

***ACCIONES AFIRMATIVAS. CUPO LABORAL PARA
PERSONAS CON DISCAPACIDAD***



Maestría en Políticas Públicas

Maestranda: María Alejandra Breggia

Tutor: Leonardo Ambesi

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, octubre de 2019

Índice

Introducción	2
Capítulo 1. Las acciones afirmativas.....	3
1. ¿Qué son las acciones afirmativas? Origen y naturaleza	3
2. Contexto histórico: ¿Aprendemos de las catástrofes?	4
3. Desarrollo de casos en los Estado Unidos de Norteamérica	5
3.1. Dred Scott vs. Sandford (1857)	6
3.2. Plessy vs. Ferguson (1896)	7
3.3. Brown vs. <i>Board Education of Topeka</i> (1954)	7
4. La acción afirmativa en la Argentina	10
4.1. Origen y desarrollo	10
4.2. Antecedentes políticos y tratamiento de acciones afirmativas en la Convención Constituyente de 1994	12
4.3. Puntos centrales del debate	13
4.4. Categoría de la norma	15
Capítulo 2. Sistema de cuota o cupo laboral.....	17
1. Origen y clase.....	17
2. Cupo laboral en la Argentina.....	19
3. Sector público.....	20
3.1. Registro de ocupación de personas con discapacidad en el sector público	22
3.2. Sector privado	24
3.3. Trabajo rural.....	24
3.4. Convenios colectivos de trabajo	25
Capítulo 3. La discapacidad.....	30
1. Cambio de paradigma.....	30
2. Estadísticas y características relevantes de la discapacidad para el ámbito del trabajo	31
3. ¿Cuántas personas están afectadas por una o más discapacidades en la Argentina?	32
3.1. Prevalencia	32
3.2. Trabajo	33
4. Conclusiones	36
Bibliografía	42

Introducción

Hoy, el mundo del trabajo nos condiciona a enfrentar un nuevo orden futuro. El impacto en la economía y en el mercado laboral de las innovaciones tecnológicas, que suceden a una velocidad cada vez mayor, sugiere el tránsito hacia una nueva era, la cuarta Revolución Industrial. Esto plantea un poderoso desafío para quienes piensan las políticas públicas. En la nueva ecuación socio-económica convivirán sectores y actividades de alta productividad, que en la Argentina son los menos desarrollados, con otros más atrasados, los de actividades de muy baja productividad, ello en conjunto con las economías agrícolas de subsistencia o las urbanas con un muy alto grado de informalidad y bajísimo uso de tecnología.

En el marco de este trabajo se entiende que, actualmente, las políticas públicas enfrentan un doble desafío. Por un lado, se deben preparar para acompañar la marcha de los cambios tecnológicos para intentar predecir su impacto en el mundo del trabajo; y, por otro, deberán resolver viejas cuestiones que han renacido bajo fuertes cambios de paradigmas, como las del ámbito de la discapacidad.

Entender cuáles son las debilidades de los instrumentos políticos utilizados para resolver temas sensibles como los vinculados con las áreas de discapacidad (viejas cuestiones) y de trabajo (cuestiones renovadas) otorga la posibilidad de rediseñar esquemas de nuevas y posibles soluciones. Por ello, el Estado y la sociedad deben sincerar su responsabilidad sobre las consecuencias derivadas de la aplicación de malas políticas vinculadas, en este caso, con la falta de oportunidades. Esto colocará tanto a los decisores políticos como a los ciudadanos a otro nivel, es decir, frente a nuevos dilemas éticos o morales.

Los grandes movimientos sociales del siglo XX obtuvieron reconocimiento y lograron poner en valor derechos que se encontraban relegados, lo que constituye uno de los aspectos más visibles de las democracias modernas. Sin embargo, los Estados no lograron permear y resolver mediante sus políticas públicas las grandes asimetrías vinculadas con principios como el de igualdad, hecho por el cual esta quedó relegada al rango de utopía.

Entre una de las políticas públicas que se vienen aplicando desde hace casi cien años para reparar o tratar de remediar cuestiones vinculadas con la ausencia de políticas básicas sobre igualdad de derechos y oportunidades, se encuentran las denominadas “acciones afirmativas”, cuya naturaleza reside en la imposición de un esquema de beneficios a un sector discriminado o excluido removiendo los elementos que definen tal situación.

En el ámbito público, una de las acciones afirmativas más utilizadas es el sistema de cupo que, en el caso particular de este estudio, se habrá de analizar en relación con las personas con discapacidad, y como su medio de integración al mundo laboral.

Así, en los capítulos que se desarrollarán se expondrán las características más relevantes de las acciones afirmativas, su origen y su historia así como el sistema de cupo laboral a nivel internacional y local, y el cambio de paradigma referente a la discapacidad.

Todos estos temas son centrales para poder comprender por qué es necesario, cuando se trata de políticas públicas que rozan temas de igualdad, profundizar el análisis de cada uno de ellos y hacerlo dentro de su marco histórico. La idea tan proclive de solucionar, mediante este tipo de acciones, cuestiones relacionadas con la forma de vinculación de la sociedad con temas como la discapacidad, la religión, la raza o el sexo, entre otros, indica la ausencia de un enfoque analítico, aun superficial, de los motivos que convergen en la construcción de la situación.

Las políticas públicas son un proceso cuya base, para un eficaz funcionamiento, se determina por la calidad y la cantidad de datos de los que se dispone para desarrollar una planificación y diseño adecuados. Por lo que, desestimar la importancia vital de los conceptos y su abordaje, es tanto subestimar las causas como sobreestimar los resultados a obtener.

Por ello, se propone un desarrollo particular de los temas centrales junto con sus alcances histórico, filosófico y jurídico y la vinculación que existe entre ellos. Esto permitirá identificar, más allá de los resultados objetivos de su aplicación, alternativas que indiquen por qué este tipo de acciones, en este caso en particular, el cupo laboral para personas con discapacidad, son inviables para morigerar cuestiones ligadas, en definitiva, a la distribución de las políticas igualitarias y, por tanto, resultan ineficientes a la hora de compensar la ausencia de oportunidades para la generalidad del segmento social a quien se pretende beneficiar.

Capítulo 1. Las acciones afirmativas

1. ¿Qué son las acciones afirmativas? Origen y naturaleza

Las acciones afirmativas pueden identificarse, en términos generales, como un emergente de política pública que se utiliza para tratar de suplir las deficiencias de los sistemas políticos que no logran nivelar las desigualdades sociales ni mitigar las exclusiones de determinados colectivos sociales.

Desde el punto de vista conceptual, las acciones afirmativas constituyen una herramienta dentro del ámbito de las políticas públicas dirigida a cubrir las necesidades y remover esquemas identificados con situaciones discriminatorias que, en principio, hacen inviable la participación de determinados sectores dentro de la vida social y productiva. He aquí la naturaleza propia y característica de una acción afirmativa: reparar lo que el sistema institucional no repara o ha producido, tratando de equiparar oportunidades.

Ahora bien, es conveniente dejar en claro que uno de los orígenes de las acciones afirmativas debe rastrearse en la segunda década del siglo XX, cuando en los países de Europa se establece, en la pos guerra, el cupo laboral para reincorporar al aparato productivo a los heridos de la contienda bélica. Esto muestra que en principio, no fue una herramienta evaluada y diseñada como una política pública que tenía como finalidad

incluir o integrar a los segmentos discriminados, sino un paliativo necesario dada la situación extraordinaria que atravesaba Europa.

Esto implica que si bien la naturaleza actual de las acciones afirmativas estriba en ser un instrumento integrador e inclusivo para mitigar los desequilibrios e inequidades sociales, ella no coincide con su origen histórico, hecho que podría arrojar indicios ciertos sobre sus motivaciones o funcionamiento.

2. Contexto histórico: ¿Aprendemos de las catástrofes?

En 1998, en su ensayo *Diagnóstico y retrospectiva de nuestro breve siglo XX* Jürgen Habermas preguntó: “¿Aprendemos de las catástrofes”? En él afirma que el siglo XIX se caracterizó por la concentración masiva de individuos en las ciudades, barrios, fábricas, oficinas y cuarteles, como así también por la movilización masiva de trabajadores, emigrantes, manifestantes, huelguistas y revolucionarios y que, a partir del siglo XX, esas corrientes, organizaciones y acciones masivas se condensaron en fenómenos hegemónicos que dieron lugar a la visión, por ejemplo, de José Ortega y Gasset en *La rebelión de las Masas* (1930).

El siglo XX se inició envuelto en la tercera Revolución Industrial, transformando al mundo tal y como se lo conocía. Así, la electricidad, la utilización del petróleo, los motores de combustión, los productos químicos y las materias primas industriales, la revolución en transporte (el automóvil, el avión) y las comunicaciones (el telégrafo y el teléfono), la máquina de escribir y el frigorífico, entre otros, complementaron las formas de producción y de organización del trabajo (el taylorismo) que tenían como objetivo aumentar la actividad productiva.

En el contexto, excelentemente resumido por Habermas, se produjeron poderosos desequilibrios obra de las fuerzas sociales y económicas que surgieron. Los grandes centros urbanos se desarrollaron sobre la base de barrios de emergencia bajo un sistema caracterizado por la pobreza y, así, los cambios en la forma de producción, la organización del trabajo y el desplazamiento masivo de personas condujeron a situaciones en las que los desequilibrios y la necesidad de dar respuestas a gran escala impulsaron el surgimiento del llamado “Estado de Bienestar”. Si bien en ese vertiginoso siglo este fue el productor de grandes transformaciones sociales ante la necesidad de dar respuesta a los fenómenos sociales descriptos, los incentivos reales para el desarrollo de los derechos humanos no surgen sino hasta mediados de siglo, cuando comienza una escalada de reclamos liderados, en su mayoría, por movimientos sociales.

En ese sentido, con gran acierto Roberto Gargarella (1999) expresa que, durante mucho tiempo, pareció asumirse que las principales injusticias y desigualdades sociales podrían resolverse a través del establecimiento de un sistema constitucional adecuado. Es decir que un buen sistema constitucional iba a hacer posible que aquellos que tuvieran quejas o demandas justificadas pudieran resolverlas a través de la discusión con los demás miembros de la sociedad. Pero, con los resultados a la vista, se está en condiciones

de admitir que tanto las democracias republicanas como el constitucionalismo social no lograron revertir las grandes desigualdades e inequidades sociales en la medida esperada.

Dentro de ese marco histórico y del triunfo de las democracias modernas surgen las primeras referencias internacionales sobre acciones afirmativas. Así, en la *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (Naciones Unidas, 1965) se incorpora por primera vez el concepto de medidas especiales de carácter transitorio para beneficiar a los grupos discriminados por racismo y otras causas. A su vez, y en relación con los antecedentes de las constituciones de la comunidad internacional, el primer registro sobre el tema lo encontramos en la Constitución de la India independiente, de 1948, que estableció una ley de cupo especial para la incorporación a las instituciones de enseñanza y el servicio público de los denominados “intocables” y “grupos tribales”.

Pero, las acciones afirmativas logran su mayor desarrollo en el mundo jurídico norteamericano. Tan solo en las últimas décadas, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha decidido nueve casos vinculados con la constitucionalidad o legalidad de los programas destinados a garantizar tratamientos preferenciales en razón de la raza, el sexo o el origen nacional. Como bien lo expresa Drew Days (en Gargarella, 1999), cada caso logró sobrevivir al ataque legal, pero en modo alguno se pudieron zanjar las diferencias profundas sobre su validez. Es decir, no fue posible resolver si se puede (y, en todo caso bajo qué condiciones) utilizar ciertos criterios basados en circunstancias particulares como la raza, la religión, el sexo u otras para distribuir oportunidades de, por ejemplo, empleo o educación.

Dado el exponencial tratamiento que las acciones afirmativas han tenido en el mundo jurídico norteamericano, a continuación se habrán de desarrollar sus puntos más relevantes. El objetivo es dejar expresa mención de la importancia que posee el debate sobre la naturaleza de este tipo de acciones y lo que representan. Es decir, la convergencia de pretender reparar grandes desigualdades mediante una medida que violenta el principio general de igualdad debe someterse a un análisis profundo y detallado.

3. Desarrollo de casos en los Estado Unidos de Norteamérica

El término “acción afirmativa” se utilizó por primera vez en los Estados Unidos en la Orden del Ejecutivo Nro. 10.925 de 1961, promulgada por el entonces presidente John F. Kennedy. En ella se establecía que quienes suscribieran contratos con el gobierno de los Estados Unidos debían actuar “afirmativamente”, es decir, contratando a sus trabajadores sobre bases no discriminatorias. En 1965, el presidente Lyndon B. Johnson extendió los alcances de la Orden 10.925 con la Nro. 11.246, exigiendo que los concesionarios o contratantes con el gobierno adoptasen una “acción afirmativa” para asegurar que no hubiera discriminación en ninguna práctica de empleo, para la inclusión o no exclusión de la comunidad afroamericana. Esta política se proyectó para fomentar la igualdad y la oportunidad de empleo y obtuvo un amplio apoyo en ese país.

Ahora bien, el gran debate sobre las acciones afirmativas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia norteamericana, se centra en la interacción de dos normas: la Cláusula de Igual Protección de la Enmienda Catorce de la Constitución Norteamericana (1868), y el Título VII de la Ley de Derechos Civiles (1964). La primera determina que tampoco podrá ningún Estado privar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales de la igual protección de leyes. El segundo, entre otras cosas, establece que será contraria a la ley la práctica del empleador que emplee o deje de emplear a un individuo en razón de su raza, color, religión, sexo u origen nacional. Ambos son de aplicación tanto para el sector público como para el privado, y fueron bastiones de la lucha contra la segregación racial, ya que su objetivo era combatir la resistencia de los ciudadanos norteamericanos blancos a tratar como individuos a los afroamericanos, a los que consideraban ciudadanos de segunda categoría. El eje sobre el cual se desarrollaron las acciones afirmativas fue el tema racial.

Los partidarios de las acciones afirmativas sostienen que las huellas históricas de la segregación no fueron removidas y que fue y es necesario, bajo ciertas circunstancias, implementar medidas que tengan en cuenta la raza. Este argumento no encuentra respaldo jurídico y no puede resguardarse ni en la Cláusula de Igual Protección de la Enmienda Catorce ni en el Título VII de la Ley de Derechos Civiles. Por el contrario, son sus detractores los que fundamentan su postura sobre estos dos sólidos principios normativos, y acompañan ese argumento con un fuerte apoyo a la idea de que este tipo de acciones debe ir precedido de una poderosa evidencia histórica. Con respecto a esta última observación, ambas posturas coinciden.

Si bien los ejes centrales de estas acciones fueron las normas mencionadas, el debate sobre ellas produjo gran impacto social a partir de las sentencias que se dictaron tras su aplicación. A continuación se presentarán los casos más resonantes o *leading cases*.

3.1. Dred Scott vs. Sandford (1857)

Dred Scott era un esclavo. Su dueño, John Emerson, lo llevó del Estado de Missouri, en el cual la esclavitud estaba permitida, al de Illinois, donde estaba prohibida. Al cabo de algunos años, Scott regresó a Missouri junto con Emerson. Ambos consideraban que, por el hecho de haber vivido en un estado donde estaba abolida la esclavitud, Scott ya no debería ser reconocido como esclavo en el condado de Missouri.

Sin embargo, en 1843, tres años después de la muerte de Emerson, Scott solicitó su libertad a la viuda, quien se la negó. Por esta razón, en 1850 Scott inició y ganó el litigio en una Corte de Missouri. Sin embargo, en 1852 la Corte Suprema del Estado revocó la decisión del Tribunal menor. En tanto, la Sra. Emerson contrajo nupcias nuevamente y Scott se convirtió en propiedad legal de su hermano, John Sanford (incluido incorrectamente como “Sandford” en los registros del juzgado). Scott demandó a Sanford en la Corte Federal para exigir su libertad, y la Corte falló contra Scott en 1854.

Al momento de expedirse, los jueces de la Corte Suprema sentenciaron que Scott no había adquirido la condición de hombre libre por el hecho de haber vivido en un Estado que abolía la esclavitud y que, por ser negro, no era ciudadano; por lo tanto, no tenía derecho a presentar demanda alguna en una Corte de Justicia.

Esta decisión fue muy criticada e influyó en la elección de Abraham Lincoln -quien se oponía a la esclavitud- como presidente de los Estados Unidos en 1860, y apresuró el estallido de la Guerra Civil en 1861. *Dred Scott vs. Sandford* fue invalidado por la XIII Enmienda de la Constitución, que abolió la esclavitud en 1865, y por la XIV Enmienda, que reconoció la ciudadanía de los ex esclavos en 1868. Así, el fin de la Guerra Civil estuvo acompañado de tres nuevas enmiendas a la Constitución norteamericana: la XIII (1865), la XIV (1868) y la XV (1870). Todas protegerían a los afroamericanos y otras minorías de cualquier tipo de discriminación.

3.2. Plessy vs. Ferguson (1896)

En el caso *Plessy vs. Ferguson*, la Corte Suprema avaló la constitucionalidad de la segregación racial en el transporte público, y dio origen a la denominada doctrina *separados pero juntos* que rigió la vida social y política de los Estados Unidos durante la mitad del siglo XX. Los afroamericanos continuaron en escuelas exclusivas para ellos, esquema que se replicó en el transporte público y otras esferas de la vida cotidiana sujetos a la segregación. Luego de más de cincuenta años, llegaría el caso *Brown*.

3.3. Brown vs. Board Education of Topeka (1954)

El caso *Brown* fue una decisión histórica, ciertamente una de las más importantes de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Este caso demuestra que la revisión judicial, particularmente la realizada por el tribunal norteamericano, posee el potencial de impactar en una sociedad y convertirse en el vehículo de profundas transformaciones. El principio que guió al caso *Brown* repercutió como una suerte de dominó en temas como el de la igualdad de la mujer, el de personas con discapacidad y de la gente de edad, en los que se reivindica un trato más justo e igualitario.

El caso fue presentado por un grupo de seis abogados encabezado por Jack Greenberg quien, en un artículo titulado *Argumentar el caso Brown* (1954), expresa que recurrieron a la Corte ante la evidencia de que los principios constitucionales no lograban revertir el fuerte sesgo segregacionista de la sociedad norteamericana, sobre todo en los Estados del Sur. Sostiene que en *Brown* se pidió mucho del sistema judicial al exigir que en una gran parte del país se terminara con la segregación racial, práctica cuyas raíces se extendían hasta los días de la esclavitud.

La niña Linda Brown residía en Topeka, Kansas y cursaba tercer grado. Debía concurrir a la escuela primaria caminando más de un kilómetro y medio por una subestación de ferrocarril, a pesar de tener una

escuela pública a la que asistían niños blancos a tan solo siete cuadras de su domicilio. Cuando su padre, Oliver Brown, trató de inscribirla en ella, el director de la escuela se negó. Brown fue a ver a McKinley Burnett, el jefe en Topeka (en el estado de Kansas) de la rama de la *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP - Asociación Nacional para el Adelanto de la Gente de Color), una organización creada en 1909 para promover los derechos de los afroamericanos. Burnett ya había trabajado en un estudio que demostraba que, en cuanto a calidad e infraestructura, las escuelas para afroamericanos eran muy diferentes y muy deficitarias, y lo acompañó a Oliver Brown en la presentación del caso.

Los argumentos estaban fundamentados en dos fuertes premisas. La primera apuntaba a que las escuelas para los niños afroamericanos eran inferiores en términos tangibles y mensurables (edificios, terrenos, financiamiento, textos, maestros, etc.). Así los demandantes, sobre la base de las cláusulas de igualdad, exigían que las escuelas para niños negros fueran mejores o de igual calidad que las de los niños blancos. Es decir, exigían ser admitidos en mejores escuelas.

Si bien este era un alegato de miras estrechas puesto que no requería necesariamente poner fin a la segregación sino, simplemente, mejorar las escuelas afronorteamericanas, la idea de los abogados era que, indirectamente, surtiría un efecto tal que influiría sobre la segregación en sí misma puesto que (y este era el razonamiento) hasta tanto las escuelas fuesen mejoradas y equiparadas con las de los niños blancos, los niños negros y los blancos tendrían que asistir a las mismas escuelas (ningún tribunal había ordenado que se integraran las escuelas sobre esta base).

La segunda premisa, unida de manera inescindible a la primera, establecía que la segregación de por sí era inconstitucional, aun cuando las escuelas separadas fuesen realmente iguales.

Los adversarios de la familia Brown en la Corte fueron liderados por John W. Davis, el más prominente de los abogados del Tribunal Supremo de la época quien, a decir de Greenber, realizó una excelente argumentación. Davis se apoyaba en el siguiente análisis: la intención en la Cláusula de Igualdad de Protección de la Enmienda XIV no pudo haber sido abolir la segregación en las escuelas y lo fundamentó en que en ninguno de los debates de su sanción se manifestó así. Por otro lado, expresó que el Congreso que adoptó la Enmienda XIV autorizó también los fondos, controlados por el Gobierno federal, para mantener las escuelas segregadas en el distrito de Columbia. Algunos de los estados del norte que ratificaron la Enmienda tenían escuelas segregadas.

En cuanto a los precedentes legales, Davis arguyó que el Tribunal había aceptado en muchas ocasiones la doctrina de “separados pero iguales”. Pero tuvo que reconocer el fuerte argumento de un magistrado quien sostuvo que se debía enfrentar el hecho de que los conceptos constitucionales se desarrollan en un momento determinado: algo que se juzgaba como igual en 1865 podría no serlo en 1952.

Conforme demuestran hoy las actas de las deliberaciones del Tribunal, los jueces creyeron que la segregación era inconstitucional, pero varios de ellos eran renuentes a pronunciar ese fallo porque temían la

resistencia de los estados del sur. No querían arriesgar la credibilidad del Tribunal al dictaminar un fallo que no podrían hacer cumplir. Para resolver este problema, el Tribunal decidió separar el fallo sobre la constitucionalidad de la segregación, de la cuestión de cómo poner en curso el fallo. En 1954 consideró inconstitucional la segregación y, en 1955, impuso normas conforme las cuales las escuelas debían poner fin a la segregación.

Es oportuno transcribir las palabras de Greenberg: “si bien el caso *Brown* no resolvió los problemas raciales del país, en la mayoría de los sentidos fue un gran éxito. Muchos cambios sociales beneficiosos pueden ser atribuidos, por lo menos en parte, al caso *Brown*. (...) La igualdad de oportunidades de empleo se ha convertido mayormente en una realidad. No existen ya gremios locales racialmente segregados. Nada de esto implica que se haya alcanzado una igualdad total. Los datos sobre ingresos, patrimonio, salud y encarcelamientos, para nombrar solo algunos indicadores, confirman que la vida de los negros, en muchas formas, no es tan buena como la de los blancos. Sin embargo, el caso *Brown* sigue siendo representativo de la determinación de los norteamericanos de vivir de acuerdo con los ideales de su Constitución y la proposición de que nuestro Tribunal Supremo puede ser un catalizador de cambios fundamentales” (2005, p.26).

Luego de este fallo y aceptando, entonces, que los resultados obtenidos no fueron los esperados, se comenzaron a promover más intensamente las llamadas “medidas de acción afirmativas”. Así, en el ámbito educativo, las agencias administrativas y los tribunales promovieron acciones de responsabilidad afirmativa sobre las escuelas distritales como, por ejemplo, que se tuviera en cuenta la proporción de estudiantes afroamericanos y blancos en los establecimientos y que se aplicaran otros estándares que permitieran incorporar de manera efectiva a los niños afroamericanos.

En materia laboral, los empleadores no podían recurrir a pruebas de habilidad que excedieran las posibilidades o capacidades medias de la población afroamericana, que había sido condenada a una calidad educativa y profesional muy alejada de la de la población blanca. También propusieron medidas sobre los derechos al voto, entre otras cuestiones. Este contexto proporcionó al presidente Lindon Johnson el apoyo necesario para insistir que el Congreso aprobara la Ley de los Derechos Civiles (*Civil Rights Act*) de 1964 y la Ley de los Derechos a Votar (*Voting Rights Act*) de 1965.

Ya arribados los años 70 se dictó la principal legislación moderna sobre derechos civiles en Norteamérica. Pero el activismo contra la discriminación se enfrentó con un panorama desalentador. Entre otras cosas, aun a pesar del caso *Brown*, los niños afroamericanos no eran incluidos en escuelas públicas o estos preferían no asistir a ellas por la discriminación de la que eran objeto. Asimismo, en materia laboral, los empleadores seguían con conductas discriminatorias este tipo de comportamientos se replicaban a diario en todos los ámbitos.

En su artículo sobre acción afirmativa, Drew Days expresa muy acertadamente que no puede esperarse, de modo realista, que una diversidad de minorías deje de ocupar una posición de marginalidad

social a partir de la implementación de programas de acción afirmativa destinados a proveer de unos pocos puestos -en las escuelas o universidades- a las minorías; o a través del establecimiento de cuotas mínimas a favor de las minorías raciales o de las mujeres; o de la reserva de una cierta cantidad de contrataciones públicas. Son muchas las razones que determinan que los Estados Unidos se encuentra dividido en cuestiones raciales y sexuales (citado en Gargarella, 1999).

No obstante ello, señala que existen razones ciertas para entender que los programas de acción afirmativa alteraron, en términos relativos, las relaciones interraciales en los Estados Unidos. Este argumento proviene del relevamiento de datos que indica la incorporación de empleados afroamericanos y de otras minorías en sectores económicos, tanto privados como públicos, a los que antes no accedían.

Como se puede ver, el debate en torno a las acciones afirmativas en ese país merece su acercamiento a este trabajo. Es muy interesante observar sobre qué puntos centran su divergencia las posiciones. Así, más allá de converger en la necesidad de evaluar siempre el ámbito histórico en que son sancionadas, el foco de discusión gira en torno a la aplicación del principio de igualdad como rector y pilar central de su democracia.

Pero, a diferencia del sistema norteamericano y, a pesar de contar con una Constitución de tradición liberal, la cuestión central de las acciones afirmativas difiere tanto respecto a la importancia que se les da, como a su tratamiento. Por ello, a continuación, se expondrán sus características más sobresalientes.

4. La acción afirmativa en la Argentina

4.1. Origen y desarrollo

A diferencia del sistema norteamericano, el fundamento de las acciones afirmativas y su desarrollo en nuestro país se encuentra en el orden normativo y no en el desarrollo jurisprudencial. La Constitución Nacional hace referencia a la igualdad como un principio y como un valor.

El piso de igualdad que consiste en asegurar a todos los hombres los mismos derechos, requiere de manera imprescindible que el Estado remueva los obstáculos de tipo social, cultural, político y económico que limitan, de hecho, la libertad y la igualdad de todos los hombres.

Este principio se encuentra consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional:

... 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 del impuesto y de las cargas públicas.

Este artículo consagra la igualdad formal, la igualdad ante la ley con un reconocimiento implícito de la libertad jurídica, suprime las prerrogativas de sangre o de nacimiento, los títulos de nobleza y los fueros personales y declara que *todos los habitantes son admisibles en los empleos sin otra condición que la*

idoneidad, y que la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas. A su vez, la igualdad civil está consagrada en el art. 14 con el reconocimiento de los derechos civiles a todos los habitantes.

Por su parte, en el ámbito jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en numerosas oportunidades sobre el alcance del art. 16. Así, tiene establecido que la “igualdad ante la ley involucra la obligación del Estado de tratar igual a aquellas personas que se encuentren en idénticas circunstancias” (Fallos 16:118) y que “la igualdad ante la ley (...) no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales condiciones se concede a otros” (Fallos 153:67).

Ahora bien, las acciones afirmativas se encuentran inescindiblemente ligadas a este principio. En el sistema argentino, ellas gozan del máximo estándar jurídico que una norma puede alcanzar a partir de su inclusión en la Constitución Nacional por la reforma constitucional del año 1994.¹ Dicha reforma las incorpora como parte de las atribuciones del Poder Legislativo en el art. 75, inc. 23, que establece:

... 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 Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Así, el art. 75 inc. 23, en concordancia con el inc. 2 tercer párrafo, el inc. 19 tercer párrafo y el art. 37 vinculado a los derechos políticos, que consagra la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres, conforman una nueva dimensión del principio de igualdad, y dotan al órgano legisferante de capacidad operativa para asegurar la igualdad de oportunidad y de trato. La cláusula entonces sostenida por el art. 75 inc. 23 propende a igualar el punto de partida o las oportunidades y, como bien afirma Sagues (citado en Bidart Campos, 1997) y una parte de la doctrina, se han modificado el techo ideológico y el sistema normativo previo a la reforma, gobernado por el art. 16 mencionado. La cláusula consagra asimismo un sistema de doble fuente de derechos, el interno y el internacional, con el objeto de propender al respeto, tutela y promoción de los derechos humanos, dando prioridad y especial cobertura a los sectores más vulnerables: niños, ancianos y personas con discapacidad.

El maestro Bidart Campos (1997) asumió que las acciones positivas *significan prestaciones de dar y de hacer a favor de la igualdad*, que el verbo “promover” del art. 75 inc. 23 implica adoptar y ejecutar políticas activas que dan impulso al acceso a la igualdad real y efectiva y, para ello, se admite la discriminación inversa (incs. 17, 19 y 23 art. 75 y art. 37) (1997). Conforme esta visión, se *promueven* los

¹ En la Constitución Nacional Argentina reformada en el año 1994, se comprometió más de la mitad de su articulado. Esta modificación tuvo un paso previo, que se denominó “Pacto de Olivos”, instrumento acordado por los dos partidos mayoritarios de ese momento, el Radical y el Justicialista, representados por el Dr. Raúl Alfonsín y Dr. Carlos Menem, respectivamente.

derechos cuando se adoptan medidas para hacerlos accesibles a todos, al eliminar las barreras o impedimentos de cualquier naturaleza que obstruyan su goce efectivo.

Si bien es cierto que grandes doctrinarios como el citado autor no encontraron óbice en la inclusión del inc. 23 art. 75, dotando a dicho inciso de naturaleza operativa, es oportuno señalar que se podría analizar el tema con otro abordaje, es decir, considerar la posibilidad de que esta atribución alcanzó a tocar aquellos derechos consagrados en la parte dogmática de la Constitución Nacional² y que, por tanto, y por imperio del art. 7 de la Ley Nro. 24.309, que declaró la necesidad de su reforma, no podían ser afectadas.

El punto mencionado en el párrafo anterior se refuerza con la revisión histórica de los debates de la Convención Constituyente de 1994, ya que este tema, si bien fue señalado por algunos de los convencionales constituyentes, no alcanzó la trascendencia que le hiciera justicia dada la magnitud de lo que implica para el sistema democrático una cláusula que afecta el principio de igualdad.

Por ello, a continuación se expondrán las opiniones más relevantes sobre el tema vertidas en la Constituyente, con el objeto de puntualizar la importancia que poseen los procesos de conocimiento sobre la naturaleza y los fines de este tipo de acciones, ya que no solo se requiere de ello para su tratamiento, sino que la voluntad de los Constituyentes conforma *a posteriori* fuente esencial y básica para su sentido e interpretación.

4.2. Antecedentes políticos y tratamiento de acciones afirmativas en la Convención Constituyente de 1994

El acuerdo político básico, que dio impulso a la necesidad de reforma constitucional, obedeció a dos temas considerados claves para su concreción: por un lado, asegurar un mandato presidencial más extenso que habilitara la reelección del Dr. Carlos S. Menem (presidente en ejercicio en aquel momento) y, por otro lado, atenuar el fuerte presidencialismo que caracterizó a los gobiernos argentinos. En esa línea, la ley que declara la necesidad de la reforma contenía un artículo que se denominó *Núcleo de Coincidencias Básicas* en el que estaban contemplados los cambios acordados por los partidos mayoritarios de aquel entonces, el Partido Justicialista y la Unión Cívica Radical.

Esta ley tuvo dos características vitales: la primera es que una parte de la reforma solo podía ser ratificada o rechazada *in totum* por la Constituyente (lo que ya constituía una abierta contradicción al art. 30 de la Carta Magna), y la segunda es que en otra cláusula de la ley de necesidad de reforma, se introdujeron expresamente los temas que estaban permitidos abordar.

Así, la Ley Nro. 24.309 que declara la necesidad de la reforma constitucional, entonces, vedaba toda posibilidad de tratamiento de los primeros 35 artículos de la Constitución Nacional bajo pena de nulidad, por lo que los Constituyentes encontraron un atajo y, mediante la incorporación de atribuciones conferidas al

² Declaración de Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional.

Poder Legislativo en el nuevo art. 75 (ex 68), incorporaron derechos, garantías o modificaron o alteraron los existentes.

4.3. Puntos centrales del debate

A continuación, y con el objeto de presentar con máxima claridad el tema, se citará textualmente a los señores Convencionales, para mostrar los argumentos tanto a favor como en contra de la sanción del art. 75 inc. 23 (sobre las acciones afirmativas) que utilizaron, y que aparecen en la Convención Constituyente, 23ª Reunión de la 3ª Sesión Ordinaria (Continuación) del 3 de agosto de 1994.

Una de las primeras observaciones la realiza el convencional Sr. Ortiz Pellegrini, quien consulta “cuál es la diferencia entre legislar y promover atento, a que legislar es una facultad incluida en las atribuciones del Congreso, el que no tiene otra forma de expresarse que no sea a través de la legislación” (p. 139). A esta pregunta el convencional Sr. Cafiero responde:

Señor presidente: sobre la base de las propuestas que han llegado a la Comisión, se ha querido poner especial énfasis en el tema de las medidas de acción positiva. Por ello entendimos que el Congreso, además de las atribuciones legislativas, debe tener -y exceder en la medida en que va a proteger a todos estos sectores- la posibilidad de incorporarlas no sólo en el ordenamiento legislativo sino en otras iniciativas, por ejemplo, proyectos de declaración o de resolución u otras actividades propias del Parlamento. (p. 139)

La convencional Sra. Babbini expresa que “el nuevo inciso de alguna manera apunta hacia sectores tales como los de la mujer, los niños, los discapacitados y los ancianos” y afirma:

... cabe reflexionar de que la Constitución Nacional -como todos sabemos-, en su artículo 16 dispone que todos los hombres son iguales ante la ley. Y dicha igualdad, para no quedar en una mera formalidad, evidentemente debe desenvolverse en presupuestos donde el Estado, precisamente, la garantice. ¿A través de qué? De la remoción de obstáculos de tipo social, económico y cultural, que limitan la libertad y la igualdad. En definitiva, debemos asegurar que desde el Estado se remueva lo que deba ser removido para alcanzar un orden social más justo e igualitario. Por ello, creo fundamental que se establezca este nuevo inciso en el artículo 67, que contempla el dictado de medidas de acción positiva a efectos de garantizar la igualdad de oportunidades y de trato, específicamente con relación a la mujer. (p.58)

En el fragor del debate, el convencional Sr. Alasino pide la palabra para dejar sentada la posición del bloque mayoritario, el Partido Justicialista, y expresa que “en realidad, lo que estamos tratando de hacer en

este inciso es agregarle un contenido distinto al viejo derecho de igualdad de la Constitución Nacional” y continúa:

... los derechos humanos captados modernamente por la comunidad internacional excedieron el marco de aquellos derechos políticos que tenían una visión más restringida y limitada de la persona y de la dignidad humana. De una enunciación teórica que tal vez esté contenida en el artículo 16, hemos comenzado a avanzar para superar las discriminaciones y establecer concretamente de qué se trata el derecho de igualdad.

Y expresa: “nuestro país ha definido con toda claridad todos aquellos conceptos, derechos o actitudes inherentes a la persona humana. Hemos venido con la decisión de perfeccionar el derecho de igualdad” (pp.139-140)

Ahora bien, entre los detractores u opositores a la sanción de este inciso, alza su voz el convencional Sr. Cullen, por la provincia de Santa Fe, quien expresa:

... sin duda esta norma refleja un avance considerable en la dogmática constitucional. Se trata de las llamadas acciones afirmativas o, dicho con mayor claridad, de discriminar o desigualar para igualar. Pero debo decir que votaría afirmativamente esta norma con las dos manos, porque considero que esta denominada "discriminación inversa" es la manera como se puede llegar a igualar a quienes no parten de la misma situación. Pero este tema no puede verse sino a través del principio de igualdad, como lo ha dicho recién el señor convencional Alasino. Y el principio de igualdad y su alcance no están habilitados para esta reforma. (p.141)

Así, quienes se opusieron al tratamiento de esta norma fundamentaron sus objeciones en la falta de transparencia del procedimiento utilizado para su incorporación, alegando una violación de los compromisos asumidos por los partidos firmantes del acuerdo que dio origen a la ley declarativa de la reforma. Invocan especialmente lo dispuesto en el art. 7 de la Ley Nro. 24.309, que de manera expresa establecía la imposibilidad de introducir modificaciones en los primeros 35 artículos de la Constitución Nacional, y cuyos primeros antecedentes los encontraremos en las conclusiones de los dictámenes del Consejo para la Consolidación de la Democracia, que entendía que las Declaraciones, Derechos y Garantías de la primera parte de la Constitución eran percibidos como bases y objetivos del pacto de asociación política de nuestra Nación.

4.4. Categoría de la norma

La sanción de la reforma de 1994 otorgó al actual art. 75 incisos 22, 23 y 24 una incidencia directa sobre el ámbito de los derechos humanos. En particular, el inc. 23 alude que las acciones afirmativas promueven la igualdad real de oportunidades y de trato. Al respecto, Bidart Campos consideró que su incorporación obedeció a la decisión de completar la “igualdad formal ante la ley” para que operara como un principio que hiciera ejecutivo el valor igualitario. Esto no encontraba óbice alguno en su relación con el art. 16, dado que estaban directamente relacionados, y esa interacción no implicaba injerencia, modificación o tratamiento alguno sobre el principio de igualdad (1997).

Ahora bien, la naturaleza propia de las acciones afirmativas trae consigo el permiso del derecho positivo a violentar el principio de igualdad. Se invierte así el esquema de protección constitucional ya que, al sancionar una norma de este tipo, un hecho sin fundamento o inclusive contrario al ordenamiento jurídico se transforma en un hecho acorde o con fundamento jurídico.

Este punto contiene una importancia central en lo que se refiere al tratamiento de las normas y su coherencia con la Constitución. Así, para su control se aplica el denominado “Principio de razonabilidad” que constituye un estándar genérico que una norma debe atravesar en caso de que se cuestione su validez, para proteger de esta manera a los ciudadanos de los excesos en las restricciones a sus libertades y derechos.

En determinadas aplicaciones o interpretaciones de una norma de menor jerarquía se puede instar un procedimiento que permita determinar su compatibilidad con las disposiciones constitucionales, para proteger que los principios, garantías y derechos constitucionales puedan ser alterados por leyes que reglamenten su ejercicio.

Este esquema de control que funciona como garante de los excesos del poder sería inaplicable para el inc. 23 del art. 75, y le otorga una inmunidad que ninguna otra norma posee *per se*, salvo las excepciones a este principio que fueron establecidas vía pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así, el denominado *test* de constitucionalidad abarca un sistema de garantías para la eficacia de la estructura constitucional, tanto en lo referido a su defensa como a su control, y establece que los principios o actos contrarios a ellas serán tachados de inconstitucionales.³

¿Por qué las normas sancionadas bajo el ámbito del art. 75 inc. 23 no estarían bajo análisis de constitucionalidad? La respuesta a esta pregunta la encontramos en el siguiente análisis. Por la reforma constitucional del año 1994 se incorporó una serie de normas que, por el ámbito o cuestiones que involucran, fueron declaradas exentas de revisión judicial por la jurisprudencia. En tanto defendida tal posición por gran parte de la doctrina, este tipo de normas se encuentran incluidas en el ámbito de las denominadas “cuestiones

³ El control de constitucionalidad, cuyo *leading case* fuera “Marbury c/ Madison” en el año 1803, en Estados Unidos, se trasladó a nuestro derecho funcionando en el mismo sentido.

políticas no judiciales”. Así, para nuestro derecho vigente derivado del derecho judicial, no existe control de constitucionalidad sobre la reforma, puesto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (caso Soria de Guerrero, Juana Ana c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A, 1963) tiene dicho que se trata de una cuestión política no judicial.

Pero estos términos, ¿a qué normas se aplican? En principio, solo se considera una cuestión política no judicial de pleno derecho cualquier acto o norma que se sancione conforme las atribuciones y competencias propias y naturales concedidas expresamente en la Constitución Nacional a los poderes Legislativo y Ejecutivo. Por lo que, toda norma emanada del ejercicio de las atribuciones del Poder Legislativo se ejerce de modo definitivo, final y último, sin interferencia alguna de otro poder (Corte Suprema de Justicia, caso Nicosia, Alberto Oscar s/ recurso de queja, 1993). De esto se puede inferir que toda norma de acción afirmativa dictada bajo los términos del art. 75 inc. 23 ingresaría en el ámbito de cuestiones que no se encuentran sujetas al control de constitucionalidad.

A modo de colofón, el desarrollo constitucional de las acciones afirmativas, que en nuestro país tuvo un origen y desarrollo errático, finalmente fue resuelto al ubicarlas como una de las competencias naturales del Poder Legislativo. Pero, al hacerlo de este modo, quedaron situadas dentro del ámbito de las cuestiones políticas no judiciales, lo que al presente no permitiría revisión alguna, dado que, ciertamente se las dotó de una inmunidad que ninguna otra norma que involucre principios como el de igualdad podría ostentar.

Lo expresado permite observar la notable y profunda diferencia en el tratamiento del tema de las acciones afirmativas entre el sistema norteamericano y el argentino. En el primero, su debate ha torcido en más de una oportunidad la historia de ese país porque la independencia de la que goza el tratamiento de estos temas allí aleja a las acciones afirmativas de la provocadora idea de identificarlas solo con los segmentos a los que intentan proteger, para poder así debatir la cuestión de fondo: si la práctica democrática de un país está preparada o no para cumplir con uno de sus estándares básicos que es el ejercicio real del principio de igualdad y, por tanto, conformar un sistema de distribución de riqueza y oportunidades asequibles para todos sus ciudadanos

Uno de los efectos nocivos de alejar el abordaje de las cuestiones de fondo y someterlas a políticas de corto plazo y de sesgo voluntarista es desviar el análisis sobre los motivos reales para transformarlos en instrumentos políticos y no de política pública, lo que neutraliza reclamos legítimos y de larga data que van cobrando fuerza con el transcurso del tiempo.

Es parte de los argumentos centrales de este estudio visibilizar que posponer el tratamiento de temas como los de igualdad en las democracias modernas es simplemente retrasar debates que habrán de cobrar un alto precio a las generaciones posteriores por no resolver y poner el foco en cuestiones centrales y de fondo.

Por ello, la reflexión sobre cuestiones como los sistemas de cupo no se relaciona con las personas a quienes estos benefician, puesto que para ellas supone un ciento por ciento de efectividad. Se relaciona, más

bien, con aquellas personas que siguen quedando fuera del sistema aun con la aplicación de la norma, que es uno de los efectos más sobresalientes que se puede vislumbrar en este tipo de medidas.

Capítulo 2. Sistema de cuota o cupo laboral

1. Origen y clase

Transcurrieron casi cien años desde la sanción de una de las primeras acciones afirmativas de las que el mundo tuviera registro: el cupo laboral para personas con discapacidad, que fuera establecido al término de la Primera Guerra Mundial (1919). Las consecuencias sociales y económicas que sobrevinieron a la contienda dieron impulso a un nuevo proceso de acumulación de riqueza, y desplazaron el poder económico de Gran Bretaña a favor de países de incipiente industrialización, que poseían mayor cantidad de recursos primarios, como los Estados Unidos.

Así, se modificó profundamente el escenario político, económico y social, y el triunfo de los países aliados y la imposición de cuantiosas sanciones económicas a los países vencidos, sobre todo a Alemania por el Tratado de Versalles, produjeron un golpe sustancial a sus economías, lo que desató procesos hiperinflacionarios y fluctuaciones monetarias que desencadenaron una muy crítica y compleja situación social (Rapoport, 2012).

En su documento *Trabajo Decente para Personas con Discapacidad* (2007), la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) expresa que, a finales del año 1923, Alemania, Austria, Italia, Polonia y Francia habían adoptado el sistema de cuota laboral por lo cual los empleadores estaban obligados a contratar a mutilados de guerra. En sus inicios, este sistema solo abarcaba a heridos de guerra y, posteriormente, se amplió para cubrir a la sociedad civil en general.

Se observa que su origen no tuvo como eje central redistribuir igualdad de oportunidades bajo una coyuntura de pleno empleo, sino permitir el reingreso al esquema productivo de los hombres que regresaban heridos de la guerra. En este contexto histórico se implementa por primera vez el sistema de cuota o “cupos laborales” para personas con discapacidad, dejando a salvo que la medida estaba dirigida únicamente al sector privado y no al público.

Los sistemas de cuota fueron aplicados bajo varios modelos. Para este trabajo seguiremos el utilizado por la OIT, que retoma a la profesora Lisa Waddington, de la Universidad de Maastricht.

Waddington afirma que existen antecedentes subyacentes a los sistemas de cuota y que estos se basan en la creencia de que, sin algún tipo de intervención legislativa, las personas con discapacidad no alcanzarían ni siquiera el porcentaje especificado en la cuota dentro la fuerza de trabajo: (i) los empleadores no contratarán a muchas personas discapacitadas a menos que se les exija que lo hagan, y (ii) la mayoría de las personas discapacitadas no puede competir en igualdad de condiciones con las no discapacitadas por un

puesto de trabajo, ni ganar por méritos propios. En pocas palabras, se parte de la premisa de que las personas discapacitadas son menos válidas y menos productivas y que, para que dicha fuerza de trabajo se integre en el mercado de trabajo competitivo, debe obligarse a su contratación, y a veces, incluso, compensarse económicamente por hacerlo (OIT, 2015).

Así, bajo esa perspectiva los sistemas de cuota los pueden ser:

a) *Recomendaciones legislativas sin sanción.* Los empleadores, tanto públicos como privados, no están obligados a contratar un determinado porcentaje de trabajadores con discapacidad, pero se recomienda que lo hagan. Este sistema se utilizó en los Países Bajos desde 1986. Allí, la Ley de Empleo de Trabajadores Discapacitados introdujo como objetivo una cuota de entre el 3% y el 5% a ser alcanzada en un plazo de tres años. La cuota era voluntaria, sin sanción en caso de incumplimiento, y sin obligatoriedad de registrar a las personas con discapacidad que se ocupaban. Así, para el año 1989 solo el 2,2% de los trabajadores contratados durante más de 15 días eran discapacitados, y en 1992 la cifra había caído al 2%. El gobierno llegó a la conclusión de que no era viable una política obligatoria para todos los sectores. No obstante, a partir de ese momento se exigió a todos los empleadores que conservaran un registro de sus empleados discapacitados.

b) *Obligaciones legislativas sin sanción efectiva.* Un ejemplo de este sistema lo encontramos en el Reino Unido después de la Segunda Guerra Mundial. La Ley sobre Personas Discapacitadas (empleo) de 1944 se ha descrito como la piedra angular de los derechos de los trabajadores discapacitados en ese país. El derecho a desempeñar un empleo ordinario podía lograrse a través de un régimen de cuota que exigía que los empleadores del sector privado con veinte empleados o más tuvieran al menos un 3% de trabajadores discapacitados registrados como tales. Además, existía un régimen de ocupaciones reservadas según el cual dos ocupaciones, las de portero de ascensor eléctrico y la de vigilante de estacionamiento, debían reservarse para personas discapacitadas. Ahora bien, estar por debajo de la cuota no era considerado un delito, pero sí lo era contratar a una persona no registrada cuando se estuviera por debajo de la cuota o cuando, al hacerlo, el empleador cayera por debajo de la cuota sin estar autorizado a una exención.

El empleador que incumpliera la ley era susceptible del pago de una multa o de ir a prisión por un plazo no superior a los tres meses. Esta medida se considera sin sanción efectiva puesto que, por un lado, no se supervisó su aplicación de manera adecuada (apenas se enjuiciaron diez incumplimientos, aunque en 1993 menos del 20% de los empleadores cumplía con la cuota obligatoria) y, por otro lado, era muy alta la autorización de exenciones y excepciones. Este sistema fue abolido en el año 1996 cuando entró en vigencia la Ley sobre Discriminación por Motivos de Discapacidad de 1995. En lo que hace a su efectividad, parece haber un acuerdo generalizado en torno a la idea de que la cuota fracasó en su objetivo.

c) *Obligaciones legislativas con sanción.* Es el sistema de cuota combinada con tasas, y es el método que más interés suscitó en aquellos países que han intentado introducir o modificar un sistema de cuotas en

las décadas de 1980 y 1990. Conforme este sistema, se establece una cuota obligatoria y los empleadores que no cumplan con ella deberán abonar una tasa que, habitualmente, va a un fondo de apoyo a las personas con discapacidades.

La clasificación de Waddington abarca la mayoría de los sistemas de cuotas existentes pero se debe remarcar que lo más sustantivo de su teoría se encuentra en sus premisas subyacentes, las que considera válidas para fundamentar la existencia de las cuotas.

2. Cupo laboral en la Argentina

Si bien se realizó un recorrido sobre el derecho internacional comparado en lo referido al cupo laboral para personas con discapacidad, a continuación se delimitará el objeto de análisis de este trabajo que es el cupo laboral para personas con discapacidad en la República Argentina.

Los antecedentes internacionales que obran como fuente en el tema de trabajo y discapacidad para nuestro país hallan sustento en los Convenios 159 de la OIT sobre Rehabilitación Profesional y Empleo aprobado por Ley Nro. 23.462, en la *Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad* (1999) aprobada por Ley Nro. 25.280, y en la importantísima *Convención para los Derechos de las Personas con Discapacidad* (CDPCD) (2007), sancionada en el año 2006 por Naciones Unidas y que nuestro país incorpora al derecho interno mediante la Ley Nro. 26.378, asumiendo jerarquía supra legal conforme el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional.

Asimismo, en relación con nuestra Carta Magna, es necesario mencionar los arts. 14 y 14 bis en las normas específicas relacionadas con el trabajo y la seguridad social, y el contundente art. 75 inc. 23 de promoción de acciones afirmativas. En ningún caso la normativa específica en materia de discapacidad es incompatible con la aplicación de normas específicas sobre trabajo público y privado, es decir, con la Ley de Contrato de Trabajo Nro. 20.744, la Ley Nacional de Empleo Nro. 24.013 (que regula la política de empleo), la Ley Nro. 25.164 de Empleo Público Nacional junto con los Decretos Nros. 1.421/02 y 214/06, ratificatorios del Convenio Colectivo de Trabajo que rige a ese sector.

En nuestra historia, la primera ley relativa al empleo, discapacidad y cupo data del año 1950, la Ley Nro. 13.925 para trabajadores no videntes y amblíopes que, junto con el Decreto Nro. 11703/61, les otorgó a estos trabajadores la concesión de algunos kioscos dentro del sector público. A estas normas le siguieron las leyes Nro. 20.475 y Nro. 20.923 del año 1973 con disposiciones concernientes a la definición de discapacidad y a la fijación de un sistema de pensión por invalidez. Y, posteriormente, las hoy vigentes leyes Nro. 22.431 del Sistema Integral de Protección de Personas con Discapacidad y Nro. 24.910 del Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad. Al momento de dictarse, estas dos últimas normas mencionadas posicionaron a la Argentina como líder de la región por la cobertura y el alcance de su contenido. Este *dossier* de normas también está integrado por la Ley Nro. 26.816

que crea el Régimen Federal de Empleo Protegido para Personas con Discapacidad y la Ley Nro. 23.592 contra actos discriminatorios.

3. Sector público

La primera ley que establece un sistema de cupo laboral con porcentaje para el acceso de las personas con discapacidad al empleo público es la Nro. 20.923 de 1974, que determinaba en su art. 3 que:

... todo organismo o repartición de la administración nacional y toda empresa estatal, mixta o privada quedan obligados a ocupar mano de obra hasta un *cuatro por ciento (4%)* como mínimo del total de plazas de trabajo existentes proporcionando empleo a discapacitados, cuando éstos reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo. El porcentaje establecido por este artículo deberá mantenerse en forma constante, sea por causa de vacantes o de incremento de la dotación. Las Provincias y Municipalidades concertarán, a través de la Comisión Nacional de Discapacitados, las modalidades de aplicación del presente artículo en sus respectivas áreas.

Este primer antecedente es derogado por la Ley Nro. 22.431 del Sistema de Protección Integral de los Discapacitados que establece en su art. 8 que:

El Estado nacional —entendiéndose por tal los tres poderes que lo constituyen, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos— están obligados a ocupar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4%) de la totalidad de su personal y a establecer reservas de puestos de trabajo a ser exclusivamente ocupados por ellas.

El porcentaje determinado en el párrafo anterior será de cumplimiento obligatorio para el personal de planta efectiva, para los contratados cualquiera sea la modalidad de contratación y para todas aquellas situaciones en que hubiere tercerización de servicios. Asimismo, y a los fines de un efectivo cumplimiento de dicho 4% las vacantes que se produzcan dentro de las distintas modalidades de contratación en los entes arriba indicados deberán prioritariamente reservarse a las personas con discapacidad que acrediten las condiciones para puesto o cargo que deba cubrirse. Dichas vacantes deberán obligatoriamente ser informadas junto a una descripción del perfil del puesto a cubrir al Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos quien actuará, con la participación de la Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas, como veedor de los concursos.

En caso de que el ente que efectúa una convocatoria para cubrir puestos de trabajo no tenga relevados y actualizados sus datos sobre la cantidad de cargos cubiertos con personas con discapacidad, se considerará que incumplen el 4% y los postulantes con discapacidad podrán hacer valer de pleno derecho su prioridad de ingreso a igualdad de mérito. Los responsables de los entes en los que se verifique dicha situación se considerará que incurren en incumplimiento de los deberes de funcionario público, correspondiendo idéntica sanción para los funcionarios de los organismos de regulación y contralor de las empresas privadas concesionarias de servicios públicos.

La norma define a la discapacidad como ya lo había hecho su antecesora, pero con un enfoque diferente que pasa del estereotipo de abordaje médico al abordaje bio-psico-social. Su alcance incluye áreas como salud, educación, trabajo, accesibilidad y seguridad social. Esta ley, al ser de competencia nacional, no puede avanzar sobre las competencias de las jurisdicciones provinciales, motivo por el cual se invitó a estas a adherir mediante la sanción de sus respectivas normas, con lo que el cupo laboral de la Ley Nro. 22.431 solo rige para las entidades públicas federales.

En su redacción originaria, esta norma establecía un porcentaje de tres por ciento (3%) pero, ante su escaso y casi nulo cumplimiento por parte del mismo Estado, se modifica la norma argumentando el miembro informante del proyecto que, justamente por su incumplimiento, se eleva del 3 al 4% el porcentaje del cupo, Ley Nro. 25.689 del año 2002.

Las características centrales de la norma determinan que el porcentaje de cupo es obligatorio para el personal de planta efectiva, para los contratados, cualquiera sea la modalidad de contratación, y para todas aquellas situaciones en que hubiere tercerización de servicios. Asimismo, y a fines de su efectivo cumplimiento, las vacantes que se produzcan dentro de las distintas modalidades en los organismos deberán reservarse para las personas con discapacidad que acrediten las condiciones para el puesto o cargo que deba cubrirse. Estas vacantes deberán obligatoriamente ser informadas, junto con una descripción del perfil del puesto a cubrir, al ex Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

Los organismos que efectúen una convocatoria deberán tener actualizado los datos sobre la cantidad de cargos que cubrir y el porcentaje de personas con discapacidad que efectivamente ocupan puestos de trabajo en el ente. De no hacerlo, se considera *iuris tantum* (que admite prueba en contrario) que incumplen el 4%, por lo cual, los postulantes con discapacidad podrán hacer valer de pleno derecho su prioridad de ingreso a igualdad de mérito.

Asimismo, los responsables de las instituciones en las que se verifique dicha situación incurrirán en incumplimiento de los deberes de funcionario público. Esta penalidad es extensible a los funcionarios de organismos de regulación y contralor de empresas privadas concesionarias de servicios públicos. A su vez, el Estado debe asegurar que los sistemas de selección de personal garanticen las condiciones establecidas en el

artículo y provean las ayudas técnicas y los programas de capacitación y adaptación necesarios para una efectiva integración de las personas con discapacidad a sus puestos de trabajo.

El procedimiento establecido para que las personas con discapacidad ingresen mediante el cupo laboral es el siguiente: todos los organismos pueden realizar búsquedas de personas con discapacidad en la página web del ex MTEySS, lo que les permite seleccionarlas para cubrir diferentes puestos laborales. Así, las personas con discapacidad se encuentran incorporadas a un registro.

Cada organismo designa un único responsable que recibe una clave de acceso para realizar las consultas y selecciones de los posibles candidatos de modo directo, o bien para solicitar al ex MTEySS que lo haga. En el primer caso, cada vez que se realicen búsquedas y selecciones por medio del buscador, el organismo recibe en su cuenta de correo el certificado y el detalle de las personas seleccionadas para su entrevista. En el proceso, el ex MTEySS se comunica con el organismo a través de la Dirección Promoción de la Empleabilidad de Trabajadores con Discapacidad para ultimar detalles sobre la preselección de candidatos. Esta dirección es el área responsable de la coordinación, el asesoramiento, la consulta y la mediación de todas las acciones que involucran este Sistema y sus actores.

A su vez, la Ley Nro. 24.308 dispone que las personas con discapacidad, con prioridad para personas ciegas o disminuidas visuales, pueden acceder a la concesión de espacios para la explotación de pequeños comercios en organismos públicos dentro del Estado Nacional, entes descentralizados y autárquicos y empresas mixtas donde concurren como mínimo un promedio diario de 300 personas. El eje de esta norma es insertar a las personas con discapacidad en un ámbito laboral competitivo mediante una actividad comercial. Para ello, la Dirección de Promoción de la Empleabilidad de Trabajadores con Discapacidad lleva los registros de concesionarios, de aspirantes y de lugares disponibles.

3.1. Registro de ocupación de personas con discapacidad en el sector público

Conforme lo indica el Plan Nacional de Personas con Discapacidad, el Estado Nacional cuenta con dos políticas en la materia que necesitan ser fortalecidas y empoderadas: la obligatoriedad de garantizar un cupo mínimo de trabajadores con discapacidad en el sector público (Ley Nro. 25.689) y la promoción del acceso al empleo y la posibilidad de la obtención, conservación y progreso en un empleo protegido y/o regular en el ámbito público y/o privado (Ley Nro. 26.816).

A su vez informa que, conforme el registro de personas con discapacidad en la Administración Pública Nacional, actualmente el cupo laboral alcanza el 0.98%. Este registro solo acredita a trabajadores que hayan presentado sus certificados de discapacidad en las respectivas direcciones de Recursos Humanos. Según se detectó, los resultados están sesgados por desconocimiento, incumplimiento de los organismos, falta de incentivos a presentar el certificado y estigmatización, entre otros motivos.

Cuadro 1. Evolución de Cumplimiento en el Sector Público Nacional según semestre 2017

REGISTRO		Entidades informantes	Dotación de Referencia	Personas con Discapacidad Certificada	Porcentaje
Año 2010	1° Sem.	115	187.248	892	0,48
	2° Sem.	148	312.217	1.756	0,56
Año 2011	1° Sem.	156	340.693	1.935	0,57
	2° Sem.	159	341.537	2.265	0,66
Año 2012	1° Sem.	161	326.413	2.390	0,73
	2° Sem.	160	315.583	2.468	0,78
Año 2013	1° Sem.	157	321.386	2.471	0,77
	2° Sem.	159	328.606	2.538	0,77
Año 2014	1° Sem.	153	328.244	2.588	0,79
	2° Sem.	163	342.314	2.800	0,82
Año 2015	1° Sem.	162	355.130	3.054	0,86
	2° Sem.	160	363.826	3.197	0,90
Año 2016	1° Sem.	149	319.122	3.008	0,94
	2° Sem.	151	339.369	3.081	0,91 ¹⁰
Año 2017	1° Sem.	138	284.640	2.604	0,91
	2° Sem.	144	302.786	2.743	0,91

Fuente: Dirección Nacional de Gestión de Información y Política Salarial Subsecretaría de Planificación de Empleo Público Secretaría de Empleo Público. Sistema de Información para el control del Registro y actualización de los cargos y contratos desempeñados por personas con certificado único de discapacidad ex Ministerio de Modernización. Presidencia de la Nación, 2017, p. 26.

Los datos expuestos conciernen solo al ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, y a empresas con participación del Estado, ya que no se cuenta con datos actualizados de los poderes Legislativo y Judicial. Se intentó acceder a datos sobre el cupo en esos dos poderes específicamente, pero no se encuentran publicados.

Asimismo, se tomó contacto con la oficina responsable del tema en la Corte Suprema de la Nación. Esta expresó que esos datos no se encuentran disponibles para el público en general, puesto que sería discriminatorio para las personas con discapacidad (se debe aclarar que solo se requirió el número del cupo, sin aludir a ningún tipo de calificación personal).

Uno de los inconvenientes detectados en la formación de políticas públicas es la ausencia de contenidos específicos y cláusulas operativas. De hecho, es curioso leer que el Plan Nacional de Discapacidad se auto exija el cumplimiento del cupo laboral, ya que este es exclusivamente de aplicación al sector público, y no es extensivo al sector privado, como sucede en la mayoría de las legislaciones europeas. Por otro lado, llama a “empoderar a una política pública”, proceso que solo puede ser atribuido a un individuo, grupo social o comunidad. Estos datos revelan de alguna manera la carencia de definiciones claras y de una planificación estratégica del el tema.

3.2. Sector privado

En el sector privado existen beneficios impositivos para quienes contraten personas con discapacidad. Así, la Ley Nro. 22.431, modificada por la Ley Nro. 23.021 determina en su art. 23 que los empleadores que concedan empleo a personas discapacitadas tendrán derecho al cómputo, a opción del contribuyente, de una deducción especial en la determinación del Impuesto a las Ganancias o sobre los capitales, equivalente al 70% de las retribuciones correspondientes al personal discapacitado, en cada período fiscal. El cómputo del porcentaje antes mencionado deberá hacerse al cierre de cada período. Se tendrán en cuenta, también, las personas discapacitadas que realicen trabajos a domicilio.

En ese mismo sentido, la Ley Nro. 24.013 expresa en su art. 87 que:

... el empleador será eximido, en el primer año de contratación, del pago del 50% de las contribuciones patronales y a las Cajas de Jubilaciones correspondientes, de las asignaciones y subsidios familiares, al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y al Fondo Nacional de Empleo.

Y continúa en el art. 88, estableciendo que:

... los empleadores que contraten un cuatro por ciento (4%) o más de su personal con trabajadores discapacitados y deban emprender obras en sus establecimientos para suprimir las llamadas barreras arquitectónicas, gozarán de créditos especiales para la financiación de las mismas.

La deducción de ingresos brutos depende de cada jurisdicción, puesto que es competencia de las provincias.

3.3. Trabajo rural

En cuanto al segmento de los trabajadores rurales, por Resolución Nro. 107/15 de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario, en la actividad de cosecha y empaque de frutillas en la provincia de Tucumán, se dispuso que cuando los empleadores ocuparan personas con discapacidad, establecerán reservas de puestos de trabajo en proporción no inferior al 4% del total del personal para ser ocupados por personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad. En tal caso deberán comunicarlo a la delegación correspondiente de la Unión Argentina de Trabajadores Rurales y Estibadores (UATRE) en forma fehaciente y previo al inicio de cada temporada. En esta comunicación deberán indicar las distintas modalidades de contratación de las personas con discapacidad, como también la descripción del puesto de trabajo que cubrir.

3.4. Convenios colectivos de trabajo

La negociación colectiva es un instituto del mundo laboral que permite encauzar el conflicto entre capital y trabajo, y alcanza con ello esquemas de mayor protección para amplios segmentos de la población. Su ámbito de aplicación son los trabajadores registrados del sector privado, en su mayoría comprendidos en la Ley Nro. 14.250⁴ y el proceso de negociación se rige por la Ley Nro. 23.546.

Entre sus caracteres más destacados se puede señalar la intervención estatal en varios sentidos: i) a través del otorgamiento de la personería gremial a la entidad sindical con capacidad de negociar colectivamente mediante el dictado del acto administrativo que la reconoce como tal (Ley Nro. 23.551); ii) en la constitución de la comisión negociadora en la que el organismo de aplicación reconoce a los agentes negociadores por ambos sectores, sindical y patronal, con facultades suficientes para negociar colectivamente; y iii) la facultad de homologar los acuerdos y/o convenios arribados por las partes otorgándole el efecto *erga omnes*, es decir, que sus condiciones son aplicables a todo el universo de trabajadores comprendidos en la actividad y/o empresa a la que pertenecen con lo que se excede el ámbito propio de los negociadores.

Por eso el convenio colectivo que nace como un contrato celebrado por partes individuales resulta ser un acto o acuerdo bilateral, pero con intereses colectivos opuestos. Por lo tanto, se trata de sujetos colectivos con intereses colectivos que se asemejan a la ley mediante el acto de homologación efectuado por el poder administrativo. Así, conforme su propia naturaleza, deviene que los acuerdos colectivos son considerados fuente de derechos y, por ende, se les reconoce la creación de normas.

Pero, una de las aristas más relevantes de los convenios colectivos es la introducción de aspectos vinculados con las necesidades propias de cada actividad. En este sentido, se profundiza e innova en materias tradicionales, para generar compromisos conjuntos entre organizaciones gremiales, empresas y cámaras patronales, más allá de la centralidad que gira en torno a aspectos salariales.

Luego de esta breve sinopsis de los convenios colectivos se analizará a continuación un informe relevado por el ex Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTESS) para el período 2012-2015, en el que se indaga el tratamiento para el acceso de las personas con discapacidad al mundo laboral dentro del marco de la negociación colectiva.

3.4.1. Cláusulas de discapacidad en la negociación colectiva

El análisis de las cláusulas de discapacidad en la negociación colectiva se realizó bajo los siguientes tres criterios metodológicos: i) el universo del análisis lo constituye la negociación colectiva regulada por la

⁴ La ley 14.250 fue sancionada en el año 1953 pero su contenido ha sido objeto de permanente modificaciones por los vaivenes políticos y económicos de la Argentina. Su última modificación fue introducida por la Ley Nro. 25.877.

Ley Nro.14.250 que comprende al sector privado (excluye el trabajo agrario y a domicilio) y a algunos segmentos del empleo público, ii) se consideran los acuerdos y convenios colectivos que cuentan con contenidos más completos y más complejos, iii) se estableció una tipología de las cláusulas de discapacidad agrupada en torno a cuatro temáticas.

A su vez, los contenidos relacionados con las condiciones laborales referidas a discapacidad fueron clasificados en cuatro categorías: i) Promoción de trabajadores discapacitados: establecen los criterios que se deben cumplir para la incorporación de un trabajador, funciones a desempeñar o el porcentaje de trabajadores con discapacidad que debe ser incorporado en relación a la dotación total de la empresa. Son las más frecuentes en la negociación colectiva e incluyen también todas aquellas que hacen referencia al cumplimiento de las condiciones previstas en la normativa vigente. ii) Igualdad de trato: tratan de principios que fomentan el respeto a la diversidad o el compromiso de las partes en accionar contra cualquier expresión de discriminación y asegurar condiciones de igualdad entre los trabajadores en relación al desarrollo de sus funciones. iii) Condiciones que superan la normativa: establecen mecanismos más progresivos para la incorporación al mundo del trabajo de personas con algún grado de discapacidad, incluyendo las que pautan un porcentaje de la dotación del personal en estas condiciones en el ámbito privado. iv) Reubicación del personal por discapacidad: ofrecen una alternativa a los trabajadores que sufren accidentes de trabajo.

3.4.2. Negociaciones colectivas con cláusulas de discapacidad

En el período del estudio (2012-2015), al menos en 96 negociaciones se incorporaron cláusulas con contenidos relacionados a la discapacidad, en promedio, casi 24 negociaciones por año. En relación con el ámbito de aplicación, 61 convenios y acuerdos fueron negociados a nivel de empresa y 35, de actividad, pero en estos últimos se incorporaron el doble de cláusulas sobre discapacidad que en los primeros.

Ahora bien, en relación con la cantidad total de convenios o negociaciones firmados por año, resulta muy baja la incidencia de cláusulas con temas de discapacidad ya que no superan el 2% anual. Para el período analizado, los convenios con cláusulas sobre tema de discapacidad alcanzaron a una población total de 495.000 asalariados. La mayoría de esta población se encuentra dentro del ámbito de los trabajadores de actividades de entidades deportivas y civiles, encargados de edificio y en la industria del calzado, entre las más relevantes.

La rama, de los servicios comunitarios, sociales y personales fue la que negoció mayor cantidad de convenios y acuerdos con cláusulas de discapacidad (32). Le siguen industria y manufactura (18), electricidad, gas y agua (15). Entre las tres concentran cerca del 70% de los convenios y acuerdos con cláusulas de discapacidad. A su vez, el rubro del transporte, almacenamiento y comunicaciones, que posee una alta frecuencia de negociación, registra solo seis convenios con temas de discapacidad. Respecto a los

sindicatos que negocian con cláusulas que incluyen discapacidad, su adhesión se concentra solo en unos pocos. El 48% de esas cláusulas las negocian solo seis organizaciones gremiales.

3.4.3. Naturaleza de las cláusulas en la negociación colectiva

Asimismo, en el análisis del informe, se observa que los contenidos que más abundan en las cláusulas son aquellos referidos a la promoción de la incorporación de los trabajadores con discapacidad (70%). Así, las disposiciones más usuales establecen términos meramente declarativos sin precisar mecanismos o procedimientos operativos para lograr esos propósitos. En ocasiones, también se suelen delegar en comisiones paritarias u otras instituciones las recomendaciones o propuestas para la integración de los trabajadores con discapacidad en condiciones adecuadas para un puesto de trabajo de la actividad. Además, en algunos casos, la parte empresaria acuerda compromisos de mantener los puestos de aquellos empleados que sufren un accidente de trabajo y se deba, por tanto, adecuar sus tareas. En estos casos, el sector sindical puede formular recomendaciones relacionadas con las condiciones laborales y modalidades de desempeño.

Se introdujeron también cláusulas releativas a la igualdad de trato en el ámbito laboral referidas específicamente a los trabajadores que sufren alguna discapacidad (se registraron 15 convenios y acuerdos de este tipo). Esta clase de disposición alude al compromiso de las partes de propiciar la igualdad de trato y de oportunidades para evitar cualquier práctica que genere discriminación por discapacidad u otros factores, como los asociados por ejemplo al sexo, la religión y la orientación sexual. Es importante destacar que en 12 convenios y acuerdos se dispone mejorar las condiciones para las personas con discapacidad, mediante la negociación colectiva que supera, incluso, los beneficios que otorga la legislación vigente.

Existen en algunos convenios cláusulas que determinan un cupo mínimo de ocupación por parte de personas con discapacidad, como el convenio de los trabajadores de la Municipalidad de Salta que establece la obligación del municipio de “ocupar personas discapacitadas que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al 2% de la totalidad de su personal” (CCT 1413/14E, 2014). También, la Cámara Argentina de Productores Avícolas acordó con la Federación de Trabajadores de la Industria de la Alimentación la obligación de las empresas de la actividad de incorporar “personas discapacitadas que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4%) de la totalidad del personal del establecimiento.” (CCT 678/2013, 2013).

Los convenios colectivos son una herramienta fundamental en el mundo del trabajo. Debe tenerse presente que las partes que conforman un acuerdo tienen el poder de decidir sobre temas que trascienden los pisos de orden público impuestos en el derecho laboral e incluso, pueden incorporar una diversidad de contenidos que producirán un avance significativo en la vida de los trabajadores.

Al presente y como se viene advirtiendo, son pocas las negociaciones que se adentran en el tema de la discapacidad en el período analizado llegan a un promedio aproximado del 1% del total de acuerdos y

convenios homologados. En materia de cobertura, los convenios y acuerdos con cláusulas sobre discapacidad alcanzan alrededor de 500.000 puestos de trabajo, cifra que representa cerca de un 8% del empleo total del sector privado. La mayoría de estas cláusulas se concentran en los convenios de empresa, en los que es más sencillo viabilizarlas.

No obstante, es notable el avance obtenido en la incorporación de la temática en relación a la promoción de la contratación de trabajadores con algún tipo de discapacidad, más allá de estar concentradas en pocas actividades o sindicatos, por lo que el primer gran paso ha sido dado.

En síntesis, ni el sistema de cupo, ni las normas generales del trabajo o la negociación colectiva fueron efectivas para incorporar a personas con discapacidad al mercado laboral. Las estructuras sobre las que se asienta la discriminación de este segmento responden a cuestiones tan subjetivas y culturales que escapan *per se* a las consideraciones normativas; ello se demuestra de manera precisa en el tratamiento del tema en el derecho colectivo del trabajo, en el que solo abundaron cláusulas retóricas o voluntaristas.

Uno de los argumentos que puede explicar esta instancia es que los sistemas basados en acciones afirmativas, como los de cupo, más allá de las bondades que representen para quien se beneficie de ellos, poseen en su propia esencia la respuesta a su ineficacia. La pregunta que cabe hacerse es por qué en el caso argentino el ingreso efectivo por el cupo laboral al sector público nunca superó el 1% si el mismo sujeto que promueve la norma que está obligado a cumplir es quien la incumple.

Es muy probable que la respuesta se encuentre en la incompatibilidad de la naturaleza de la norma con la naturaleza de las cuestiones que pretende reparar. Es así que remover situaciones contumaces afincadas en la cultura, la historia o cualquier otra cuestión subjetiva requiere de políticas públicas a mediano y largo plazo con enfoque estratégico, pero sobre todo con voluntad social mayoritaria para el cambio y sostenimiento del tema en la agenda política.

Si bien las acciones afirmativas en países como los Estados Unidos produjeron cambios sustanciales en la sociedad, se podría afirmar que ello no obedeció a la obligación misma de la norma, sino al debate social generado en torno a ella. En este sentido, la discusión sobre la igualdad y el papel de esta en la democracia moderna fueron fundamentales a la hora de tomar definiciones que de manera clara se ven reflejadas en sus pronunciamientos judiciales.

Lo contrario sucede en la Argentina, donde la movilización social llega hasta la sanción de la norma y con esta pareciera agotar por lapsos de tiempo prolongados su debate sin siquiera cuestionar de manera colateral la aplicación del principio de justicia imperante. Ello puede comprobarse en la lectura de la exposición de motivos del miembro informante de la reforma del art. 8 de la Ley Nro. 22.431, que expresa que el cupo laboral del 3% para personas con discapacidad no dio resultado por lo que debía elevarse al 4%, sin profundizar en ningún otro aspecto.

Pero, la Argentina no es el único país donde estos sistemas no han sido efectivos. En el informe *Trabajo decente para personas con discapacidad: promoviendo derechos en la agenda global de desarrollo* (2015), la OIT cita un estudio de la Comisión Europea que examinó las políticas de empleo para personas discapacitadas en 18 países industrializados, y no encontró ningún caso de sistema de cuotas que hubiera alcanzado sus objetivos.

Dicho informe reconoce que los sistemas de cuotas generan recursos mediante las multas y tasas que pueden utilizarse para apoyar otras medidas de generación de empleo y que, en algunos casos, puede que no haya un número suficiente de personas con discapacidad para que los empleadores cumplan con su cuota. Sin embargo, concluye que la mayoría de los países está cambiando la tendencia y se están alejando de los sistemas de cuotas, incluso, abandonándolos por completo (como el caso del Reino Unido), con el fin de dar más visibilidad y peso a otras medidas (apoyo activo al empleo de las personas y/o leyes antidiscriminatorias más estrictas).

También, el estudio afirma que algunos países europeos, como Dinamarca, Finlandia, Suecia y otros, como Australia, Canadá y Sudáfrica, no introdujeron sistemas de cuotas en los programas diseñados para fomentar el empleo de personas con discapacidad y decidieron, en su lugar, fortalecer el enfoque basado en iniciativas voluntarias de los empleadores. A su vez, aunque en general en los Estados Unidos, se habían evitado las cuotas, el Departamento de Trabajo promulgó una normativa en 2013 en la que recomienda que los contratistas federales alcancen un 7% de contratación de personas con discapacidad. En ese sentido, es preciso mencionar que bajo la presidencia de Barack Obama y ante la recomendación de emplear en la administración federal a personas con discapacidad, se alcanzó una planta del 13% del total de ocupación.

A modo de colofón, entonces, se puede afirmar que son numerosos los resultados y estudios, tanto a nivel nacional como internacional, que indican que los sistemas de cuotas laborales para personas con discapacidad, tanto en el mercado abierto y competitivo, como en el sector público, son altamente ineficientes como política pública inclusiva. Se ha demostrado que en más de cien años de historia no se registran casos exitosos con la aplicación de este tipo de políticas, e inclusive, en algunos casos se llegó a su derogación total.

A continuación y de acuerdo con el orden de las ideas anteriormente expresadas, se desarrollarán algunos tópicos sobre el tema de discapacidad, puesto que uno de los postulados que se promueven en este trabajo es que toda política pública que regule temas de igualdad o de acceso a los beneficios que ella produce debe ser analizada de manera multidireccional para indagar en profundidad los múltiples factores que pudieran incidir en ella.

Capítulo 3. La discapacidad

1. Cambio de paradigma

La discapacidad es un fenómeno complejo, dinámico y multidimensional, por lo que diseñar políticas públicas para ella requiere de un abordaje interdisciplinario con un avanzado conocimiento teórico y práctico.

Conforme datos de la Organización Mundial de la Salud (OMS – Banco Mundial, 2011), más de mil millones de personas, un 15% de la población mundial, padece alguna forma de discapacidad. Entre 110 millones y 190 millones de adultos tienen dificultades considerables para funcionar. Las tasas de discapacidad también aumentan por el envejecimiento de la población y el incremento de las enfermedades crónicas, entre otras causas. Las personas con discapacidad tienen menos acceso a los servicios de asistencia sanitaria y, por lo tanto, necesidades insatisfechas.

A su vez, el *Informe Mundial sobre la Discapacidad* (OMS - Banco Mundial, 2011) alude a esta como parte de la condición humana:

... casi todas las personas sufrirán algún tipo de discapacidad transitoria o permanente en algún momento de su vida, y las que lleguen a la senilidad experimentarán dificultades crecientes de funcionamiento. La discapacidad es compleja, y las intervenciones asociadas a ella son múltiples, sistémicas y varían según el contexto. (p. 7)

Por ello, para definir la discapacidad se toma el concepto utilizado a nivel internacional para su validación por la *Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud* (CIF). Este clasificador asienta su eje sobre un modelo bio-psico-social y se aleja definitivamente del modelo médico representado por la *Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías* (CIDDIM) (1976) que si bien incorporaba en su marco conceptual la influencia de factores ambientales, sociales y personales, lo realizaba desde una perspectiva unidireccional de interrelación entre deficiencias, discapacidades y minusvalías.

La CIF, gestada dentro OMS, define *discapacidad* como un término genérico que abarca deficiencias, limitaciones de la actividad y restricciones a la participación, como la *interacción entre las personas que padecen alguna enfermedad (por ejemplo, parálisis cerebral, síndrome de Down y depresión) y factores personales y ambientales (por ejemplo, actitudes negativas, transporte y edificios públicos inaccesibles y un apoyo social limitado)*. Es sumamente importante remarcar que la CIF, a su vez, es un instrumento que puede también utilizarse para comprender y medir los aspectos positivos del funcionamiento de las personas con discapacidad, como las actividades y funciones corporales, la participación y la facilitación de su entorno y para poner en contexto factores personales, como motivación o autoestima, a la hora de meritarse el grado de actividad o intervención de aquellas.

La complejidad en el tema no se agota en la interacción que poseen las personas con discapacidad y su entorno, sino que debe considerarse, al momento de diseñar políticas, los condicionamientos de otros factores como los vinculados a los distintos tipos de discapacidad, el momento de la adquisición de esta o datos relacionados con la educación y actividad laboral. Esto se debe a que todos estos elementos convergen en un polo que corresponde ser estudiado de manera más pormenorizada a la hora de plantear el abordaje de las políticas que regulen el sector.

2. Estadísticas y características relevantes de la discapacidad para el ámbito del trabajo

En relación con los datos sobre la discapacidad, se debe mencionar que en nuestro país se realizaron cinco censos nacionales que incorporaron preguntas sobre la temática en los años 1869, 1895, 1914, 1947 y 1960⁵. Los censos de 1970, 1980 y 1991 no incluyeron el tema. Recién en 1999, la Ley Nro. 25.211 determinó la necesidad de que se incorporare la temática al censo del 2001 (Acuña y Bulit Goñi, 2010). Así y con el objetivo de detectar los hogares en los que habitara al menos una persona con discapacidad, se incorporó un ítem que se utilizaría para poder llevar adelante la primera *Encuesta Nacional de Personas con Discapacidad entre los años 2002-2003* (ENDI) y que se instrumentó como complementaria del Censo 2001.

La primera y única encuesta específica sobre discapacidad con la que cuenta la Argentina es la ENDI que se realizó bajo una muestra probabilística polietápica de viviendas en poblaciones de las principales localidades con más de 5000 habitantes (aproximadamente 67.000 hogares) (Acuña y Bulit Goñi, 2010). Esta se implementó en dos etapas. En la primera, durante el relevamiento del censo del 2001 se incluyó una pregunta destinada a detectar hogares con al menos una persona con discapacidad. El resultado arrojó que en la mayoría de los hogares que conformaron la muestra había al menos una persona con discapacidad. En la segunda etapa, entre noviembre de 2002 y el primer semestre de 2003, se conformó el relevamiento efectivo sobre la muestra elegida.

La importante ventaja que presenta la ENDI es haber capturado, por primera vez, gran parte de la realidad social que rodea a la discapacidad. No obstante, posee una gran limitación, y es que solo se relevaron poblaciones con 5.000 habitantes o más, y quedó excluida la población de las áreas rurales o urbanas con menos de 5.000 habitantes.

Ahora bien, los datos con los que a continuación se trabajará son los que se desprenden de ella. Es oportuno aclarar, entonces, que en los años posteriores a la ENDI, se realizaron dos relevamientos de datos sobre la discapacidad. Uno fue en el último Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas del año 2010, llamado *Censo del Bicentenario*, en el que se incluyó un cuestionario. El otro es el Estudio Nacional sobre el Perfil de las Personas con Discapacidad, realizado en el año 2018. Ninguno de ellos aplica como fuente de

⁵ Los resultados de los primeros cinco censos no pueden ser utilizados como referencia, ya que dentro del concepto de discapacidad se incluían categorías como: ilegítimos, amancebados, cretinos, imbéciles, estúpidos, opas, huérfanos de padre y madre (censo de 1869); enfermos, sordomudos, idiotas, locos, ciegos (censo de 1895); enfermos, sordomudos, idiotas, locos, ciegos, inválidos por guerra o accidente (censo de 1914) y ciego, sordo, mudo y demente en los censos de 1947 y 1960. Estas categorías dejan expuesto lo expresado.

datos para este trabajo por sus respectivas naturalezas metodológicas, ya que resultan incomparables con los datos de la ENDI por su territorialidad y especificidad. Esta última funcionó bajo un sistema de encuesta nacional, en cambio, los posteriores fueron acotados en cuanto a contenidos y a ámbitos.

3. ¿Cuántas personas están afectadas por una o más discapacidades en la Argentina?

3.1. Prevalencia⁶

La ENDI relevó información sobre temas como, tipo y causa de la discapacidad, edad de manifestación, tipo de ayuda que reciben las personas con discapacidad por parte de obras sociales, organismos estatales, organismos no gubernamentales, autovalidamiento, uso de beneficios legales y sociales, características sociodemográficas de los miembros del hogar⁷, características y adaptaciones de la vivienda, entre otros.

Conforme el o los órganos afectados del individuo, la discapacidad se clasifica en cinco tipos, a saber: motora, sensorial auditiva, sensorial visual, visceral y mental.

De acuerdo con los datos, el total de hogares que albergan al menos a una persona con discapacidad es del 20,6%. En términos absolutos sobre un total de 8.738.330 del total de hogares, al menos en 1.802.051 reside una persona con discapacidad.

Así, la prevalencia en la Argentina, es de 7 por cada 100 argentinos que declaran tener al menos algún déficit que afecta las funciones más importantes en el desarrollo de la vida diaria como caminar, pararse, sentarse, ver, escuchar, aprender o comportarse, es decir, 7.1% declara tener al menos una discapacidad.

En la población con discapacidad, la prevalencia se distribuye de manera muy diferente según los segmentos etarios, ya sea se trate de niños, jóvenes o adultos. En efecto, el 3, % recae en el grupo de 0 a 14 años, el 5,5% en el grupo de 15 y 64 años y el 28,3% de la población de 65 años y más manifiesta al menos tener una discapacidad. Es por ello que corresponde prestar especial atención al impacto de factores como el proceso de envejecimiento, que prolonga la expectativa de vida en la población total.

En relación con la edad y el sexo y en comparación con la población total, la población con discapacidad se encuentra sobrerrepresentada en los adultos mayores, ya que, de las 2.176.123 personas con discapacidad, alrededor del 12% tiene entre 0 y 14 años, la mitad corresponde al grupo de 15 a 64 años y casi el 40% son adultos mayores⁸, con especial énfasis en las mujeres.

⁶ La prevalencia, que es el análisis de la estructura de una población objetivo conforme sus variables demográficas básicas (edad y sexo) y su comparación con la población total, permite estudiar su estado y desarrollo. Así, la prevalencia es un parámetro que habilita medir un fenómeno de salud y es utilizado en políticas sanitarias o epidemiológicas puesto que indica un estado puntual o permite realizar proyecciones conforme el estudio de una población específica.

⁷ Se considera *hogar* al conformado por personas que viven bajo un mismo techo y comparten los gastos de alimentación y albergan al menos una persona con discapacidad; una persona que vive sola conforma un hogar.

⁸ Según la ENDI, se denominan adultos mayores a la población de 65 años o más.

3.2. Trabajo

El ámbito del trabajo es pluridimensional, por ello la ENDI indaga sobre varios aspectos que permiten estudiar más profundamente la inserción laboral de las personas con discapacidad comparándola con los datos de inserción de la población general. Esto habilita dimensionar sus diferencias o coincidencias. En este punto, es conveniente aclarar que para llevar adelante tal comparación, la ENDI toma como fuente de información para la población general los datos de la Encuesta Permanente de Hogares (EPH), que releva el INDEC y que permite conocer los principales indicadores laborales de la población urbana y su evolución.⁹

Tasa de actividad

Uno de los indicadores más importantes en el ámbito laboral es la tasa de actividad (cociente entre la población económicamente activa y el total de la población), puesto que esta mide la intensidad de la participación de la población en el mercado de trabajo. La tasa de actividad determina cuánta población de 14 años y más tiene una ocupación o, sin tenerla, la está buscando activamente, es decir, incluye ocupados y desocupados. Para el total de la población con discapacidad, la tasa de actividad es de 29,5%, es decir que aproximadamente 30 de cada 100 personas de 15 años o más trabajan (483.717 personas) o buscan trabajo (90.748 personas) en la semana de referencia de la ENDI. En tanto para la población total, la tasa de actividad para personas de 15 años o más es notablemente mayor y alcanza el 57,8%.

Para analizar estos resultados totales, se debe referenciar la estructura y composición de la pirámide poblacional de las personas con discapacidad, en la que se encuentra que las de 65 años y más poseen una gravitación del 39,8%. Este valor, a su vez, solo representa el 10,1% para la población total. Es importante este punto, puesto que pone en contexto los resultados, entendiendo que es razonable esperar que las poblaciones con estructuras más jóvenes posean mayor tasa de actividad. A su vez, en el comportamiento en la tasa de actividad para el grupo de 50 años o más se observa que, mientras la tasa de actividad de la población con discapacidad es de 22%, para la población total ese valor se incrementa a 41,3%.

Existen diferencias importantes que se registran en la tasa de actividad conforme los otros grupos de edad. Así, para las personas con discapacidad de entre 30 a 49 años, la tasa se eleva a 53%, mientras que para la población total, el valor se incrementa hasta alcanzar casi el 80%, y es en este grupo de edad en el que presenta la mayor diferencia. Los más jóvenes registran esta misma tendencia. Por último, si tomamos a las personas de 50 años o más, vemos que esta tasa es de 22% en población con discapacidad y, para la población total, este valor se incrementa a 41,3%. Con relación al género, la tasa de actividad de la población total de 15 años y más es mayor entre los varones (71,8%) que entre las mujeres (45,7%), y se registra la

⁹ Se debe tener presente que la EPH no es en términos metodológicos estrictamente comparable con la ENDI. Esta la utiliza como un parámetro o indicador, por ello se la toma en consideración.

misma tendencia para las personas con discapacidad, dado que la tasa de los varones es del 39,5% es mayor que la de las mujeres (21,4%).

Respecto a la relación entre el tipo de discapacidad y la participación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo, los resultados indican que las personas con discapacidad solo visual o solo auditiva representan el mayor porcentaje en la tasa de actividad, mientras que disminuye para las discapacidades solo mental y solo motora, como también para los que poseen más de una discapacidad.

Personas efectivamente ocupadas y tasa de desocupación

En relación con las personas efectivamente ocupadas y el tipo de discapacidad, la ENDI arrojó los siguientes datos: de 483.717 personas insertadas plenamente en el mercado laboral, 143.371 tienen discapacidad solo motora (29,6%), 113.370 tienen discapacidad solo visual (23,4%) y 94.435 tienen discapacidad solo auditiva (19,5%).¹⁰

Otro indicador laboral de relevancia es la tasa de desocupación (cociente entre la población desocupada y la población económicamente activa por cien). Para el total de la población general económicamente activa de 15 años y más, la tasa de desocupación es del 16,7%, mientras que la ENDI arroja una tasa de desocupación de 15,8%, lo que señala una variación mínima que no hace inferir una mayor tendencia a la desocupación de las personas con discapacidad. Ahora bien, cabe señalar que las personas con discapacidad que quieren tener una ocupación o buscan activamente una, indican que ello es de esta manera, en parte, por la dinámica propia del mercado y su relación con su situación de discapacidad. Así son 90.748 personas, de las cuales 29,5% son jóvenes, el 30,4% adultos entre 30 a 49 años y el 40,2% tienen 50 años y más. A su vez, a diferencia de lo relevado para la tasa de actividad, no hay brecha de género en este segmento para la población con discapacidad.

Categoría ocupacional

La categoría ocupacional es la inserción en el mercado de trabajo como asalariados, ya sea en establecimientos privados o públicos, como patrones que son los empleadores de trabajadores asalariados en establecimientos privados o como trabajadores por cuenta propia (aquellos que no tienen patrones), pero tampoco son empleadores de otros trabajadores asalariados. En relación con esta variable, se observa que la población con discapacidad ocupada se distribuye de manera muy diferente del total de población ocupada.

Los asalariados representan el 71,9% de la población general total. Entre las personas con discapacidad, este valor desciende al 47,5%. Asimismo en la población con discapacidad, el colectivo de trabajadores por cuenta propia representa el 42,5% y el 23,2% en el total de la población ocupada. Entre la

¹⁰ Se hace referencia solo a una discapacidad porque pueden tener dos o más.

población con discapacidad asalariada, el 63,1% trabaja en el sector privado y 74.516 lo hacen en el sector público, nacional, provincial o municipal.

Conforme los datos arrojados, en relación con otros indicadores que nos permiten merituar la precariedad laboral, se registró que el 69,5% de la población ocupada con discapacidad no hace aportes jubilatorios o no se los descuentan, lo que se profundiza en los trabajadores por cuenta propia, quienes en su gran mayoría (90%) no está dentro del sistema de seguridad social.

La ENDI indagó respecto del nombre de la ocupación y de las tareas que realizaban las personas ocupadas con discapacidad. Esto permitió medir el grado de calificación ocupacional y determinar *a posteriori* cuatro grupos considerados conforme ese parámetro:

- a) Calificación Profesional: se refiere a tareas que requieren de un conocimiento teórico de orden general y específico acerca de las propiedades de los objetos e instrumentos de trabajo y de las características del proceso de trabajo.
- b) Clasificación Técnica: se refiere a las actividades o acciones que requieren de habilidades manipulativas y de conocimientos teóricos de orden específico.
- c) Clasificación Operativa: son las tareas que requieren habilidades y/o conocimientos previos adquiridos por experiencia laboral o capacitación (formal o informal).
- d) No calificadas: son las tareas que no requieren habilidades ni conocimientos previos y que pueden realizarse mediante una breve instrucción inicial.

Según la clasificación precedente, se relevaron los siguientes datos: el 58% de las personas con discapacidad ocupadas integra el grupo de los que tienen *Calificación Operativa*; el 23,4%, corresponde a la categoría *No calificadas* (y solo el 11% tiene ocupaciones con calificación *Técnica o Profesional*). En comparación con la población general total ocupada, en estas últimas predominan la *Calificación Operativa* (43,6%) y *No calificadas* (28,7%). Sin embargo debemos resaltar que existe una diferencia importante en la calificación *Técnica o Profesional*, ya que es mucho menor en las personas con discapacidad que en la población total.

Debemos dejar sentado un dato proporcionado por la ENDI y que consideramos importante. A la población inactiva o desocupada con discapacidad (1.420.986 personas) que trabajó alguna vez (957.018 personas), se le consultó si la causa de la pérdida del trabajo fue por presentar discapacidad, y una de cada tres personas respondió de manera afirmativa. Esta proporción crece entre la población de 30 a 49 años (51,6%) y entre los 50 a 64 años (48,5%).

Se considera entonces que los datos relevados por la ENDI son de gran valor, puesto que las variables que se obtienen deben conformar un puente entre las necesidades puntuales y los diagramas de las políticas públicas. Las personas con discapacidad se encuentran estereotipadas, son un grupo muy

heterogéneo y diverso que acude y utiliza de manera diferente los mismos recursos para resolver cuestiones relacionadas con su vida.

Generalizar las políticas dirigidas a ellas puede proyectar escenarios aún más confusos puesto que la discapacidad posee una relación bidireccional con otros factores, como por ejemplo la capacidad económica de las familias, la educación o la pobreza. En este sentido, es trascendental registrar la interacción de la discapacidad con otras variables, ya que podrían indicar alternativas diversas en la selección de instrumentos públicos.

Un estudio que presenta el Informe Mundial sobre discapacidad (2011) indica que en 56 países en desarrollo, las personas pobres experimentaban una salud peor que aquellas que tienen una situación económica más holgada. La pobreza puede dar lugar a condiciones de salud vinculadas a la discapacidad, como bajo peso al nacer, desnutrición, falta de agua potable, saneamiento, condiciones laborales o viviendas inseguras, medioambiente contaminado, entre otros factores. Por consiguiente, numerosos elementos condicionantes de la discapacidad están más vinculados a las decisiones estructurales del Estado que a una condición médica o genética.

La incidencia de factores bidireccionales arroja un planteo que se encuentra intrínsecamente unido a la capacidad de respuesta de los sistemas políticos en relación con la distribución de oportunidades, bienes o servicios. Es decir, a la medición real del nivel de igualdad que opera en los pilares de una sociedad en particular.

4. Conclusiones

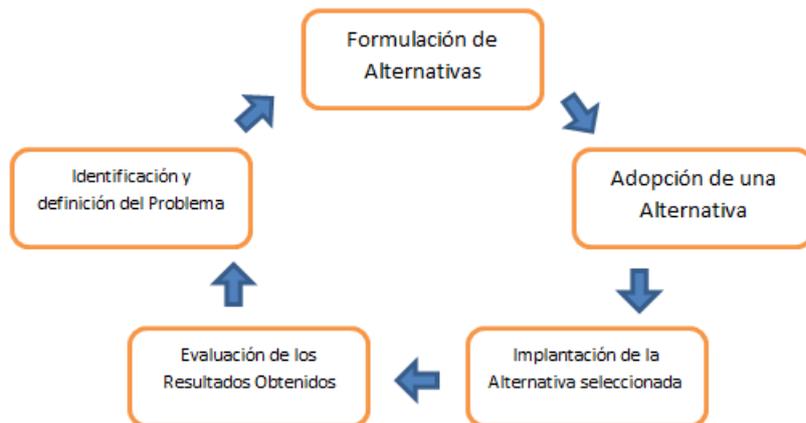
Mi rol - y es una palabra que tiene demasiada fuerza- consiste en mostrar a la gente que es mucho más libre de lo que se siente, que las personas aceptan como verdad, como evidencia ciertos temas que se han construido en un determinado momento de la historia, y que esa presunta evidencia puede criticarse y destruirse. El papel del intelectual consiste en modificar algo en la mente de las personas.

Michael Foucault, *Vigilar y Castigar*

Los temas tratados en este estudio: discapacidad, trabajo y políticas públicas han sido objeto de profundas transformaciones. Por ello, fueron abordados desde su aspecto histórico, filosófico y jurídico. Aspectos incorporados como parte del desarrollo argumental del análisis para mostrar diversas e incluso contrapuestas corrientes de pensamiento.

Si bien las políticas públicas son decisiones y acciones impulsadas por los gobiernos para resolver los problemas públicos, un rasgo crítico de su diseño obedece a la necesidad de obtener los insumos y la información necesaria para la toma de decisiones. El proceso de construcción de toda política pública es asimilable conceptualmente a la noción de *sistema*, que se inicia cuando el gobierno detecta o reconoce la

existencia de un problema público y finaliza con la evaluación de los resultados obtenidos. Este proceso se presenta bajo un esquema de fases que deben ser analizadas, puesto que se encuentran relacionadas entre sí, como puede observarse en la siguiente figura:



Fuente: Elaboración propia

A su vez, el impacto no solo conceptual, sino de la tecnología del presente se ve reflejado, sobre todo, en el desarrollo de la última fase del proceso, *la evaluación*, a tal punto que en la actualidad, se promueve la gestión por resultados en el sector público, algo impensado de proponer décadas atrás. Las fases de la política pública deben ser pensadas no como una serie concatenada de hechos, sino de acciones y propósitos que hoy sí pueden ser evaluados.

Es dentro de este renovado contexto que se pretende proponer un abordaje diferente a temas de larga data. Así, las políticas de acción afirmativa como el cupo laboral para personas con discapacidad, cuyo origen se encuentra en las postrimerías de la Primera Guerra Mundial, deben ser revisadas no solo a la luz de sus resultados objetivos, sino que se debiera profundizar sobre el alcance de los argumentos que fundamentan su aplicación.

De esta manera, si se disecciona en términos simples la norma vigente de cupo laboral para personas con discapacidad (art. 8, Ley Nro. 22.431), se observa en primer término, que su ámbito de aplicación se reduce solo al sector público (Estado Nacional -los tres poderes- sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos) y queda exento de obligaciones el sector privado. Asimismo, las jurisdicciones provinciales, por cuestiones de competencias naturales entre Nación y Provincias, deberán o bien adherir por otra norma o bien dictar su propia legislación sobre el tema.

Además, si se analiza el alcance de la norma, se advierten las siguientes limitantes: i) por su competencia natural, como se adelantara en el párrafo que antecede, es de aplicación solo para el ámbito federal y sus jurisdicciones, ii) exige acreditación de idoneidad para el puesto o cargo a cubrir cuyo fundamento es resguardar y respetar el principio de igualdad consagrado en la Constitución Nacional y iii) exige cumplimentar una serie de requisitos procedimentales establecidos en su reglamentación de la ley, que de ninguna manera son exigidos para el resto de aspirantes sin discapacidad en el sector público.

Por lo que, como conclusión de lo expresado, se desprende que quedarían en principio excluidas de los alcances de la norma las personas con discapacidad que: i) no residan o no tengan posibilidades de trasladarse a los lugares de residencia de los organismos dependientes del Estado Nacional; ii) los adultos mayores puesto que, si están en edad jubilatoria, es obligatorio acogerse a esta y poseen una incidencia del 40% por ser su edad un factor discapacitante, tal como se analizara en la composición de la pirámide poblacional; y iii) las que poseen discapacidad mental o más de una discapacidad, por el solo requisito de acreditación de idoneidad para el cargo público.

Comprender que estas normas poseen en su propia naturaleza la cualidad de violentar el principio de igualdad eximiría al legislador de adicionar requisitos como los de idoneidad, que terminan funcionando más como una barrera de ingreso que como un beneficio. Si se aplicara la norma conforme su texto, sería muy improbable que las personas con discapacidad mental o las que poseen más de una discapacidad pudieran acceder a los cargos reservados por el sistema de cupo.

Se debe resaltar que los resultados muestran también que las personas con discapacidad parten de un piso de oportunidades muy por debajo de la mayoría de la población y deben convivir, en la mayoría de los casos, con barreras físicas, ambientales y sociales ausentes en la vida cotidiana del resto de los individuos.

Asimismo, los datos oficiales parecen respaldar con una errática e ineficaz evolución que el sistema de cupo laboral es altamente ineficiente. Los números arrojan que para el período 2010-2017 en el Estado Nacional no se alcanzó a cubrir siquiera el 1% de la planta de trabajadores bajo cualquier modalidad, independientemente de cuán grande o pequeña fuera su estructura.

Cuando se citaron los argumentos históricos y filosóficos de este tipo de acciones, la intención fue dimensionar si tanto su origen, como su naturaleza, en relación con los fines perseguidos, inciden directamente en la falta de resultados.

Acerca de su origen, se debe recordar que el sistema de cupo laboral para personas con discapacidad, una de las primeras acciones afirmativas de las que se tiene constancia, no surgió como una medida de política pública a mediano o largo plazo, sino como una acción de urgencia de los estados europeos al término de la Primera Guerra Mundial. Así, ante la situación de emergencia social y económica y, en virtud de la necesidad de reincorporar a los hombres que estuvieron en el frente bélico al aparato productivo, se

dictaron las primeras normas sobre cupo que estaban dirigidas solo a proteger a los heridos y mutilados de guerra y no a la población civil.

En el mismo sentido, con respecto a su naturaleza, estas se diseñan bajo la idea de que poseen la potencia necesaria para remover obstáculos o barreras contumaces que tienen por objeto excluir o discriminar a determinados segmentos o grupos sociales por causas diversas como raza, condición sexual, condición de salud, entre otros, pero, ¿poseen tal entidad?

Si se observa detalladamente la estructura de la norma, existe una identidad entre los sujetos obligados y los sujetos productores de los hechos que le dieron origen. Dicho de otra manera, la norma obliga o constriñe a quienes, por lo habitual, son generadores de los hechos gravosos para que estos depongan y modifiquen sus actitudes, las que, por lo general, responden a cuestiones que pueden llevar mucho tiempo gestándose y recreándose con la idea permanente de persistir. No se trata de conductas aisladas o eventuales, sino que se constituyen mediante una serie concatenada de sucesos que indican un convencimiento subjetivo de su derecho a existir.

En idéntico sentido, se observa la concordancia que existe en relación con el principio de igualdad. Así, los fundamentos que le otorgan validez a este tipo de normas (la necesidad de tratar de restaurar un equilibrio en las oportunidades por las fallas del sistema en la aplicación del principio de igualdad) son los mismos fundamentos que se requieren para validar su propia existencia (las normas de este tipo por su naturaleza intrínseca violentan de manera inexorable el principio de igualdad que intentan proteger). Por esto es que tanto origen como finalidad parten de los mismos fundamentos, lo que de alguna manera pareciera funcionar como un contrasentido.

Lo expresado en el párrafo precedente fue el motivo central para puntualizar el análisis y el tratamiento de este tipo de acciones en el sistema norteamericano, ya que tanto su jurisprudencia como doctrina le otorgan un lugar preferencial a su debate por el sitio que ocupa como pilar básico de la democracia moderna, instancia esta que al parecer es prescindible para nuestro orden institucional.

Por consiguiente, este abordaje es importante en un doble sentido. En uno amplio, para comprender que implementar una acción como la de cupo indica un reconocimiento tácito e indirecto del fracaso de las políticas distributivas e igualitarias de un Estado, lo que lleva a la confusión muy probable del esquema de los problemas básicos que resolver. Y, en un sentido más estricto, para otorgar mínimas concesiones a los sectores sociales cuyos reclamos residen en los esquemas redistributivos, con el fin de neutralizarlos de alguna manera y conservar así el *statu quo* imperante.

Amartya Sen en su *Teoría de las capacidades* sostiene que la democracia tiene que ocuparse, mediante el gobierno de la mayoría, de los derechos de las minorías, y deben considerarse cuidadosamente las consecuencias de las políticas que se aplican sobre los sectores excluidos, como magistralmente lo expresa “incluir en condiciones de desigualdad es peor que excluir” (2009, p. 29).

La exclusión se diferencia de la inclusión desigual, ambos son conceptos clásicos de injusticia muy utilizados en la teoría marxista (hace referencia al trabajador en condiciones de explotación) y son transversales a las diferentes corrientes de pensamiento (Sen y Kliksberg, 2009). En consecuencia, es preciso enfatizar que los instrumentos que involucren temas de igualdad o ética deben estar cuidadosamente diseñados y deben tener un seguimiento en su ejecución para poder estudiar sus resultados, ya que estos obran como herramientas disuasivas del reclamo de sectores excluidos. En su teoría, Sen afirma que no solo es relevante aquello que la persona “termina por hacer”, sino también lo que ella es de hecho “capaz de hacer” (Sen, 2011, p. 265).

El objetivo de las políticas igualitarias se aglutina para neutralizar al máximo las causas y también las consecuencias de los mercados económicos y sus fallas, la exclusión masiva de sectores por causas ideológicas, los sistemas burocráticos grandes y descontrolados, las crisis financieras internas, las grandes corrientes migratorias por cuestiones humanitarias y las consecuencias desencadenadas por la globalización, entre otros fenómenos. Así es que las políticas, cuyos objetivos apunten a estos núcleos, deben ser transversales y cuidadosamente diseñadas.

Históricamente, los organismos internacionales impulsan la creación de oportunidades de empleo para sectores como los de las personas con discapacidad para su ingreso al mercado regular, incluyen incentivos económicos para alentar a los empleadores a proporcionar formación profesional y a realizar adaptaciones razonables de los lugares de trabajo, equipos, indumentaria y las tareas que desarrollar.

Asimismo, para el sector gubernamental, propician la promoción del empleo protegido, formación profesional, orientación profesional, servicios de colocación para personas con discapacidad administrados por organismos no gubernamentales, eliminación gradual de las barreras físicas arquitectónicas o relativas a la comunicación, difusión de información sobre ejemplos de casos efectivos de integración con éxito en el empleo, exención fiscal para el material de formación y los dispositivos auxiliares e instrumentos específicos, entre otras políticas.

En un futuro muy cercano se estima, sobre la base de datos del Foro Económico Mundial y la OIT, una pérdida neta de 3,4 millones de puestos de trabajo hacia 2030 (entre el 1% y el 2% del empleo de América Latina), concentrada en la industria manufacturera, funciones administrativas y de apoyo y la construcción. Parte de estas funciones (administrativas) son los puestos de trabajo ocupados hoy por quienes ingresaron y, aún hoy lo hacen, por el sistema de cupo laboral al empleo público.

La OIT realiza una diferencia muy importante entre lo que se considera un empleo, definido como el "trabajo efectuado a cambio de un pago (salario, sueldo, comisiones, propinas, pagos a destajo o pagos en especie)", sin importar si es en relación de dependencia, si es empleo dependiente-asalariado o independiente-autoempleo y lo que es un trabajo, cuya definición guarda relación con el análisis del empleo, pero con un alcance mayor.

Así, cuando se hace referencia al empleo, se debe examinar un puesto determinado para identificar las tareas específicas que este requiere, pero para analizar un trabajo, deben examinarse varios o incluso muchos empleos al mismo tiempo. Al igual que el análisis del empleo, el análisis del trabajo es pormenorizado y sistemático; el resultado, sin embargo, es diferente. El análisis del empleo identifica las tareas y obligaciones de un puesto de trabajo, mientras que el análisis del trabajo pone de manifiesto la existencia de nuevos puestos potenciales y la necesidad de reorganizar y reestructurar el esquema laboral dentro del que se desarrolla.

Resulta un hecho innegable que la cuarta Revolución Industrial producirá la destrucción de muchos de los empleos tradicionales, pero será también la que otorgará la posibilidad de crear nuevos puestos de trabajo y es allí donde el Estado debe priorizar la inclusión de los sectores menos favorecidos de la sociedad, y detectar, mediante el análisis de los puestos requeridos y las capacidades de las personas que integran los cuerpos más relegados de la estructura social, la equivalencia natural para así otorgarles una posibilidad cierta y real de independencia y autosatisfacción de sus necesidades.

Se debe remarcar que de los resultados de las políticas basadas en acciones afirmativas, como los sistemas de cupo, se desprende que no representan genuinamente una alternativa eficiente para la integración de los sectores excluidos, más allá de lo que signifique para quienes consiguieron ingresar a un empleo, por ejemplo, bajo estas condiciones. En este estudio, el tratamiento tiende a observar el comportamiento general de la norma y no sus particularidades, por lo tanto el juicio de valor no recae sobre su validez, sino su eficacia general.

Es difícil imaginar un futuro lejano, pero el que se aproxima no posee las características propias de los empleos ni de los trabajos del siglo XX. Tanto el sector integrado por los empleadores como por los trabajadores y, particularmente, el Estado deben hacer foco de manera urgente en las capacidades y habilidades que se requerirán para el desarrollo de las nuevas actividades productivas e, incluso, de las ocupaciones en el mismo Estado, dado que será una oportunidad inestimable para articular la incorporación de los sectores menos favorecidos o excluidos de una sociedad.

Las condiciones laborales vigentes serán solo un recuerdo en escasos años venideros, ya que, no solo se están modificando las condiciones socio-laborales, sino que la cultura de las nuevas generaciones de trabajadores no responde a los parámetros o criterios anteriores. Medir en términos contemporáneos los momentos que se avecinan es partir ya de un diagnóstico con un alto margen de error.

En particular, en relación con las personas con discapacidad la CIF puede ser utilizado para determinar cuáles son las capacidades o habilidades que poseen las personas con discapacidad, sin necesidad de recluirlas en puestos en el Estado en los que por lo general son olvidadas, ya que no existe ningún control sobre su evolución, ni hay estudio alguno sobre la carrera que ellas pueden desarrollar.

Conforme datos de la OIT, las personas con discapacidad representan alrededor de mil millones en el mundo y alrededor del 80% está en edad de trabajar. Pero estas se enfrentan a enormes barreras actitudinales, físicas, de infraestructura e información, entre otras. Esto dificulta significativamente su acceso a la igualdad de oportunidades en el mundo del trabajo, aumenta las tasas de desempleo e inactividad económica y expone a las personas en esta situación a mayores riesgos por la protección social insuficiente. Es por ello que hoy la ciencia y las tecnologías del conocimiento imponen un nuevo lenguaje, así el desarrollo y trabajo sobre *blockchain*, realidad virtual, *app economy*, inteligencia artificial o robótica, entre otros, otorgan la posibilidad de transformar la realidad laboral de estos sectores. Además, las herramientas para hacerlo están al alcance de todos.

El profesor de la Universidad de Harvard, Michael Sandel (2008), propone que debates de siglos sean abordados desde nuevos horizontes. Sugiere la necesidad de que la nueva política se enfrente a los problemas morales sin refugiarse en la neutralidad de elección individual y la libertad de hacerlo. Además, induce a elaborar una política que enfrente los dilemas morales o de justicia de una manera más seria. La política del bien común debe exigir no solo consenso, sino debate de un compromiso cívico, en el que las discrepancias fueran fundamentadas y públicas para cultivar nuestras virtudes cívicas.

Este autor sintetiza lo que se pretende provocar en este estudio: interpelar el pensamiento crítico frente a cuestiones que llevan décadas sin ser resueltas y que se repiten y se convierten en asuntos públicos crónicos, porque las sociedades no están dispuestas a dar los debates centrales sobre ellas. Se reitera que no es la pretensión de este trabajo realizar un juicio de valor sobre las políticas de acción afirmativa en relación con su validez, sino con su eficacia y con la pérdida de oportunidad que genera el no debatir alrededor de estos temas, que generalmente son acallados durante largos períodos de tiempo.

Bibliografía

- Acuña, C. y Bulit Goñi, L. (Comps.). (2010). *Políticas sobre la discapacidad en la Argentina*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.
- Aristóteles. (2003). *La Política*. Buenos Aires: Ediciones Libertador.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1965). *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>.
- Bidart Campos, G. J. (1997). *Economía, Constitución, y Derechos Sociales*. Buenos Aires: EDIAR.
- Bidart Campos, G. J. (2003). *Manual de la Constitución Reformada Tomo I*. Buenos Aires: EDIAR.
- Bidart Campos, G. J. (2004). *Manual de la Constitución Reformada Tomo III*. Buenos Aires: EDIAR.
- Carpio, A. P. (2018). *Principios de Filosofía. Una introducción a su problemática*. Buenos Aires: Paidós.
- Dahl, R. (1999). *La democracia. Una guía para los ciudadanos*. Buenos Aires: Taurus.
- Dahl, R. A. (2008). *La igualdad política*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

- Days, D. (1999). Acción Afirmativa. En Gargarella R. (Comp.), *Derecho y grupos desventajados*. (pp. 41-67). Barcelona: Gedisa.
- Dworkin, R. (1999). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Foucault, M. (2002). *El orden del Discurso*. Buenos Aires: TusQuets.
- Foucault, M. (2008). *La verdad y las formas jurídicas*. Buenos Aires: Gedisa.
- Garcé, A. y Uña, G. (Comp.). (2006). *Think Tanks y políticas públicas en Latinoamérica: dinámicas globales y realidades regionales*. Buenos Aires: Prometeo Libros.
- Gargarella, R. (Comp.). (1999). *Derecho y grupos desventajados*. Barcelona: Gedisa.
- Gargarella, R. (2013). *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona: Paidós.
- Greenberg, J. (2005). Argumentar en el caso Brown. En *eJournal USA. Temas de democracia*, Vol. 10, Nro. 2, 22-26. Recuperado de https://photos.state.gov/libraries/amgov/30145/publications-spanish/Supreme_Court_United_States_0405sp.pdf abril 2005.
- Goñi, C. A. (2010). *Políticas sobre la Discapacidad en la Argentina*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.
- Habermas, J. (1999). ¿Aprender a fuerza de catástrofes? Diagnóstico retrospectivo del breve siglo XX. *La Balsa de la Medusa*, N° 50, 3-22.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censo, Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas con Discapacidad. (2005). *La población con discapacidad en la Argentina. Encuesta Nacional de Personas con Discapacidad (ENDI)*. Buenos Aires: Publicaciones del INDEC.
- Jefferson, T., Madison, y otros. (2003). *La declaración de Independencia y la Constitución de los Estados Unidos de América*. Washington, DC: Cato Institute. Recuperado de <http://biblioteca.Libertyfund.org/bibliotecadelaliberdar/la-declaracion-de-independencia/enmiendas-la-constitucion-de-los-estados-unidos-de-america>.
- Kliksberg, A. S. (2007). *Primero la Gente. Una mirada desde la ética del desarrollo a los principales problemas del mundo globalizado*. Barcelona: Ediciones Deusto.
- Ministerio Público Fiscal. (2018). *Igualdad y no discriminación Dictámenes del ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012 - 2018) - Dirección General de Derechos Humanos y Dirección de Relaciones Institucionales* Recuperado de <https://www.mpf.gov.ar/dgdh/files/2016/02/DGDH-cuadernillo-2-Igualdad-y-No-Discriminaci%C3%B3n.pdf>.
- Naciones Unidas. (2006). *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo*. Recuperado de <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/convencion-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-2.html>.
- Nicosia, Alberto Oscar s/ recurso de queja. (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1993). Recuperado de <http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-nicosia-alberto-oscar-recurso-queja-fa93000551-1993-12-09/123456789-155-0003-9ots-eupmocsollaf>
- Nino, C. S. (2003). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Nino, C. S. (2014). *Un país al margen de la Ley*. Buenos Aires: Ariel.
- Nussbaum, M. C. (2012). *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*. Barcelona: Paidós.
- Ocampo, J. A. (Ed.). (2015). *Gobernanza Global y Desarrollo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.
- Oficina Internacional del Trabajo. (2010). *Discapacidad en el lugar de trabajo: Prácticas de las empresas*. Ginebra.
- Oficina Internacional del Trabajo. (2015). *Trabajo decente para personas con discapacidad: promoviendo derechos en la agenda global de desarrollo*. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---ifp_skills/documents/publication/wcms_430938.pdf.
- Organización de Estados Americanos. Tratado Multilateral. (1999). *Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*. Recuperado de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html>

- Organización Mundial de la Salud. Banco Mundial. (2011). *Informe Mundial sobre la Discapacidad*. Ginebra. Recuperado de <http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health>.
- Ortega y Gasset, J. *La rebelión de las masas*. (2005). Madrid: Revista de Occidente Alianza universidad.
- Presidencia de la Nación, Ministerio de Modernización. (2017). *Sistema de Información para el control del Registro y actualización de los cargos y contratos desempeñados por personas con certificado único de discapacidad*. Recuperado de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_rcpd_semestre_2_2017.pdf
- Rapoport, M. (2012). *Historia Económica, política y social de la Argentina (1880-2003)*. Buenos Aires: Emecé.
- Sandel, M. J. (2008). *Filosofía pública. Ensayos sobre moral en política*. Barcelona: Marbot Ediciones.
- Sen, A. (2011). *La idea de la Justicia*. Montevideo: Taurus.
- Sen, A. y Kliksberg, B. (2009). *Primero la gente: una mirada desde la ética del desarrollo a los principales problemas del mundo globalizado*. Buenos Aires: Temas. Stern, F. A. (2005). *El estigma y la discriminación*. Buenos Aires: Noveduc.
- Soria de Guerrero, Juana Ana c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A. (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1963). Recuperado de <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-soria-guerrero-juana-ana-bodegas-vinedos-pulenta-hnos-sa-fa63000009-1963-09-20/123456789-900-0003-6ots-eupmocsollaf?>
- The Unites States Department of Justice. (s.f.). Title VI of the Civil Rights Act of 1964. Recuperado de <https://www.justice.gov/crt/fcs/TitleVI>.
- Tilly, C. (2017). *Democracy*. Madrid: Akal.
- World Health Organization & Instituto Nacional de Servicios Sociales. (1994). *Clasificación internacional de deficiencias, discapacidades y minusvalías: manual de clasificación de las consecuencias de la enfermedad: publicada de acuerdo con la resolución WHA29.35 de la Vigésimonovena Asamblea Mundial de la Salud, Mayo 1976*. Recuperado de <https://apps.who.int/iris/handle/10665/131983>.