADC presentó en febrero del 2009, un Recurso Extraordinario ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

Estas dos Sentencias revelan dos interpretaciones contradictorias respecto a la garantía de la inserción laboral de las personas con discapacidad. Para el tribunal porteño la Ley de cupo es exigible en forma inmediata mientras que para la magistrada de la provincia de Buenos Aires, el Estado sólo garantiza el derecho a trabajar pero no el otorgamiento efectivo de un puesto de trabajo, lo que consideramos una interpretación que vacía de sentido a la ley imperativa de acceso al trabajo.

