

DERECHO AL TRABAJO Y ACCIONES
AFIRMATIVAS.

CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD.

AUTOR: FABIÁN PITA GUSSONI

TUTOR: HUGO BARRETTO GHIONE

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD
DE LA REPÚBLICA

ESCUELA DE POSGRADOS

MAESTRÍA EN DERECHO DEL TRABAJO Y
SEGURIDAD SOCIAL

ÍNDICE

Introducción	6
<u>Capítulo I. Principio de igualdad y no discriminación con relación al trabajo</u> ---	
-----	11
1.1 El artículo 8 de la Constitución y el principio de igualdad	11
1.2. Principio de igualdad y no discriminación con relación al trabajo en la doctrina-	
-----	13
1.3. Dimensión horizontal de la igualdad-----	15
1.4. El derecho del trabajo y la protección de colectivos vulnerables-----	18
1.5. Tipos de discriminación	20
1.6. Tratamiento del tema discriminación y acciones afirmativas en la dogmática	
laboral uruguaya-----	21
1.7. Igualdad como no sometimiento, desigualdad estructural, categorías	
sospechosas-----	24
<u>Capítulo II. El derecho al trabajo</u>	25
2.1. Derecho al trabajo	25
2.2. Alcance del derecho al trabajo-----	26
2.3. Derecho al trabajo. Normativa internacional-----	26
2.3.1. Normas originadas en Tratados y Declaraciones Internacionales-----	26
2.3.2. Normas de la Organización Internacional del Trabajo	30
2.4. Derecho al trabajo en el derecho comparado	31
2.4.1. Derecho al trabajo en España	31
2.4.2. El derecho al trabajo en la normativa argentina	32
2.4.3. El derecho al trabajo en la normativa chilena	33
2.4.4. Derecho al trabajo en la normativa uruguaya	33
2.4.5. Derecho al trabajo y derecho al empleo (derecho del empleo)	36

2.5. Momento de acceso al trabajo o etapa precontractual -----	37
--	----

Capítulo III. Acciones afirmativas. Conceptualización-----42

3.1. Concepto de acción afirmativa, acción positiva, discriminación positiva, discriminación inversa -----	42
--	----

3.2. Distintos Enfoques sobre las acciones afirmativas-----	43
---	----

3.3. Algunos caso paradigmáticos sobre acciones afirmativas-----	45
--	----

3.3.1. El caso Bakke-----	46
---------------------------	----

3.3.2. Caso Kalanke-----	50
--------------------------	----

Capítulo IV Normativa sobre igualdad de acceso al trabajo y acciones afirmativas en el Uruguay -----52

4.1. Normativa sobre igualdad de acceso al trabajo y acciones afirmativas en el Uruguay -----	52
---	----

4.1.2. Normas constitucionales-----	52
-------------------------------------	----

4.1.3. Principales normas de rango legal-----	53
---	----

4.1.3.1. La ley 16.045 sobre igualdad de trato y oportunidades para ambos sexos en la actividad laboral -----	53
---	----

4.1.3.2. Ley 19.122. Normas para favorecer la participación educativa y laboral de las personas afrodescendientes -----	54
---	----

4.1.3.3. El caso de la ley integral para personas trans N° 19.684 -----	57
---	----

4.1.3.4. Ley 19.133 de empleo juvenil -----	59
---	----

4.1.3.5. Ley 19.689 de incentivos para la generación de nuevos puestos de trabajo-----	60
--	----

4.1.3.6. Ley 19.973 de políticas activas de empleo para jóvenes, mayores de 45 años y persona con discapacidad -----	62
--	----

4.1.3.7. Ley 19.889, artículo 105, personas víctimas de delitos violentos-----	67
--	----

4.1.3.8. Ley 18.516 de mano de obra local -----	68
---	----

Capítulo V El concepto jurídico de discapacidad. Modelos históricos del abordaje de la discapacidad -----71

5.1. Modelos de abordaje de la discapacidad -----71

5.1.2. El modelo de prescindencia -----71

5.1.3. Modelo rehabilitador -----73

5.1.4. El modelo social -----74

Capítulo VI Normas sobre discapacidad y trabajo a nivel internacional y en el derecho comparado -----76

6.1. Normas de discapacidad y trabajo a nivel internacional -----76

6.1.2. Normas de la OIT -----76

6.1.3. Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad -----77

6.1.4. 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad -----79

6.2. Normas sobre discapacidad y trabajo en el derecho comparado-----81

6.2.1. Normas sobre discapacidad y trabajo en Paraguay -----81

6.2.2. Normas sobre discapacidad y trabajo en Chile -----84

6.2.3. Normas sobre discapacidad y trabajo en Argentina-----86

6.2.4. Normas sobre discapacidad y trabajo en Brasil-----88

6.2.5. Normas sobre discapacidad y trabajo en España-----92

Capítulo VII Normas sobre discapacidad y trabajo en el Uruguay -----98

7.1. Diferencias entre incapacidad y discapacidad-----98

7.2. Normas Constitucionales referidas a la discapacidad-----102

7.3. Evolución de las normas legales sobre discapacidad y trabajo en el Uruguay--
-----103

7.3.1. Ley N° 16.095 de protección integral de las personas discapacitadas ----103

7.3.2. Ley 18.651 de protección integral de personas con discapacidad -----105

7.3.2.1. Proceso de elaboración de la ley -----105

7.3.2.2. Contenidos preliminares-----	107
7.3.2.3. Contenido referido al trabajo-----	109
7.3.3. Ley de empleo para personas con discapacidad en el sector privado, Ley N° 19.691 y decreto reglamentario 73/019 -----	110
7.3.3.1. Elaboración del proyecto de ley -----	110
7.3.3.2. Exposición de motivos -----	111
7.3.3.3. Ámbito de aplicación -----	112
7.3.3.4. Sanciones por incumplimiento -----	114
7.3.3.5. Beneficios a las empresas -----	114
7.3.3.6. Comisión Nacional de Inclusión Laboral -----	115
7.3.3.7. Apoyo laboral -----	116
7.3.3.8. Licencia especial -----	117
7.3.3.9. Despido especial -----	117
7.3.3.10. Difusión de los llamados-----	118
7.3.4. Talleres de producción protegida. Ley N° 19.159 -----	118
7.3.4.1. Concepto de taller de producción protegida-----	119
7.3.4.2. Objetivos-----	120
7.3.4.3. Promoción-----	120
7.3.4.4. Cantidad de trabajadores con discapacidad por taller-----	120
7.3.4.5. Beneficios fiscales -----	121
7.3.4.6. Preferencias en la contratación pública-----	121
7.3.4.7. Contratación de personas con discapacidad por la ley. Régimen laboral especial -----	122
7.3.4.8. Solicitud de lista de personas con discapacidad-----	122
7.3.5. Obligación de realizar ajustes razonables -----	123
Capítulo VIII. Conclusión-----	127

Introducción

Selección y delimitación del tema

El propósito del presente trabajo es el abordaje de las acciones afirmativas como mecanismos para la concreción del derecho al trabajo. Se analiza entonces el concepto de las acciones afirmativas, cuáles son las justificaciones que se señalan para su implementación, y las críticas que se le han hecho. Asimismo, se presentan algunos casos paradigmáticos de acciones afirmativas, en las cuales han sido cuestionadas, en los casos presentados en temas raciales y de género. También se aborda el vínculo de las acciones afirmativas con la igualdad y la no discriminación.

Se hará un relevamiento de la normativa internacional sobre el derecho al trabajo, así como también en otros países en general de la región para recalar finalmente en la normativa uruguaya.

Posteriormente se hará una revisión de la normativa uruguaya sobre acciones afirmativas como herramientas para poder concretar el derecho al trabajo de distintos colectivos que pueden caracterizarse como vulnerables. También enumeramos algunas normativas que contienen mecanismos de acción afirmativa, que en algún caso no tiene que ver con colectivos en situación de vulnerabilidad o desaventajado per se, así como normas que en apariencia no consisten en una acción afirmativa, pero suponen una política diferenciada laboral destinada a poblaciones específicas.

Luego de este desarrollo, el objetivo es centrar el estudio en las normas de acción positiva para las personas con discapacidad. En este sentido, se introducen primero los tres modelos por los que ha transitado el tratamiento de la discapacidad a través de la historia y lo sigue haciendo. En el transcurso de todo el trabajo se van identificando normas sobre discapacidad a su vez o disposiciones y se advierte cuándo algunas se acercan más a uno u otro modelo.

Se hará una revisión de la normativa internacional, y se subraya la influencia de la Convención de los derechos humanos para las personas con discapacidad del año 2006.

Justificación del tema seleccionado

Como han señalado algunos autores mencionados en el presente trabajo, el momento del acceso al trabajo no es el que más ha sido abordado por la doctrina laboral así como por la normativa laboral mayoritaria. Esto se ha dado así porque en general, el carácter tuitivo del derecho del trabajo se ha detenido más a garantizar la protección en el transcurso de la relación laboral, por el carácter de continuado en el tiempo que tiene el trabajo. Lo mismo ha sucedido con la finalización de la relación laboral, ya que en el origen del derecho laboral tradicional, se tendía a una relación de trabajo de tiempo indefinido, para lo cual lograr la estabilidad en el empleo era una máxima y un norte a conseguir, a través de todas las disposiciones sobre despido y despidos especiales.

Por lo que el estudio de las acciones afirmativas para el acceso al trabajo, con especial referencia a las personas con discapacidad, se hace con el objetivo de brindar un panorama de la situación de este colectivo respecto a sus posibilidades de acceso al empleo. Esto en vista de que ya se han dictado distintas normas, para el sector público y privado, sin perjuicio de lo cual se vislumbra que los logros son menores de los que se aspiran. Sin dudas, es menester continuar y hacer un estudio más profundo aún acerca del impacto que estas regulaciones tienen en el universo de población amparada por dichas normas.

La población con discapacidad en Uruguay se distribuye de la siguiente manera, de acuerdo a la información comparada del censo del año 2011 y el del año 2023:

Categorías	Censos	
	2011	2023

Sin discapacidad	84%	71%
Al menos una discapacidad leve	12%	23%
Al menos una discapacidad moderada	4%	6%
Al menos una discapacidad severa	1%	1%
No relevado	3%	2%
Ignorado	0%	1%
Diagnosticado TEA	s/d	0,7%
Fuente: Instituto Nacional de Estadística (INE) - Datos finales		

Si contrastamos la cantidad de personas que encontramos con discapacidad en el Uruguay, no se refleja en su nivel de inserción laboral, lo cual hace muy necesaria las intervenciones que se hagan desde la política pública, como son todas las normativas efectivamente de acción positiva, pero también de empleo con apoyo, y trabajo protegido.

Descripción del objeto de estudio

El objeto de estudio es, por lo tanto, el estudio de las acciones afirmativas como forma de mejorar las condiciones de acceso al empleo, y por consiguiente, como herramientas facilitadoras de la viabilidad del derecho al trabajo en general para los distintos grupos que pueden ser entendidos como vulnerables, para que deje de ser una norma o aspiración meramente programática.

En el presente estudio también, como se dijo, se hará una especial referencia a las acciones afirmativas como herramientas para favorecer la concreción del derecho al trabajo de las personas con discapacidad.

Objetivos generales y específicos

El objetivo general es el relevamiento de toda la normativa vinculada de interés para el tema en cuestión, nacional y extranjera e internacional. En esa comparación la finalidad es también poder observar como los distintos países regulan la materia del trabajo para las personas con discapacidad y cómo se acompañan a las normativas internacionales que han acuñado un nuevo paradigma en la cuestión. En las normas de derecho comparado, se ha hecho una revisión a las normas de países del Mercosur más Chile, por tomar una delimitación regional. En cuanto a normas europeas, se ha escogido el caso español, por ser el que en general se referencia y es tomado en muchas ocasiones como modelo para el diseño de normativas en nuestro país.

Métodos

El método seguido para el estudio ha sido para esta etapa del abordaje del tema, el relevamiento de doctrina y legislación a distintos niveles sobre el tema objeto de estudio. Se hace una mención a algunos casos paradigmáticos sobre acciones afirmativas fundamentales para la comprensión de los distintos valores y derechos en juego. Posteriormente, en este estadio de la investigación del tema, se hace mención a las normativas y a las reflexiones dogmáticas al respecto. Alguna mención se hace también a información sobre aplicación de estas normativas en nuestro país y sus resultados, para poder vislumbrar de alguna manera el grado de concreción.

Contexto histórico normativo

Como es sabido, el derecho del trabajo atravesó distintas etapas en nuestro país, cuya caracterización ha sido ya referenciada por nuestros principales doctrinos¹. A comienzos del siglo XXI, más concretamente partir del año 2005 se dieron varios hitos en una etapa que podemos denominar de re- regulación en el derecho del trabajo. Este cambio tuvo que ver también con un cambio de signo político en el

¹ Sobre este tema ver: Barbagelata, Héctor – Hugo. Derecho del Trabajo, v,-1, T 1. FCU, Montevideo, 2002.

gobierno de ese entonces. Entre los hitos a resaltar de esa etapa, uno de los hechos más destacados fue la convocatoria a los Consejos de Salarios. Se trató de un gran cambio, originado en una decisión estatal de mantener una conducta proactiva en las relaciones laborales. Eso se vio fortalecido a su vez por la consagración de nuevas normas laborales que complementaron el acervo normativo relacionado al fenómeno del trabajo en nuestro país. Conforme avanzó el tiempo y, derivado en muchos casos del fuerte activismo de los movimientos sociales, se generaron nuevas demandas. Esas nuevas demandas tuvieron eco en esa caja de resonancia social que es el Parlamento y se plasmaron normativamente. Se trataba de superar el paradigma de la igualdad formal e incluso ir más allá de lo que se estaba habituado hasta estos momentos en el derecho del trabajo. Se trató del reclamo de habilitación de medidas que dieran oportunidades a colectivos históricamente postergados en diferentes ámbitos. Esto se dio en el ámbito de trabajo y también en otros, como en el acceso a cargos electivos en el mismo Poder Legislativo, en el acceso a educación, etc.

Producto de las nuevas demandas, con proyecciones en los diferentes ámbitos de la vida de relación, es que se fueron dictando las distintas normas a nivel legislativo que se fueron dando en nuestro país. Eso se dio también entonces en una mutación de lo que se había entendido hasta entonces pro conceptos como igualdad, desigualdad, discriminación y también, el tan mentado derecho al trabajo. La acción positiva misma, se presentó como un elemento nuevo en nuestra normativa, que luego fue cobrando relevancia y adquiriendo su espacio hasta llegar a convertirse en una opción muy común hoy en día al momento de la elaboración de políticas públicas. Quien quisiera hoy en día pasar revista a los distintos proyectos de ley que se encuentran a estudio en Comisiones del Poder Legislativo, verá que todo el tiempo, y sobre todo con aspectos vinculados al trabajo, y sobre todo para el sector público, se encontrará con sendos proyectos que instrumentan algún tipo de acción positiva.

Tratar de allanar el camino para el estudio de estos temas, es el propósito del presente trabajo.

Capítulo I. Principio de igualdad y no discriminación con relación al trabajo.

1.1 El artículo 8 de la Constitución y el principio de igualdad

El artículo 8 de la Constitución es el sostén fundamental del principio de igualdad en nuestro derecho. Por su posición en la jerarquía de las normas adquiere gran relevancia al momento de abordar el tema. Según su texto “Todas las personas son iguales ante la ley no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes”. Sin embargo, pensamos que este texto no puede ser leído de la misma manera en nuestros días como se hacía en el momento en que la normativa fue dictada. En la Constitución de 1830, el artículo 132 disponía sobre la igualdad: “Los hombres son iguales ante la Ley, sea preceptiva, penal, o tuitiva, no reconociéndose otra distinción entre ellos sino la de los talentos o las virtudes”. La misma redacción se mantuvo en el artículo 142 de la Constitución de 1918. Recién en la Constitución de 1934, el artículo 8º toma el texto que se mantiene hasta hoy: “Todas las personas son iguales ante la Ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes”. En efecto, y más allá de las buenas intenciones de este aserto, la Constitución con la ideología que fue concebida, no pudo prever cómo la idea de la igualdad iba a ir mutando con el tiempo, así como las herramientas para garantizarla. El mismo Jiménez de Aréchaga dejaba entrever, luego de exponer los orígenes de esta disposición, la importancia de cómo entender la igualdad. Decía este autor:

“En los Estados democráticos, se concibe que, desde cierto punto de vista, todos los hombres son iguales: todos los hombres son iguales en cuanto se reconoce en ellos una igual posibilidad de decidir acerca de su propio destino personal, una igual libertad para juzgar de sus propias conveniencias y un igual poder para intervenir en la formación de la voluntad colectiva.

Pero el sistema democrático de gobierno y la filosofía política sobre la cual reposa el sistema democrático, no impiden el reconocimiento de ciertas desigualdades de segundo grado entre los hombres. Más: la filosofía democrática exige que el Estado reconozca la existencia de ciertas desigualdades y busque restablecer la igualdad efectiva entre los individuos mediante un tratamiento desigual. Así, es perfectamente congruente con el ideario democrático que el Estado, al intervenir en las relaciones entre patronos y obreros, no establezca un tratamiento igual para unos y otros, sino un tratamiento diferencial que tienda a restablecer la igualdad de oportunidades para nos y otros, quebrada por la influencia de factores económicos” (Jiménez de Aréchaga, Justino. 1991: 367).

De lo señalado por el autor, se desprende que el Estado reconoce situaciones de desigualdad y debe por tanto asumir un rol activo, como lo hacía en la relación entre trabajadores y empleadores. En el caso objeto de estudio en el presente trabajo, el papel activo se implementa para paliar la desigualdad que puede existir entre las personas para acceder a un trabajo. De ahí es que el derecho al trabajo y la persecución de esa igualdad se entrelazan, y, de alguna manera, la acción afirmativa viene a ser esa actitud activa del Estado, a través de la legislación, pero no solo con ella, de perseguir esa igualdad.

Ferrajoli, por su parte, establece una sutil diferencia entre diferencias y desigualdad, y se basa para ello en el texto del artículo 3 de la Constitución Italiana. Al respecto dice:

“Las *diferencias* consisten en las diversidades de nuestras identidades individuales: conciernen, como dice el primer apartado de ese artículo, a las “distinciones de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales en las que se basan las identidades de cada persona. En cambio las *desigualdades* consisten en las diversidades de nuestras condiciones económicas y materiales: como dice el apartado segundo, se refieren “a los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la personalidad humana”. Es, pues, evidente que el principio de igualdad está estipulado tanto porque somos diferentes como desiguales: para

tutelar y valorizar las diferencias y para eliminar o reducir las desigualdades” (Ferrajoli, 2019, pp. 13 y 14).

Posteriormente hace una definición del principio de igualdad:

“Por tanto, el principio de igualdad consiste, sobre todo, en el igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diferente de todos los demás y de cada individuo una persona igual a todas las otras” (Ferrajoli, 2019, p. 14).

Entendemos que entonces una dimensión individual de la igualdad, nos hace perder la perspectiva, y hay que atender a esos factores sociales y económicos que se mencionan, también.

1.2. Principio de igualdad y no discriminación con relación al trabajo en la doctrina

El objetivo mismo del derecho del trabajo, ha sido el de nivelar a las dos partes que se encuentran en desequilibrio en la relación de trabajo. Se asume al trabajador como la parte débil de la relación y toda la panoplia jurídica contribuye a su protección. De esta manera lo expresa Álvarez de la Rosa:

“Continúa vigente y de necesaria constatación que el Derecho del Trabajo requiere de un propio observatorio para analizar los actos de discriminación que proceden de un poder privado, el del empresario, institucionalizado por el propio contrato. De este modo, el principio de igualdad – y la lucha antidiscriminatoria- es un criterio que corrige la posición de primacía del empresario y protege las consecuencias de la subordinación del trabajador. Será, pues un criterio de análisis adaptado al Derecho del Trabajo. La igualdad en las relaciones laborales se presenta con dos claras posiciones: una, referida a los límites del poder de dirección que encierra la prohibición de la arbitrariedad y la paridad del tratamiento; otra, la de ganar espacios, en el seno del contrato, que hagan posible la propia y diferente identidad del propio y personal proyecto de vida” (Álvarez de la Rosa, 2020, p. 46).

Señala Barretto que el mecanismo que se fue dando en el ámbito del derecho del trabajo, para mitigar esa desigualdad constatada, fue la limitación severa de la autonomía de la voluntad de las partes en el contrato de trabajo, además de que algunos lo veían más como un estatuto que como un acuerdo de voluntades. Junto con esto se fortaleció por el rol de los actores sociales, o sea los sindicatos, a través de la negociación colectiva, al margen de las voluntades individuales (Barretto, 2008, p. 60). Como veremos más adelante, ese concepto de igualdad ha ido mutando hacia una dimensión horizontal de la igualdad, que no se limita a la igualación de las partes para la mitigación de la asimetría entre el capital y el trabajo, sino que va a escudriñar las diferencias existentes sobre todo en la propia parte trabajadora.

Destaca Ermida que la no discriminación es una herramienta al servicio de la igualdad, pero que no necesariamente son lo mismo. En el ámbito del derecho del trabajo la igualdad actúa verticalmente para reducir la contradicción entre el capital y el trabajo. La no discriminación opera de forma horizontal, al procurar que no se afecte a los trabajadores más desprotegidos. La finalidad es la eliminación de diferencias injustificadas entre trabajadores (Ermida Uriarte, 2011, p. 13). Para este autor entonces la no discriminación actúa para atemperar la desigualdad que puede darse entre los propios trabajadores. Y como se ve, habla de diferencias injustificadas, tenemos que colegir que el autor entiende que existen diferencias justificadas que son las que parten de la discrecionalidad que tiene el empleador al momento de elegir a un trabajador para ocupar determinado puesto de trabajo. Referido a los principios de la formación profesional, Garmendia menciona que la formación profesional puede transformarse en un motivo lícito de distinción entre los trabajadores en diferentes momentos de la relación laboral (Garmendia, 2003, p. 189).

Plá Rodríguez en la última edición de su obra clásica “Los principios del derecho del trabajo”, aclara respecto a la inclusión del principio de igualdad y no discriminación dentro del elenco de los principios de dicha rama del derecho.

Advierte que le generaba dudas tomar ese camino, pero decidió a hacerlo al reconocer que tiene elementos que llevan a considerarlo un principio (Plá Rodríguez, 2015, p. 349). Entendemos que el autor mencionado ya vislumbraba la relevancia que este tema tendría a futuro. Desde allí, entre otros aportes, debemos partir para seguir avanzando en su dilucidación. Señala Plá que este tema debe ser enfocado desde dos ángulos, en lo principal rescata a la dignidad humana, como la misma para todos, cualesquiera sean las particularidades de cada uno, y en lo accesorio, que las diferencias características pasan a formar parte de los rasgos definitorios de cada persona (Plá Rodríguez, 2015, p. 350). Sostiene este autor, en base al artículo 8 de la Constitución, que puede concluirse que no están prohibidas todas las diferencias sino las que no están justificadas, que se pueden catalogar como situaciones de discriminación (Plá Rodríguez, 2015, p. 350). Se nos plantea el problema sobre quién y cómo determinamos que estamos en situación de desigualdad o posiciones diferentes. Esto depende entre otras cosas del tiempo social, tal cual señala Barbagelata (Barbagelata, 2009, pp. 33 a 36). Enfoca Plá Rodríguez el tema de la igualdad, en mayor medida, en casos de equiparación salarial. Finalmente señala que admite como principio a la no discriminación pero no a la igualdad como principio. (Plá Rodríguez, Américo. 2015, p. 353.).

1.3. Dimensión horizontal de la igualdad

Es dable entender que este enfoque nos puede hacer entrever que estamos ante una visión horizontal de la igualdad que sitúa la diferencia al interior de la “clase” trabajadora, que anteriormente se consideraba como más homogénea. En ese sentido, se pronunciaba Hepple:

“Las medidas antidiscriminatorias tienen por finalidad que alcancen la igualdad los colectivos desaventajados, por ejemplo, las mujeres, las minorías étnicas y las personas con discapacidad. Esto puede denominarse “igualdad horizontal” entre los trabajadores, un empeño relativamente moderno que se remonta a la Segunda Guerra Mundial y al final del colonialismo. Antes, el propósito del derecho del trabajo,

y de la OIT, era lo que cabe denominar “igualdad vertical” entre las partes de la relación laboral (...) Al examinar la igualdad horizontal vuelve a ser necesario distinguir la obligación de eliminar la discriminación, que tiene sentido negativo, y la obligación, positiva y más amplia, de fomentar la igualdad. La eliminación de la discriminación, en el sentido de evitar medidas desfavorables contra las personas, es un concepto negativo que suele depender de la *respuesta* que se dé a una reclamación o afirmación individual de un derecho. Esta respuesta puede ser defensiva y resultado de un enfrentamiento, sobre todo cuando se pasa o amenaza pasar al terreno judicial. Pues bien, así pueden perpetuarse métodos, actitudes y comportamientos arraigados dentro de las empresas y demás entidades que fomentan los prejuicios, estereotipos o prácticas inconscientes que causan desventajas a mujeres, minorías étnicas, personas discapacitadas y otros colectivos. Si se aplica la discriminación positiva, se considera que es una excepción negativa al principio de ausencia de discriminación, por lo cual suele hacerse de manera esporádica, polémica y limitada” (HEPPLE, 2001, pp.12 y 13.).

Sobre el punto, Barretto ha agregado que los autores clásicos habían mirado al derecho del trabajo como un instrumento pertinente para restablecer la igualdad de los sujetos en la relación laboral, cuyos actores han podido desarrollar un orden jurídico autónomo, más la labor del movimiento sindical en pos de esa igualdad, que había llevado a un derecho del trabajo estructurador, protector y también que legitima al sistema. Advierte este autor que actualmente el discurso de la igualdad ha ido cambiando y que tanto en la normativa regional e internacional se han ido destacando las consecuencias del reconocimiento de los “colectivos desaventajados” (Barretto, 2011, p. 738).

Está presente en la exposición del referido autor, la conclusión de que la otrora diferencia primordial que existía en la desigualdad existente entre el capital y el trabajo, entendidas en última instancia en la figura del empleador y del trabajador, ha ido cediendo terreno ante la emergencia de una atención mayor al estudio de la desigualdad entre los propios asalariados, lo que termina por “atemperar” un análisis mayor sobre la desigualdad, y se ve, de algún modo, de forma

descontextualizada del sistema que genera esa desigualdad (Barretto, 2011, p. 739).

Por su parte desde una perspectiva sociológica, el autor francés Dubet reflexiona sobre la mutación de la idea de la desigualdad vinculada al mundo del trabajo, a través del desarrollo histórico. Señala que fruto de la revolución industrial, se instauró una diferencia de clases, cuya desigualdad radicaba en la ya conocida diferencia entre el capital y el trabajo. Apunta que, con ese esquema, podían entenderse las relaciones en el mundo capitalista desde el siglo XIX hasta cierto momento del siglo XX. Con el devenir histórico comenzaron a haber diferencias en la composición internas de las clases sociales, cuando comienza a cobrar fuerza la globalización pero también las cuestiones nacionales. No puede verse ya a la clase trabajadora como algo homogéneo, dice este autor, ni tampoco así a la que se veía como contrapuesta, la de los poseedores del capital.

Sobre la salida del régimen de clases, como él la denomina, opina este autor:

“Incluso si se piensa que el sistema de clases siguen existiendo, el sistema de clases estalla. La misma clase social se difracta en una serie de mercados económicos y mercados laborales. La vieja división entre los obreros no calificados y los obreros profesionales es sustituida por un estallido de las calificaciones y los estatus: lo que constituía la unidad de la clase obrera parece cada vez más incierto”. (Dubet, 2021, p.160).

Acerca de la nueva caracterización de lo que sucede al “estallido” del régimen de clases, advierte este autor que:

“El estallido del régimen de clases abre el espacio de las desigualdades a la multiplicación de los grupos; de estos, ninguno puede definirse verdaderamente como una clase social. A la dualidad de proletarios y capitalistas y la tripartición de las clases altas, medias y bajas, se han sumado nuevos grupos: los ejecutivos y los creativos, los cosmopolitas móviles y los locales inmóviles, los incluidos y los excluidos, los estables y los precarizados, los urbanos y los rurales, las clases populares y la *underclass*, etc. A esas dicotomías definidas más a menudo por la

relación con el cambio que por una posición jerárquica, conviene sumar la distinción cada vez más predominante entre los nacionales y los migrantes, los mayoritarios y los minoritarios, las edades y las generaciones, los hombres y las mujeres. Ahora bien, todas estas distinciones afectan directamente al régimen de clases sociales. Por ejemplo, los trabajadores inmigrantes con vocación de ser trabajadores “como los demás” son gradualmente percibidos como minorías. Cuántas más minorías hay en las sociedades (o, en todo caso, cuanto más se ven), más restrictivas y reservadas a los semejantes son las solidaridades y más fuertes parecerían ser las desigualdades sociales”. (Dubet, 2021, p.160 y 161).

1.4. El derecho del trabajo y la protección de colectivos vulnerables

El derecho del trabajo surgió, como se dijo, para equilibrar una desigualdad que se originaba en la diferencia entre el capital y el trabajo. Ese conflicto de intereses permanece existente, y lo que hace la intervención estatal es atemperar el conflicto. Sin duda no se debe dejar de considerar la importancia de la negociación colectiva y el diálogo social, pero ella puede llevarse a cabo en la medida en que haya un Estado promotor, tal cual lo mandata el artículo 57 de la Constitución al hablar de huelga y sindicatos.

Una vez allanado el camino de la protección al trabajo, se percibió que ciertos sectores eran merecedores de una protección aún más profunda. Este tipo de protección se daba desde una matriz paternalista o protectora. Pensemos en la protección al trabajo de niños y adolescentes, o lo que se estudiaba anteriormente de forma especial como “trabajo de la mujer”, y colectivos que necesitaban más atención como pueden ser los trabajadores rurales y las trabajadoras domésticas. Es así que partiendo de la posición de “debilidad” de estos sujetos es que en los diferentes ordenamientos jurídicos se plasmaron normativas que los contemplaban de forma particular

Lo que pretendemos hacer desde esta contribución es enfocar la temática del trabajo y en particular las posibilidades de acceso a ese derecho desde una óptica desde los sujetos trabajadores, con sus características. Entendemos que esta

visión se ha visto reforzada con el advenimiento del Convenio Internacional de Trabajo N° 190 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo y la Recomendación N° 206 sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

En atención a este tema, han sido un hito importante las cuestiones tratadas en la Opinión Consultiva 27/21 del 5 de mayo de 2021, pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a solicitud a su vez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En ella, por ejemplo, en el numeral 185, se dice:

“Asimismo, la Corte se ha pronunciado sobre la pobreza y la prohibición de discriminación por posición económica, reconociendo casos en que las violaciones de derechos humanos han estado acompañadas de situaciones de exclusión y marginación por la situación de pobreza de las víctimas, y ha identificado a la pobreza como un factor de vulnerabilidad que profundiza el impacto de la victimización. Adicionalmente, ha señalado que, en casos de discriminación estructural, se debe en qué medida la victimización del caso concreto evidencia la vulnerabilidad de las personas que pertenecen a un grupo. De esta forma, ha advertido que la intersección de factores de discriminación incrementa las desventajas comparativas de las víctimas de violaciones a sus derechos, como son aquellas que han enfrentado las mujeres, pobres, afrodescendientes, o las mujeres embarazadas, o las niñas embarazadas”.

Más adelante, en la misma opinión consultiva se concluye que, en virtud de las situaciones de desigualdad que se dan, y en particular en el caso de la mujer, se traza la necesidad de implementar políticas diferenciadas. Al respecto, en el numeral 189 remarca:

“En suma, este Tribunal advierte que lograr la igualdad entre hombres y mujeres en el espacio laboral y sindical requiere no solo la adopción de medidas formales que prohíban la discriminación, sino también la adopción de medidas positivas, y el necesario cambio de prácticas de las organizaciones sindicales, para lograr la igualdad *de jure* y *de facto* para las mujeres en el ejercicio de sus derechos a la

libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga. En razón de ello, los estados se encuentran obligados a incorporar la perspectiva de género dentro de sus políticas y marcos normativos relacionados con la protección de estos derechos, de forma tal que se eviten acciones que conlleven actos de discriminación directa o indirecta contra la mujer, y se produzcan medidas positivas que las protejan y promuevan tanto en sus derechos laborales como sindicales, tomando en consideración los elementos mencionados en la presente opinión consultiva. Dada la permanencia de roles de género y estereotipos que persisten en la sociedad, y que conllevan una limitación de facto en la participación de las mujeres en el ámbito laboral y sindical, para la Corte resulta fundamental la adopción de medidas concretas que permitan la igualdad efectiva de las mujeres en el ejercicio de sus derechos sindicales”.

1.5. Tipos de discriminación

Las acciones afirmativas o positivas constituyen un tipo de discriminación, denominada como inversa, que se utilizan como herramienta para paliar una discriminación preexistente. Por lo tanto, es menester revisar lo atinente a la discriminación y su tipología.

Preciado Domenech, referido al derecho español y al derecho comunitario, menciona que existe discriminación directa cuando una persona pueda en una determinada situación ser objeto de un tratamiento más desfavorable que otra en virtud de una causa de discriminación como puede ser sexo, etnia o raza, edad, religión o convicciones, orientación sexual, discapacidad. Exceptúa el caso de que la distinción pueda fundarse objetivamente en una finalidad legítima y que los medios que se utilicen sean adecuados y necesarios (Preciado Domenech, 2016, p. 31). Aclara este autor que pueden existir excepciones a la discriminación directa en tres hipótesis: las acciones positivas, los requisitos profesionales esenciales y las medidas necesarias para proteger la salud de determinados colectivos.

Por otro lado, señala este autor, estudiando las directivas de la Unión Europea, que también existe la discriminación indirecta. Al respecto dice:

“A la luz de las diferentes definiciones que las directivas formulan de la discriminación indirecta podemos conceptualarla como: los supuestos en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros puedan ocasionar una desventaja o sitúen en desventaja particular a personas de un sexo determinado, con un origen racial o étnico, o con una religión o convicción, una discapacidad, una edad u orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, que no tengan tal circunstancia o condición; salvo que:

- dicha disposición criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que

- respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la Directiva 2000/78, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en su artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica” (Preciado Domenech, 2016, p. 51).

Como veremos a continuación, las distintas formas de acción positiva, son herramientas que contribuyen a combatir los factores de discriminación ya sean considerados directos, o indirectos. E incluso también, aquellos derivados de lo que se denomina como de situación de discriminación estructural.

1.6. Tratamiento del tema discriminación y acciones afirmativas en la dogmática laboral uruguaya.

Como se mencionara ut supra, Pla Rodríguez incluyó al principio de no discriminación como uno más de los principios del derecho del trabajo. En su vinculación con las acciones afirmativas, ha tenido distintos abordajes en la dogmática laboral vernácula. Goldstein por su parte explicita modalidades en las que pueden exteriorizarse la discriminación en las relaciones laborales:

“a) discriminación institucional o estructural, b) discriminación axiológica o por convicción; política paritaria; emotiva y de costumbre, c) discriminación evidente encubierta, d) discriminación directa e indirecta, e) discriminación vertical, horizontal y vertical a la inversa, f) discriminación al inicio, durante y en la extinción de la relación de dependencia” (Goldstein, Eduardo. 2009, p. 112).

Nos interesa destacar lo que refería este autor sobre la discriminación estructural. La distinguía de la institucional y decía que:

“En la discriminación institucional, las prácticas llevan a la reproducción de las desventajas de la población minoritaria segregada, como un mecanismo de exclusión perfectamente legal, pero nunca legítimo o ético. La discriminación estructural, en cambio, es la que se produce desde el mercado de trabajo. No todas las diferencias entre las personas que se encuentran en el mercado pueden ser atribuidas a la discriminación, pero si examinamos las otras variables que pueden influir en la situación de un colectivo como el caso de la raza, origen nacional o etnia entre otras, y seguimos encontrando regularidades persistentes de desigualdad que no son explicables de otra manera, podemos considerar que la discriminación injustificada está presente” (Goldstein, Eduardo. 2009, p.113).

Con respecto al momento de la discriminación, refiere asimismo Goldstein: “Finalmente, las conductas discriminatorias pueden darse en la etapa previa de selección de personal a través vg. de test, cuestionarios, etc., durante la vigencia y en la etapa de finalización de la relación laboral. Si bien se le reconoce al empleador la libertad en principio irrestricta e ilimitada para contratar a los trabajadores que desee entre los aspirantes que se presenten a ocupar las vacantes o cargos solicitados, pues muchas veces esa autonomía se ve acotada por discriminaciones (en el sentido neutro del término) por cuotas y porcentajes de reclutamiento establecidos por leyes o convenios colectivos que auxilian a sectores vulnerables o desfavorecidos de la población (vg. mujeres, minusválidos, etc.), va de suyo que en el caso que en su llamado se inserte alguna cláusula que implique una clara situación de discriminación directa antijurídica (vg. armenios, negros y judíos abstenerse”), estaremos en presencia de un claro acto discriminatorio que no sólo atenta contra normas y principios del “jus cogens” y Derecho Constitucional del país que se trate, sino que además tipifica en la mayoría de los casos delitos que las leyes penales reprimen” (Goldstein, 2009:121).

Goldstein ha hecho además un estudio de la evolución del derecho antidiscriminatorio. El autor hace una revisión de la normativa internacional, de distintos países y la nacional sobre el tema, y concluye:

“Pero con ello no alcanza. El estado de evolución del Derecho antidiscriminatorio necesitaba mayores herramientas que las normas prohibitivas, dado que como medida paliativa fracasaron. En su desarrollo la “no discriminación” pasa del carácter prohibitivo a su encare constructivo, como sin duda lo conforman las políticas legislativas afirmativas” (Goldstein, 2022, p.175).

Más adelante, agrega este autor, con referencia a las acciones afirmativas:

“En ese sentido, el Derecho Antidiscriminatorio ha dado sendos pasos evolutivos, pasando de ser un derecho de resorte negativo mediante la concepción de la igualdad formal, prohibiendo por ello a través de enumeraciones al principio taxativas y luego enumerativas de conductas activas y pasivas que connotan segregaciones en sentido peyorativo (vg. proscripción de realizar cualquier acto que tuviese como corolario la desigualmente de trato), a un estadio actual en la evolución de los Derechos Humanos, que deriva en una obligación de hacer (de carácter positiva), para el logro de igualdad de oportunidades” (Goldstein, 2022, pp. 175 y 176).

Por su parte, Durán Penedo ha señalado lo siguiente sobre la discriminación:

“El legislador internacional ha ido incluyendo a texto expreso distintas y nuevas situaciones que van tipificando actos discriminatorios. Se han advertido nuevas situaciones derivadas de acciones u omisiones del empleador, que producen este tipo de actos. Los trabajadores son discriminados por características impensables en otra época como su peso corporal, el padecimiento de una enfermedad, situaciones familiares que no forman parte de lo que es el individuo como trabajador, su edad, entre otras.” Y sobre nuestra legislación dice que “Nuestra normativa no es abundante sobre el tema; sin embargo, la doctrina analiza los artículos 72 y 332 de la Constitución” (Duran Penedo, 2018, p. 56).

Alerta también esta autora sobre nuevas formas de discriminación que se han ido dando:

“Además se suman nuevas formas de discriminación, como la discriminación a los extranjeros, fundamentalmente a los inmigrantes por razones económicas de otras partes de América, en su mayoría indígenas; las personas con capacidades y orientaciones sexuales diferentes; la apariencia física en todas sus formas y la edad” (Durán Penedo, 2018, p. 58).

1.7. Igualdad como no sometimiento, desigualdad estructural, categorías sospechosas

Como señalamos anteriormente, existe actualmente una concepción distinta de la desigualdad y la no discriminación. Estas ideas se han extraído del derecho antidiscriminatorio norteamericano, y han sido recogidas en nuestros ordenamientos latinoamericanos, a través de algunas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Entre ellos, Roberto Saba, al referirse al derecho argentino, señala que la obligación constitucional de un igual trato está determinada por una relación de funcionalidad entre medios y fines. Y sobre el principio de discriminación dice que:

“El principio de no discriminación - e implícito en él, el principio de razonabilidad-entendido como expresión de la relación de funcionalidad entre medios y fines, no considera relevante tomar en cuenta la situación que afecta de hecho a aquellas personas que integran ciertos grupos que han sido histórica y sistemáticamente excluidos de ámbitos tales como el mercado laboral, la actividad política, la educación universitaria o de calidad superior, o de los más básicos servicios públicos por el solo hecho de ser miembros de ese grupo. En otras palabras, el principio de no discriminación (de no arbitrariedad, de razonabilidad, de relación medio – fin), lejos de ser incorrecto, es relevante solo si se presume que se dan ciertas condiciones de igualdad de oportunidades y no sometimiento de otros grupos (en el sentido de trato desigual grupal histórico, sistemático y, por ello, estructural). Si no se dan estas condiciones, el principio de no discriminación “llega tarde” y puede ser un excelente instrumento, muchas veces utilizado sin conciencia de sus efectos, para

perpetuar y reforzar prácticas que generan situaciones de desigualdad estructural” (Saba, 2016, pp. 96 y 97).

Acerca de la discriminación estructural como categoría jurídica autónoma, Pintos Casañas, relata el vínculo entre el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, y se pregunta si entre ellos existe una relación de prelación o interdependencia o si simplemente se vinculan por obra del azar o por el devenir histórico. Señala además que el proceso de construcción de la igualdad ha sido históricamente marcado por determinados grupos sometidos que lucharon para lograr espacios de reconocimiento (Pintos Casañas, 2024, p. 27). Destaca además que:

“En principio, podemos sostener que por discriminación se entiende a cualquier distinción, exclusión o restricción fundada en alguna de las categorías sospechosas consignadas en los instrumentos del sistema internacional de protección de derechos humanos, que tenga por finalidad o efecto obstaculizar o quitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de cualquier otro tipo” Pintos Casañas, 2024, p. 63).

Capítulo II El derecho al trabajo

2.1. Derecho al trabajo

Entendemos que las acciones afirmativas deben ser vistas también desde la óptica del derecho al trabajo. Con el enfoque precedentemente expuesto queremos destacar que para consagrar el principio de igualdad, la no discriminación o el derecho al trabajo, no basta con una conducta de abstención del Estado sino que se requiere un Estado interventor, independientemente de si estamos frente a derechos sociales o de los civiles y políticos. En estos casos es en los que se demuestra más palmariamente que las distinciones entre los

derechos pueden dificultar su abordaje sobre todo cuando hablamos de las garantías para su cumplimiento.

2.2. Alcance del derecho al trabajo

En cuanto al derecho al trabajo, se ha entendido por la doctrina que posee un alcance más amplio que la mera posibilidad de obtención de un puesto de trabajo. Tendría varias manifestaciones y estaría vinculado con el ingreso al trabajo y la ocupación efectiva, las cláusulas de seguridad sindical, la huelga, la extinción del contrato, la protección por el desempleo y la estabilidad en el empleo (Charrutti, 2011, p. 167). En este sentido, importa destacar que el derecho al trabajo puede ser visto no como la exigencia al Estado de un puesto de trabajo específico, sino de que existan medidas tendientes a promover el acceso al trabajo por la mayor parte de las personas de la sociedad. En esto se pueden incluir las políticas activas de empleo, la formación profesional, el acceso a la educación, y también las acciones afirmativas, o medidas de discriminación positiva o inversa, porque tienden a favorecer la posibilidad de conseguir un trabajo a personas que por algún motivo tengan más dificultada de acceder a un puesto de trabajo.

2.3. Derecho al trabajo. Normativa internacional.

Existen varios instrumentos internacionales que hacen referencia a este derecho. En los diferentes documentos se lo enumera junto a otros derechos fundamentales laborales.

2.3.1. Normas originadas en Tratados y Declaraciones Internacionales

Se reconoce el derecho al trabajo con diferentes expresiones en los siguientes documentos internacionales:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), artículo 23 I). Allí se dice: "Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a

condiciones satisfactorias y equitativas de trabajo y a la protección contra el desempleo”

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), art. XIV.. Allí se establece: “Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo”

- Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (1948). Art. 3º y art. 19. El artículo 3º dice lo siguiente: “Todo trabajador tiene derecho a seguir su vocación y dedicarse a la actividad que le acomode. Tiene igualmente la libertad de cambiar de empleo”. Por su parte el artículo 19 establece que: “La ley garantizará la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y las justas causas de separación. Cuando el despido injustificado surta efecto, el trabajador tendrá derecho a una indemnización”.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Art. 6º nrales. 1º y 2º. Allí se dispone: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho. 2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”.

- Declaración sobre el desarrollo y el progreso en lo social (1969). Art. 6º. En este instrumento se dice lo siguiente: “El desarrollo social exige que se garantice a toda persona el derecho a trabajar y a elegir el empleo libremente. El progreso y el

desarrollo en lo social exigen la participación de todos los miembros de la sociedad en un trabajo productivo y socialmente útil, y el establecimiento de conformidad con los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como con los principios de justicia y de función social de la propiedad, de modos de propiedad de la tierra y de los medios de producción que excluyan cualesquiera formas de explotación del hombre, garantice igual derecho a la propiedad para todos, y creen entre los hombres condiciones que lleven a una auténtica igualdad”

- Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, conocido como “Protocolo de San Salvador” (1978). Art. 6º, nrales. 1 y 2º y algunas menciones en el art. 7º. Este último es el que más hace referencia a la posibilidad de garantizar el derecho a través de lo que hoy denominamos como medidas afirmativas, y hace especial mención a los “minusválidos”, tal cual era el lenguaje utilizado antes de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas del año 2006. Allí se establece lo siguiente: “1. Toda persona tiene derecho al trabajo el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada. 2. Los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico - profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados Partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo”.

En todos estos instrumentos internacionales mencionados se hacen referencias al derecho al trabajo mayoritariamente desde la perspectiva de la libertad de trabajo, pero también desde la obligación de los Estados de promover políticas promotoras del empleo y de formación profesional, según se avanza en el

tiempo. Se hace también referencia al derecho al trabajo vinculado a la estabilidad en el empleo.

En el ámbito regional del Mercosur tenemos:

- Declaración sociolaboral del Mercosur del año 1998. En el artículo 5º se hace una mención al derecho al trabajo, más acercado aquí también a la concepción de libertad de trabajo, al decir: “Toda persona tiene derecho al trabajo libre y a ejercer cualquier oficio o profesión conforme a las disposiciones nacionales vigentes”. En el segundo inciso del artículo 1º, bajo el epígrafe “No discriminación” dice: “Los Estados Partes se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación. En particular se comprometen a realizar acciones destinadas a eliminar la discriminación respecto de los grupos en situación de desventaja en el mercado de trabajo” Tiene una disposición, bajo el epígrafe “promoción de la igualdad”, que, en el artículo 2º, enuncia una emanación del derecho al trabajo para las personas con discapacidad, en la que figura palmariamente el rol activo que tiene que tomar en esto el Estado. Allí se establece: “Las personas con discapacidades físicas o mentales serán tratadas en forma digna y no discriminatoria, favoreciéndose su inserción social y laboral. Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas efectivas, especialmente en lo que se refiere a la educación, formación, readaptación y orientación profesional, a la adecuación de los ambientes de trabajo y al acceso a los bienes y servicios colectivos, a fin de asegurar que las personas discapacitadas tengan la posibilidad de desempeñarse en una actividad productiva”. Obsérvese que en el lenguaje, propio del momento, se menciona la idea de “readaptación” de la persona con discapacidad, que, como veremos más adelante, es un resabio de viejas concepciones acerca de la discapacidad.
- Declaración sociolaboral del Mercosur del año 2015. No dispone esta declaración de una mención específica sobre el derecho al trabajo.

2.3.2. Normas de la Organización Internacional del Trabajo

Las normas de la OIT que se refieren al derecho al trabajo son las siguientes:

- CIT N° 29 sobre Prohibición del Trabajo Forzoso.

- CIT N° 111 sobre la Eliminación de toda Discriminación en el Empleo y Ocupación. También aborda el mismo tema la Recomendación N° 111. Este Convenio y la Recomendación son las que más pueden vincularse al tema de las medidas afirmativas para paliar la discriminación. En efecto el artículo 2° de dicho Convenio estipula: *“Todo miembro para el cual este convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”*.

- CIT N° 122 sobre la Política de Empleo. En el numeral 1, del artículo 1° del Convenio, se dice que todo Miembro debe propender a una política activa, destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido. En el numeral 2 de dicho artículo, en el literal c), se agrega: “que habrá libertad para escoger empleo y que cada trabajador tendrá todas las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y de utilizar en este empleo esta formación y las facultades que posea, sin que se tengan en cuenta su raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social”

- CIT N° 158 sobre la terminación de la relación de trabajo. En este caso sus disposiciones están enfocadas en el derecho al trabajo, pero desde las previsiones para el momento de la finalización de la relación laboral.

2.4. Derecho al trabajo en el derecho comparado.

2.4.1. Derecho al trabajo en España.

En la sección 2ª de la Constitución española, referida a los derechos y deberes de los ciudadanos, en el artículo 35.1 se establece que “*todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo*” y, entre otros mandatos, se hace referencia también a la discriminación por sexo. Allí está consagrado el derecho al trabajo y por otro lado, en el artículo 38 está reconocida la libertad de empresa.

Esa parte de la Constitución prevé mecanismos para garantizar el cumplimiento de esos derechos en el capítulo 4º relacionado con las garantías de las libertades y los derechos fundamentales. En efecto, el artículo 53 de dicho cuerpo normativo dispone que los derechos y libertades que se enuncian vinculan a los poderes públicos y solamente podrán ser regulados por ley, que debe respetar el contenido esencial del derecho y también declara que se podrá reclamar la tutela de esos derechos ante los tribunales ordinarios y en el caso que correspondiera, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

A pesar de la general consagración de este derecho al trabajo en la mayor parte de los textos constitucionales, ha generado sin embargo dudas sobre su naturaleza jurídica y más aún sobre su eficacia práctica, concibiéndolo meramente como una norma programática. Señala Guanche Marrero que este tipo de observaciones parte de la premisa de no reconocer que la Constitución supone una estructura socio – económica que está orientada por valores supremos que nutren al Estado social y democrático de Derecho y que el resto de derechos y principios están subordinados a tal fin. El conjunto de normas que conforman el derecho del trabajo sería una importante expresión de esos valores y objetivo supremos (Guanche Marrero, 1993: 18 y 19). Asimismo, comenta este autor el impacto que tuvo una sentencia del Tribunal Constitucional sobre el marco teórico del derecho al trabajo. Entre ellos se encuentra el postulado de que el derecho al

trabajo no se agota en la libertad de trabajar sino que supone el derecho de todos los ciudadanos a un puesto de trabajo y que los poderes públicos, de acuerdo a lo establecido por el art. 40 de la Constitución española, deberán orientar su política a la promoción del empleo. También el despido causal constituye una manifestación del derecho al trabajo, considerado junto con el principio de continuidad y la estabilidad en el empleo (Guanche Marrero, 1993: 20 y 21).

Al respecto del derecho al trabajo y su vínculo con las medidas de acción positiva como facilitadoras del acceso al trabajo, luego de hacer un pormenorizado estudio sobre el derecho al trabajo, Sastre Ibarreche señala, para el derecho español, algo que deja patente el vínculo existente entre la acción positiva y el acceso al trabajo, y por consiguiente, el derecho al trabajo. Al respecto dice:

“Por último, debe subrayarse la específica atención prestada a grupos sociales con superiores dificultades de colocación. Así, el artículo 48 obliga a los poderes públicos a promover “las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural, mientras que el artículo 49 postula, respecto de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, la realización de “una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración”, amparándolos “especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”(Sastre Ibarreche, 1996, p. 84).

2.4.2. El derecho al trabajo en la normativa argentina

En la Constitución argentina, ocupa un rol primordial el artículo 14 y el artículo 14 bis. En el 14 se dispone que: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita” El artículo 14 bis, incorporado en la reforma de 1994, le agrega más especificidades sobre la protección del trabajo por la ley y habla de asegurar al trabajador: “condiciones dignas y equitativas de labor”.

En la doctrina argentina, Bidart Campos sostiene que el derecho al trabajo funcionaría por dos ejes principales. Uno, lo constituiría la obligación estatal de establecer un orden social y económico que hiciera accesible las fuentes de trabajo a todas las personas y a través de políticas activas y medidas de acción positiva. El otro eje sería la cobertura de prestaciones por desempleo, por la seguridad social, para prevenir y cubrir el riesgo de desocupación. Lo que ese derecho al trabajo justamente no implica es que el Estado tuviera que darle un trabajo a cada persona sino que opera como un enunciado programático, para justamente facilitar las condiciones y hacer lo posible la ocupación adecuada para todas las personas trabajo (Bidart Campos (2), 2006, p.192).

2.4.3. El derecho al trabajo en la normativa chilena

La Constitución chilena habla en su artículo 16, bajo el epígrafe “La libertad de trabajo y su protección”: “Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución. Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”.

2.5. Derecho al trabajo en la normativa uruguaya

En la Constitución uruguaya se encuentra la denominada parte dogmática de la misma, rotulada como de “derechos, deberes y garantías”, de forma similar a lo que sucede en su par española. En la misma se establece que los habitantes tienen derecho a ser protegidos en el goce de varios derechos y entre ellos el trabajo (art. 7º). También se hace referencia a la libertad de trabajo junto a la de comercio e industria (art. 36). Más adelante el artículo 53, pieza fundamental de nuestro derecho constitucional del trabajo, sobre el cual está asentado por ejemplo el principio protector, estipula que el trabajo está bajo la protección especial de la ley. El mismo artículo tiene una disposición en la cual todavía cuesta entrever el derecho al trabajo tal como se lo concibe actualmente: “Todo habitante de la

República, sin perjuicio de su libertad, tiene el deber de aplicar sus energías intelectuales o corporales en forma que redunde en beneficio de la colectividad, la que procurará ofrecer, con preferencia a los ciudadanos, la posibilidad de ganar su sustento mediante el desarrollo de una actividad económica”. No se desprende de todo lo reseñado una enunciación del derecho al trabajo en nuestra constitución, pero atento a lo que se ha dado en llamar como bloque de constitucionalidad (Barbagelata, 2004, pp. 213 a 239) que comprende aquellos derechos que han sido reconocidos por la conciencia jurídica universal que se entiende que se incorporan a nuestro derecho por el mecanismo del art. 72 de la Constitución, que señala que la enumeración de derechos deberes y garantías que hace la Carta no restringe a aquellos que no estén específicamente mencionados pero que deriven de la personalidad humana y de la forma republicana de gobierno. Al estar ratificados los diversos instrumentos internacionales que hacen mención al derecho al trabajo, por la vía del artículo 72 se entienden que goza también de protección constitucional. En este caso se puede citar las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ya mencionados.

En la doctrina constitucionalista uruguaya, Aníbal Luis Barbagelata se refiere a la libertad de trabajo y hace una reseña del devenir histórico de este concepto desde el trabajo esclavo hasta la concepción que se produce con el advenimiento del industrialismo. En ese sentido, afirma que la libertad de trabajo que se proclamaba en la época de la revolución francesa era de corte individualista, en contraposición con la institución de las corporaciones, a las que se las entendía como negativas en las nuevas condiciones históricas. Más adelante, como consecuencia de la cuestión social, en varias Constituciones como la de México de 1917, la de la República de Weimar, en 1919, la española de 1931, la soviética de 1936 y la italiana de 1948, se le da una nueva valorización al trabajo, dejándolo de ver como una mera libertad para cobrar importancia la función social del trabajo. De tal manera que por ejemplo en España se decía que era una República de

trabajadores, o en la Constitución soviética donde se establecía que “quien no trabaja no come” y luego en la italiana de 1948 donde se habla de un Estado fundado en el trabajo. Señala este autor que ese nuevo enfoque del trabajo – función social en el moderno constitucionalismo supone no solo consagrar el libre ejercicio de cualquier actividad sino también garantizar un derecho al trabajo como un derecho a obtener del Estado la posibilidad de desarrollar una actividad útil que puede suministrar recursos para una vida decorosa. Una segunda característica estaría dada en el deber de trabajar, en una fórmula como la de la Constitución soviética u otra solución de los Estados liberales, como la recogida en nuestra Constitución en el artículo 53 que estatuye que “*todos los individuos tienen el deber social de aplicar sus energías corporales e intelectuales de modo que redunden en beneficio de la comunidad*”. Sostiene este autor que esta fórmula se presenta como más respetuosa de la libertad, sin desconocer la obligación social del trabajo. En definitiva, este autor clásico uruguayo del derecho constitucional no enfocó el tema tanto desde la óptica del derecho al trabajo sino más bien desde la libertad de trabajo.

Nuestra Constitución se refiere al trabajo como derecho, en el artículo 7º cuando se dice que los habitantes tienen derecho a ser protegidos en el goce de distintos derechos, y, entre ellos, el trabajo. Posteriormente, en el artículo 53 dispone que el trabajo está bajo la especial protección de la ley y se habla del “deber de aplicar sus energías intelectuales y corporales en forma que redunde en beneficio de la colectividad”.

Se podría decir que la norma, dentro de la parte dogmática de la Constitución, relativa al trabajo y los derechos sociales, que se acerca a la idea del derecho al trabajo es el artículo 55 que dice que: “La ley reglamentará la distribución imparcial y equitativa del trabajo”. Al respecto decía Jiménez de Aréchaga:

“En segundo término, se trata de que el trabajo no constituya un privilegio de determinados grupos de individuos. Por esto es que el Art. 54² ha establecido que “la ley reglamentará la distribución imparcial y equitativa del trabajo”. Para realizar este objeto se han dictado leyes que organizan las bolsas de trabajo y se ha establecido un régimen de sorteo para los trabajadores de las obras públicas” (Jiménez de Aréchaga, Justino, p.349.)

Por lo que se puede concluir de la lectura de nuestra ley fundamental que no se habla expresamente del derecho al trabajo, como sí se hace en otros sistemas jurídicos. La norma que lo menciona, pero más bien como libertad de trabajar, es el artículo 36 que establece que: “Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes”.

2.6. Derecho al trabajo y derecho al empleo (derecho del empleo)

Sin perjuicio de no abordar específicamente el derecho al trabajo, Lyon – Caen hace un análisis sobre la dicotomía entre el derecho del trabajo y el derecho del empleo que puede servirnos para ilustrar el tema que se está abordando. Dice este autor que la política de empleo se realiza a través de normas jurídicas que se denomina en general derecho del empleo y que, visto desde un primer análisis, ha sido tratado como un derecho del trabajo a la inversa, o sea, en función de los intereses de la empresa (Lyon Caen, 1997, p. 269). Agrega este autor que en este concepto ese derecho del empleo consiste en un derecho del trabajo reducido al nivel de política económica, conducido por el Estado o por las empresas (Lyon Caen, 1997, p. 270).

Acerca del concepto de empleo es importante destacar lo que ha referido acerca de este tema Mora Cabello de Alba. Ha señalado esta autora que el uso de la palabra empleo encierra algo importante y a la vez lo oculta y destaca que el origen del uso del término está en la propia crisis del concepto de trabajo, cuando

² En este caso, el autor, Jiménez de Aréchaga hace referencia al actual artículo 55, que en la época en que redactó su obra, era el artículo 54.

la palabra trabajo perdió su fuerza simbólica (Mora Cabello de Alba, 2017, p. 18). Complementa esta autora al señalar que se comenzó a hablar de mercado de empleo, empleadores, políticas de empleo, formación para el empleo, empleabilidad, dando vuelta el asunto y poniendo el énfasis en quien emplea y no en quien trabaja. También se convirtió al trabajo asalariado en un bien escaso (Mora Cabello de Alba, 2017, p. 19). Es interesante la reflexión que provoca lo señalado por esta jurista, al colocar al trabajo desde la perspectiva de quién lo da y no desde quien trabaja, a nuestro juicio eso coadyuva a la visión del trabajo desde arriba hacia abajo y lo desdibuja en su carácter de derecho al acceso a él. Termina siendo una concesión graciosa de quien está en un estadio superior³. Sin perjuicio de lo señalado, en casi toda la literatura laboral se menciona las palabras trabajo y empleo, se reserva sobre todo la parte de las políticas de acceso al empleo, lo cual puede entenderse como un simple cambio para entender que el derecho del trabajo es el que regula las relaciones de trabajo en su faz colectiva e individual y el derecho del empleo es el que desarrolla la panoplia de dispositivos normativos que promueven el acceso al trabajo, o sea, las políticas de empleo. Es menester señalar que en el ámbito de las ciencias sociales se usan ambos términos sin ninguna dificultad.

2.7. Momento de acceso al trabajo o etapa precontractual

Las protecciones que se han establecido mayoritariamente en el derecho del trabajo son por situaciones que acaecen durante la relación de trabajo, como los subsidios por enfermedad o accidente de trabajo y enfermedad profesional y al fin de la relación de trabajo, como es el caso de la protección contra el despido del trabajador enfermo y la trabajadora grávida, o el del dirigente y el militante sindical. Sin embargo, no se ha sido normativamente tan profuso en la regulación del inicio

³ No es baladí la tendencia actual que existe desde ciertas concepciones empresariales de management en evitar la palabra “trabajador” y sustituirla por otras como “asociado” o “colaborador”. Ese cambio está plagado de ideología, aunque no se establezca con claridad.

de la relación laboral, quizá por no considerar que allí se manifiesten la mayoría de los posibles problemas. En la dogmática laboral vernácula existen distintos aportes sobre el tema.

Barretto realizó un abordaje del tema al comentar una sentencia en la que se contraponían los poderes del empleador y la capacitación. Allí destacaba este autor que:

“A diferencia de otras disciplinas jurídicas, como el derecho civil, el espacio precontractual laboral no se ha juridizado, permanece en el terreno del absolutismo patronal. La derogación parcial - e ilegal, debe arreglarse- del decreto 384/79, reglamentario del convenio internacional del trabajo N 96, más la escasa producción doctrinaria en ese sentido (y la falta de ratificación del convenio internacional del trabajo N° 181), precarizan de por sí este costado débil de nuestro ordenamiento laboral.

La denotada falta de elaboración de un pensamiento fincado en esta zona casi baldía, de una hermenéutica que integre la comprensión y aplicación como parte del proceso interpretativo para extender la regulación normativa laboral al momento *precontractual* de la relación de trabajo, sustrayéndola del poder omnímodo del empleador, provocan seguramente pronunciamientos como el de primera instancia, que no atienden a la naturaleza de las relaciones que se producen en ese período fundamental”. (Barretto, 2007, p. 625).

Más adelante destaca precisamente que el momento previo del inicio de la relación de trabajo se analiza precisamente vinculado al tema de evitar la discriminación. Al respecto dice:

“El período de negociación previo al ingreso al empleo es objeto de análisis en la doctrina laboral en orden a evitar discriminaciones injustificadas que afecten la intimidad de la persona y otros valores que hacen a la independencia de su conciencia moral y cívica, la sexualidad, etc. Se acepta que en el momento de la selección de su personal, el empleador pueda requerir información sobre las empresas y categorías donde se desempeñó con anterioridad el trabajador y el “grado de preparación del postulante para la tarea”, o sea, la formación o

competencia laboral del futuro trabajador. El principio de no discriminación lleva a excluir todas aquellas diferenciaciones que colocan al trabajador en una situación inferior o más desfavorable que el conjunto sin una razón válida o legítima". (Barretto, 2007, p. 646).

Señala Garmendia que en nuestro derecho existían pocas normas referidas expresamente al inicio de la relación y que las que existen se ocupan fundamentalmente de fenómenos de discriminación (Garmendia, 2007:814). Mencionaba este autor a la Ley N° 16.045 de 2 de abril de 1989, que prohíbe toda medida discriminatoria que viole el principio de igualdad de trato y oportunidades para ambos sexos en cualquier sector o ramo de la actividad laboral. Esta ley en su artículo 2° establecía la prohibición de discriminación entre otros: i) en los llamados para provisión de cargos (lit. A), ii) criterios de selección (lit. B); iii) reclutamiento y contratación (lit. C). El artículo 3° en su inciso segundo, señalaba una previsión para las políticas de acción afirmativas de género, al proclamar: "Asimismo, la discriminación de carácter compensatorio orientada a promover la igualdad de oportunidades y trato para ambos sexos en situaciones concretas de desigualdad, no se encuentra comprendida en la prohibición a que hace referencia el artículo 1° de la presente Ley". Esa ley también recoge un procedimiento especial para una mejor garantía de los derechos que se protegen.

Otra norma que Según Garmendia, se ocupó del período previo a la relación laboral, fue la Ley N° 17.940, de 2 de enero de 2006, que declara la nulidad absoluta de cualquier discriminación que menoscabe la libertad sindical de los trabajadores "*en relación con su empleo o con el acceso al mismo*". Dicha norma vino a conformar junto a otras un cambio de paradigma en el desenvolvimiento de las relaciones laborales uruguayas a partir del año 2005. Esta norma tuvo como cometido la de implantar un fuero de protección a la actividad sindical, y a los efectos de lo que nos interesa para este trabajo, las medidas de protección que prevé se aplican también a medidas de discriminación sindical en el acceso al puesto de trabajo. Esto ataca lo que comúnmente se llama "listas negras" de

información entre empleadores sobre personas con actividad sindical (Garmendia, 2007:815).

Garmendia hizo una actualización del citado artículo del año 2007 y en el más reciente, agrega algunos aspectos. Expresa que, el interés más disminuido que la doctrina laboralista le dispensaba a la etapa precontractual, o inicio de la relación laboral, se ha ido acrecentando con el tiempo. Explica que ello se ha dado porque en el plano de la regulación jurídica, en nuestro derecho se han ido incorporando a nuestro derecho positivo una serie de normas que con el objetivo de proteger distintos bienes jurídicos, colectivos humanos y sujetos, se han dado mayores regulaciones en lo referido al acceso al empleo y la contratación de trabajadores (Garmendia, 2022, p.104). Concluye Garmendia que las normas laborales fueron concebidas fundamentalmente para ser aplicadas a las relaciones de trabajo que han tenido un comienzo de ejecución, pero que el mismo fundamento sirve para que se ponga atención en el proceso de acceso al trabajo, porque es una etapa en el que la persona la enfrenta en posición de estar necesitado de emplearse y suele enfrentarlo en soledad y en competencia con otros semejantes. Agrega que en los últimos años nuestro ordenamiento jurídico ha dictado nuevas normas con el objetivo de prevenir o combatir los actos discriminatorios que pueden afectar a determinados colectivos (Garmendia, 2022, pp. 116 y 117).

Por su parte, Zubillaga hace un análisis de la discriminación precontractual, que está muy relacionada con la temática objeto de estudio. Entiende este autor que la discriminación debe ser combatida en todos los ámbitos de la vida en sociedad, pero que en las relaciones laborales cobra una mayor importancia, por la situación más vulnerable en la que se encuentra el trabajador, por ser la parte más débil de la relación laboral (Zubillaga, Ignacio. 2015: p. 94). Asevera algo que nos parece muy relevante y es que tanto la discriminación durante la vigencia de la relación laboral y al finalizar ella son los momentos que gozan de una tutela mayor y que esto no ocurre igual con el momento del inicio de la relación laboral (Zubillaga: Ignacio. 2015: 94). El autor presenta la problemática atinente a la etapa

precontractual en las relaciones de trabajo y esboza ideas que se acercan a lo que se entiende actualmente como discriminación estructural:

“En efecto, la discriminación en la etapa precontractual está presente cotidianamente y la misma parece no llamar la atención o incluso considerarse como una regla de juego. Basta analizar, una de las páginas de internet más populares de búsqueda de trabajo en Uruguay para poder comprobar que hay ciertos llamados a postulantes que contienen elementos claramente discriminatorios. Así, a modo de ejemplo, se solicitan personas de género masculino para trabajar como recepcionista de un hotel o se exige determinado avance en la carrera de contador - pero únicamente la cursada en la Universidad de la República para un cargo de auxiliar contable. En ninguno de estos casos se brinda una justificación que amerite adoptar estas diferenciaciones. Amén de estas situaciones, donde los criterios de selección discriminatorios se aprecian fácilmente, también se verifican llamados que contienen otros elementos que - Si bien más sutiles- también podrían dar lugar a la práctica de conductas discriminatorias. En efecto, muchos llamados exigen, incluso como elemento imprescindible, que se adjunte al curriculum vitae una foto del postulante. Se trata de una práctica que si bien no necesariamente supone la existencia de una discriminación, deja abierta la puerta para que la selección se realice en base a criterios no objetivos e injustificados (por ejemplo, según la raza, la apariencia física, etc.)” (Zubillaga, Ignacio. 2015: 95).

El acceso al trabajo se ha enfocado más bien desde el ángulo de las políticas de empleo entre las cuales la formación profesional ha cobrado cada vez mayor relevancia. Se parte de la base de considerar que hay características de las personas que hacen que desde el aspecto laboral su empleabilidad se vea dificultada, fruto de la falta de preparación de situaciones que se tienen que abordar. Se aprecia entonces una desigualdad en el acceso al trabajo. En nuestra opinión, se ve una vulneración al principio de igualdad y la no discriminación y también se afecta de alguna manera el derecho al trabajo, como veremos más adelante. Esto significa que las situaciones de discriminación terminan horadando la posibilidad del acceso al empleo, y por tanto, el derecho al trabajo entendido de

esa forma. En esto es que entra a jugar la idea de la discriminación estructural, concepto que se ha puesto en consideración últimamente, examinado ut supra.

Capítulo III Acciones afirmativas. Conceptualización.

3.1. Concepto de acción afirmativa, acción positiva, discriminación positiva, discriminación inversa

Es central para el abordaje de este tema determinar qué se entiende cuando hablamos de acción afirmativa. Cabe señalar que existen varios términos que pueden ser considerados como sinónimos, pero la dogmática laboral en algún caso aprecia distinciones entre ellas. Así, Preciado Domenech, en el marco del derecho español, elabora una definición propia luego de enumerar la de otros autores. Dicho autor explica que prefiere la expresión “acción positiva” a todas las demás y señala que:

“son medidas de impulso y promoción que están destinadas a eliminar las desigualdades de hecho que padecen determinados grupos definidos por el sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, de edad o de orientación sexual; y pueden consistir en medidas de favorecimiento (subvenciones, formación, bonificación de cuotas de seguridad social, etc.), que no inciden necesariamente, aunque sí en determinados casos, en el derecho fundamental a la igualdad de trato de terceros, centrándose por lo general en aumentar las oportunidades de acceso al empleo, bien o servicio de que se trate. (...) En contraste con ello, la discriminación positiva o inversa, es una modalidad de acción positiva más incisiva, consistente en el trato formalmente desigual para lograr la igualación material, real y efectiva de un grupo socialmente desfavorecido. Consiste en un trato distinto basado en criterios odiosos (raza, sexo, religión, opinión, nacimiento) que tiene por finalidad compensar una situación de desigualdad material e inferioridad de un colectivo o grupo socialmente minusvalorado garantizando un resultado favorable a ese colectivo (ej. cuotas de contratación de mujeres, minorías étnicas, religiones minoritarias, discapacitados, etc.), en detrimento de otro colectivo socialmente más favorecido. La discriminación inversa constituye una excepción a la prohibición de discriminación directa y por ello ha de interpretarse de forma estricta y debe ser proporcionada a la

finalidad igualadora que persigue, limitándose a restringir el derecho a la igualdad de la persona a quien se perjudica en la medida estrictamente necesaria y de forma temporalmente limitada para lograr el fin de alcanzar la igualdad real y efectiva del colectivo desfavorecido” (Preciado Domenech, 2016, pp. 81 y 82).

Las distingue este autor a su vez de las acciones protectoras, que podrían ser confundidas con las mencionadas, pero son diferentes. Se trata en este caso de acciones “paternalistas” como él mismo las califica, por ejemplo en el caso de la mujer, las que la caracterizaban como un ser “débil” necesitado de protección. Lo negativo de estas acciones es que colocan a la persona objeto de protección en un papel de minusvaloración (Preciado Domenech, 2016, p. 82). Esto se vincula con lo que se señala ut supra acerca de las normas especiales, por ejemplo, de trabajo de la mujer que se veían en nuestro derecho.

3.2. Distintos enfoques sobre las acciones afirmativas

Referido a este tema y al hablar de la igualdad de oportunidades, desde el campo de la sociología, señala Dubet que para corregir la desigualdad de oportunidades existen dos alternativas. Una es que para luchar contra las discriminaciones se garantice la igualdad de acceso a los bienes y servicios de los cuales los más discriminados están más excluidos. Asegurar de esta manera el acceso a todas las instituciones y servicios. Esto estaría en consonancia con el modelo republicano concebido en Francia en el siglo XIX. La otra alternativa la caracteriza como una medida de compensación que frecuentemente fue señalado como una contradicción con lo precedentemente expuesto. Se trata de construir medidas de “discriminación positiva” que mitiguen las discriminaciones “naturales” (Dubet, 2012, pp.59 y 60)

Expresa Aguilar Muñoz, desde la dogmática jurídica chilena, que la noción de “igualdad material” surge de la observancia de que ciertos rasgos les provocan una desigual situación a ciertos sujetos en la sociedad. Uno de los instrumentos que se ha utilizado entonces para alcanzar esa igualdad material es el de las

acciones positivas, como las denomina, y afirma que el derecho antidiscriminatorio ha evolucionado desde una postura negativa, como abstención, a una más positiva, como actividad. En la concepción original se atendía más bien a la igualdad formal y con esta nueva modalidad del derecho antidiscriminatorio, se atiende a la obligación positiva de hacer para el logro de igualdad de oportunidades (Aguilar Muñoz, 2013, 112). Sobre la igualdad material dice que, a diferencia de la igualdad formal, no le da el mismo tratamiento a todas las personas sino que ofrece un trato diferenciado en función de la distinta posición social que cada uno ocupa en la sociedad y se persigue con ella eliminar gradualmente las desigualdades perjudiciales que afectan a algunos miembros de la sociedad (Aguilar Muñoz, 2013, 113):

Pisarello destaca que los derechos civiles, políticos y sociales pueden conectarse al principio de igualdad formal, que inhibe la discriminación, como al principio de igualdad sustancial, por el cual se deben remover las desigualdades fácticas. Sostiene este autor que si se contempla a los derechos civiles y políticos desde la igualdad formal, se mirará, por ejemplo, a no ser discriminado del derecho de libertad de expresión, del derecho de asociación, etc. Si se los ve, en cambio, desde la perspectiva de la igualdad sustancial comprende al derecho a que existan las condiciones materiales para la efectividad de los derechos (Pisarello, 2007, p. 46). Para facilitar esas condiciones materiales es donde las acciones afirmativas juegan un papel importante.

En nuestro medio, Riso Ferrand se ha expresado acerca de las acciones afirmativas. Refiere este autor que en Estados Unidos se había desarrollado el concepto de categorías sospechosas de discriminación, que determina que los jueces hagan un análisis de la justificación más riguroso. Sostiene que esto se trasladó también a la jurisprudencia europea, en la cual se dio una suerte de inversión de la carga probatoria, respecto a la razonabilidad de las diferenciaciones, que llevaba a que no fuera el discriminado que tuviera que probarlo sino los que hubieran establecido la diferenciación. Esto derivó en lo que

denomina como “doctrina de la discriminación favorable”, por las que la igualdad se lograba mediante la creación de desigualdades contrarias, o sea, las acciones afirmativas (Risso Ferrand, Martín. 2022: 154 y 155).

Realiza este autor asimismo, una relevante observación sobre las acciones afirmativas, que funciona como una suerte de advertencia frente a posibles consecuencias indeseadas que puede acarrear su implementación:

“Estas acciones afirmativas son problemáticas en la medida de que, para combatir una situación de desigualdad que existe en los hechos, se crea, artificialmente, una situación de discriminación inversa dispuesta por la ley. O si se prefiere, se combate la discriminación de hecho creando otra discriminación en contrario por ley. Estas acciones afirmativas han sido y siguen siendo, muy discutidas en la jurisprudencia estadounidense” (Risso Ferrand, Martín. 2022:155).

Sobre el fundamento de la acción afirmativa como herramienta para generar igualdad, al contrario de lo que a veces se sostiene como que genera una nueva discriminación, asevera Pintos Casañas, citando a Díaz Revorio:

“En definitiva, el autor señala que la discriminación se diferencia del derecho y principio de igualdad por medio del mandato de acción que implica revertir una situación de discriminación. Este mandato impone adoptar medidas que corrijan la situación o el punto de partida desventajoso de la persona o el colectivo afectado, y echa por tierra las reflexiones sobre las acciones afirmativas como excepciones al principio de igualdad, siendo, en definitiva, cumplimientos del deber impuesto por la no discriminación” (Pintos Casañas, 2024, p. 66)

3.3. Algunos caso paradigmáticos sobre acciones afirmativas

Existen seguramente distintos casos que tienen que ver con la aplicación de las acciones afirmativas. Mencionaremos dos casos que se han considerados como muy relevantes al momento de estudiar el impacto que tienen las acciones afirmativas. En estos casos ese impacto se mide por el perjuicio que este tipo de medidas puede ocasionar en derechos de otras personas en casos particulares. Creemos que para que las medidas afirmativas o de discriminación positiva

puedan tener éxito en su aplicación deben tener un cierto grado de legitimidad en la ciudadanía, tema sobre el cual no contamos con información hasta este momento.

3.3.1. El caso Bakke

En este primer caso que se comenta, se trata del empleo de las acciones afirmativas para garantizar el acceso a la educación para paliar las desigualdades basadas en razas en Estados Unidos. La sentencia del caso se dictó en el año 1978 en el caso “Regens of the University of California v. Bakke, 438 US 265, de 28 de junio de 1978”.

El cerno de la cuestión era que en la Facultad de Medicina de la Universidad Davis de California se reservaba un 16% para minorías (negros, hispanos asiáticos y nativos americanos) de las 2664 solicitudes de ingreso que superaran la nota mínima. Alan Bakke era un ingeniero blanco que había sido rechazado dos veces a pesar de contar con más méritos que los candidatos negros o hispanos. La tercera vez que fue rechazado, hizo un reclamo judicial ante los tribunales estatales que lo acogieron, en su intención de ser admitido por la Universidad (Hidalgo Cuadra, 2014, p 3).

La sentencia no se refiere a un derecho humano fundamental en particular, sino que se remite a la enmienda 14 de la Constitución de los Estados Unidos, enmienda del año 1868 que se refiere en sus sección primera a que ninguna ley privará a ningún de ciudadano de los Estados Unidos la igual protección de las leyes, sin un debido procedimiento. En definitiva, se trata de la igualdad de las personas ante la aplicación de la ley y de la prohibición de discriminar en forma general por motivos de raza, género, nacionalidad, etc. (Hidalgo Cuadra, 2014, p 4).

En síntesis, la sentencia le da la razón al demandante, por cinco votos a favor y cuatro en contra de la Corte Suprema de Estados Unidos, entre otros argumentos

en base a que la Constitución no prohíbe tener en cuenta la raza de los solicitantes en las instancias de admisión, siempre que no haya cupos rígidos y la Universidad justifique su utilidad para permitir el acceso de minorías. O sea, que se entiende que el mecanismo de las cuotas es válido para mitigar desigualdades de origen. Sin embargo, la Corte acogió el petitorio de Bakke y se anuló el programa de admisiones de la Universidad, al entender que iba contra la enmienda 14 mencionada, porque el demandante podía competir por los lugares fuera del 16 % referido, mientras que los integrantes de las minorías podían competir tanto en el programa especial como en el general. Se refiere en la sentencia que esa distinción basada en la raza debe demostrarse que el interés perseguido está protegido por la Constitución y que, a su vez, ese medio satisface el interés alegado. Los argumentos esgrimidos por la Universidad no fueron recibidos y se entendió que, en definitiva, se consagraba una discriminación que iba contra la Constitución (Hidalgo Cuadra, 2014, pp. 5 a 7).

Desde la teoría del derecho norteamericana, Dworkin abordó los temas que se plantean en el caso Bakke. En nuestra opinión, en esa reseña el autor destaca los argumentos en contra y a favor que se pueden tener en definitiva con el tema de las acciones afirmativas, atravesado por lo que sucede en el caso de Bakke. La implementación de acciones afirmativas puede tener consecuencias negativas, como en este caso puntual, porque afecta a un sujeto que tenía legítimas expectativas de acceder a algo. A su pretensión, se le contrapuso una política pública general, con un objetivo determinado. Por lo tanto, no hay que asignarle a esas acciones afirmativas intenciones que no son las que se tienen cuando se instrumentan. Al respecto dice este autor:

Por lo tanto no hay peor error de interpretación posible que suponer que lo que se proponen los programas de acción afirmativa es balcanizar los Estados Unidos, dividiéndolos en subnaciones raciales y étnicas. Si se requieren medidas fuertes es porque quienes fracasan son los débiles; pero el objetivo final es disminuir, no aumentar, la importancia del factor racial en la vida social y profesional de la nación. (Dworkin, 2012, p. 365).

Respecto a la mala interpretación que se hace en determinados contextos de este tipo de medidas agrega este autor:

“Los programas de acción afirmativa generan, al parecer, un malentendido muy difundido, que es que suponen que los grupos raciales o étnicos tienen derecho a una parte de oportunidades proporcional a la población que los integra, de modo tal que la minoría étnica italiana o polaca tiene el mismo derecho que los negros, chicanos o miembros de pueblos originarios de participar en los programas actuales. Se trata de un error flagrante: los programas no se basan en la idea de que quienes reciben ayuda tienen derecho a esa ayuda, sino en la hipótesis estratégica de que colaborar con ellos ahora es una manera efectiva de atacar un problema nacional. Es muy probable que algunas facultades de medicina hagan la misma evaluación en, en determinadas circunstancias, sobre una minoría étnica blanca. De hecho, hay algunas facultades médicas que ya estarían intentando proporcionar ayudas a postulantes blancos de la zona de los Apalaches, por ejemplo, en el marco de programas de distribución regional”. (Dworkin, 2012, p. 367).

Cabe concluir con este aserto del jurista norteamericano, que el fundamento entonces de la acción afirmativa para él, por lo menos en el caso del enfoque del origen étnico, no es una especie de distribución de plazas según la cantidad de población representada, sino la necesidad de propender a una igualdad en los hechos de una injusticia histórica. En ese párrafo menciona también a un grupo minoritario de población blanca, que se encontraba en situación de desventaja, los denominados blancos de los Apalaches. Por lo que, puede entenderse que lo más relevante sería la situación de desventaja, y no la pertenencia a una u otra etnia en sí mismo.

Queda también claro, que la exclusión de Bakke no se da en el caso que quedó afuera de la posibilidad por causa de su propia raza. O sea, que podría leerse de este razonamiento que “se lo discrimina por ser blanco”. Según lo que nos comenta Dworkin, esto no debe verse de esta manera. Al respecto dice:

“El reclamo de Bakke, por consiguiente, debe formularse en términos más específicos. Bakke sostiene que quedó afuera de la facultad debido a su raza.

¿Quiere decir, acaso, que quedó afuera porque su raza es objeto de prejuicio o desprecio? La idea es absurda. Un muy alto porcentaje de quienes fueron admitidos (y, presumiblemente, de quienes manejan el programa de admisiones) eran miembros de su misma raza. En consecuencia, lo que quiere decir es, simplemente, que si hubiera sido negro, lo habrían admitido, sin sugerir que esto habría ocurrido porque se piense que los negros son más valiosos u honorables que los blancos. Eso es verdad: sin duda, habría ingresado si fuera negro. Pero también es verdad, y exactamente en el mismo sentido, que habría ingresado si hubiera sido más inteligente, o si hubiera causado una mejor impresión en la entrevista, o, en el caso de otras facultades, si hubiera sido más joven cuando decidió ser médico la raza no es, en su caso, una cuestión distinta de todos esos otros factores que también son ajenos a su voluntad. No es una cuestión distinta porque, en su caso, la raza no se distingue por el carácter especial del insulto público. Por el contrario, el programa presupone que su raza todavía es considerada por muchos, aunque equivocadamente, superior a otras”. (Dworkin, 2012, p. 372).

Por último, Dworkin establece una distinción en las consecuencias puntuales que puede tener la implementación de una política en un individuo particular, como sucede en este caso, y la disociación entre culpa individual o responsabilidad colectiva. Sobre esto dice:

“No hay desde luego, ninguna sugerencia en el programa de que Bakke tenga culpa alguna, colectiva o individual, por la injusticia racial en los Estados Unidos, o que tenga menos derecho a igual consideración y respeto que cualquier estudiante negro admitido en el programa. Ha sufrido una decepción, y se lo debe compadecer por ello, tal como ocurre con cualquier otro postulante en su situación (incluso aquel con puntajes mucho más bajos en los exámenes, que no habría ingresado en ninguna circunstancia). Todos quedan decepcionados porque las vacantes en las facultades de medicina son recursos escasos y se los debe usar de modo tal de brindar lo que la sociedad en general más necesita. No es culpa de Bakke que la justicia racial hoy sea un necesidad especial; pero no tiene derecho a impedir que se pongan en práctica las medidas más efectivas para garantizar esa justicia” (Dworkin, 2012, p. 374).

3.3.2. Caso Kalanke

El presente caso se trata de una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de octubre de 1995. Era el caso de un ingeniero que competía con una ingeniera por la jefatura de sección del Servicio de Parques y Jardines de la Ciudad de Bremen. Por esa sentencia se consideró que una norma del estado federal de Bremen que en los ascensos en la función pública otorgaba “preferencia a las mujeres frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación si, en el sector de que se trata, están infrarrepresentadas”, era contraria a una Directiva de la Comunidad Europea (Ruiz Miguel, 1996, p. 124).

Al respecto de este caso señala Atienza, que se pretendió argumentar que la ley de Bremen y por lo tanto cualquier disposición que contenga una discriminación inversa establece un sistema de responsabilidad indirecta y carente de justificación (Atienza, 1996, p. 119). Para ejemplificar, en el caso sometido a análisis, el señor Kalanke sufre un perjuicio en razón de discriminaciones de las que fueron objeto en el pasado las mujeres, o sea, por acciones que él no realizó y las que no pudo evitar de ninguna forma. En definitiva se lo trata peor no por alguna acción por él cometida, sino por pertenecer al grupo de los varones. Sin embargo, entiende Atienza (Atienza, 1996, pp. 119 y 120) que estos argumentos esgrimidos por el abogado general durante el proceso no son suficientes. En efecto, señala este autor que los dos principios que regulan si una medida de discriminación inversa está bien utilizada son los siguientes:

1) Una medida de justificación inversa está justificada si:

a) resulta eficaz para alcanzar el objeto perseguido sin un gran costo.

b) se trata de un objetivo socialmente importante y que alcance a una cantidad razonablemente amplia de personas pertenecientes al sector objeto de la protección.

c) que no exista otra medida para alcanzar esos objetivos y que lesione en menor medida derechos fundamentales de otros individuos.

2) Quien recurra a una medida de discriminación inversa tiene la carga de argumentar que se verifiquen los supuestos de a), b) y c).

Sobre este mismo caso señala Ruiz Miguel que la finalidad de la discriminación inversa debe ser conseguir una situación más igualitaria entre grupos minoritarios discriminados con anterioridad. Sostiene asimismo este autor que la discriminación inversa no es la panacea que solucionará todos los problemas de desigualdad, ni tampoco cree que sus impulsores así lo sientan (Ruiz Miguel, Alfonso, 1996, pp. 130 y 131). Sobre los posibles efectos perniciosos destaca Ruiz Miguel que:

“Asimismo, la discriminación inversa, aun siendo justa, puede suscitar efectos sociales negativos que sería necio desconsiderar con el kantiano *fiat iustitia et ruat caelum*: las reacciones de agravio comparativo, la posible reestigmatización social de las personas inversamente discriminadas (“entró por la cuota pero no vale nada”) y otras objeciones semejantes, que no deben aceptarse acríticamente sino que han de contrastarse sociológicamente, pueden constituir serios obstáculos de hecho a la extensión de las medidas de discriminación inversa, que han de valorarse políticamente” (Ruiz Miguel, Alfonso, 1996, p. 132).

Agrega este autor que las medidas de discriminación inversa, deben tener algunos límites, entre los cuales destaca su temporalidad (Ruiz Miguel, Alfonso, 1996, p. 132).

Capítulo IV Normativa sobre igualdad de acceso al trabajo y acciones afirmativas en el Uruguay.

4.1. Normativa sobre igualdad de acceso al trabajo y acciones afirmativas en el Uruguay⁴

Existen varias disposiciones en la normativa laboral nacional que establecen acciones afirmativas vinculadas al acceso al trabajo y a la educación y formación. En este caso, nos centraremos en enumerar aquellas relacionadas con el acceso al trabajo. En ellas hay algunas que establecen medidas para prevenir la discriminación en el acceso al trabajo y algunas tienen a su vez medidas positivas más fuertes, como la asignación de cupos para el ingreso a un puesto de trabajo.

4.1.2. Normas constitucionales

En la Constitución Nacional es menester destacar que ya se mencionó como norma relacionada a este tema la norma recogida en el artículo 8º de la Carta que dice: “Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes”. Es interesante señalar también el ya mencionado ut supra, artículo 55 de la Constitución, que dispone que: “La ley reglamentará la distribución imparcial y equitativa del trabajo”. Se ha señalado, por ejemplo, que la ley 19691 sobre promoción de trabajo para personas con discapacidad, no es otra cosa que una reglamentación de esa disposición constitucional. Se sostiene que constituye una norma institucional operativa de segundo grado, en oposición a las normas programáticas, o sea, que se trata de una norma constitucional de aplicación directa, pero que necesita de una reglamentación legal para resultar operativa (Hargain, Camila; Trabaglia Juan Ignacio. 2019, p.19).

⁴ Sobre el tema del establecimiento de acciones afirmativas para el acceso al trabajo, ver: Iglesias, Leticia. El establecimiento de cuotas como medida de acción afirmativa en la contratación laboral. Revista Derecho del Trabajo, Año VII- N° 22 – enero/marzo 2019.

También hay que tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 7º de la Constitución, cuando habla de la protección de distintos derechos fundamentales, como el trabajo, que podrá ser limitado por razones de interés general. En este sentido, se podría argumentar que el derecho al trabajo de algunos es limitado a favor del de otros, por su posición desigual origen, como ya se ha observado, que no es otra cosa que la explicación de lo que significa una acción afirmativa. Esto es lo que podría argumentar a su favor alguien que por alguna razón se sintiera desplazado en su legítima expectativa de acceder a un empleo, en el caso que la implementación de una acción positiva lo “perjudicara”. Entendemos que el enfoque de las acciones afirmativas desde la discriminación estructural, coadyuva a aventar este tipo de argumentaciones, junto a las conclusiones también recogidas de Dworkin, señaladas ut supra.

4.1.3. Principales normas de rango legal

4.1.3.1. La ley 16.045 sobre igualdad de trato y oportunidades para ambos sexos en la actividad laboral

Esta ley no prevé la aplicación de medidas de acción afirmativa específicas pero prevé una situación en su artículo 3º que dispone: “Asimismo, la discriminación de carácter compensatorio orientada a promover la igualdad de oportunidades y trato para ambos sexos en situaciones concretas de desigualdad, no se encuentra comprendida en la prohibición de a que hace referencia el artículo 1º de la presente Ley”. En efecto, ese artículo 1º prohíbe la discriminación que menoscabe la igualdad de trato para ambos sexos en cualquier rama o sector de actividad laboral.

4.1.3.2. Ley 19122. Normas para favorecer la participación educativa y laboral de las personas afrodescendientes

Según lo establecido en los artículos 1 y 2, los sujetos amparados son los integrantes de la población afrodescendiente. El artículo 1° del decreto reglamentario N° 144/014 establece que: “se considerarán afrodescendientes a aquellas personas que, al postularse a cualquiera de los beneficios establecidos en la misma, se atribuyan esa calidad en base a su percepción de pertenencia en materia de etnia/raza. Los criterios que aplique el Instituto Nacional de Estadísticas constituirán una guía para tal autodefinición”.

El artículo 1 de la ley hace algo inusual en una norma jurídica. En efecto, formula una especie de justificación de la necesidad de su existencia, más propia de una exposición de motivos que lo que es habitual en el texto de una ley. Se reconoce en dicho artículo que la población afrodescendiente ha sido objeto de discriminación, el racismo y estigmatización desde la época de la trata de esclavos. Y señala que una de las finalidades la referida ley es reparar los efectos de esa discriminación.

En el artículo 2° se declara de interés general la promoción, diseño e implementación de acciones afirmativas en los ámbitos público y privado para los afrodescendientes.

En el artículo 3° se vincula a las acciones afirmativas como formas de cumplir con los artículos 7, 8 y 72 de la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos, en la medida en que garantizan el goce de los derechos reconocidos, la igualdad entre los habitantes de la república y los derechos y garantías que derivan de la personalidad humana. Llama la atención que este artículo consagra una forma de interpretar las acciones afirmativas desde la misma ley, al vincularlo a las mencionadas disposiciones constitucionales y a las normas internacionales de derechos humanos. Al hacerlo, trata a nuestro juicio de evitar ser considerada una nueva norma discriminatoria.

El artículo 4° obliga a los organismos estatales y a las personas de derecho público no estatal a cubrir el 8% de los puestos de trabajo que deban ser ocupados en el año, con personas afrodescendientes siempre y cuando cumplan con los requisitos constitucionales y los específicos de cada llamado público realizado. El artículo 5 le encomienda al INEFOP determinar un cupo no inferior al 8%, para la población afrodescendiente en programas de capacitación y calificación.

El artículo 7° establece la inclusión en los beneficios de la ley 16.906 de inversiones a las empresas que contraten personas afrodescendientes del país, agregando un literal G, a su artículo 11. O sea que las empresas que para acceder a las promociones de inversiones que prevé la ley N°16.906 se dice que tendrá especialmente en cuenta a aquellas inversiones que, entre otras cosas: “Incorporen a la plantilla de la empresa personal proveniente de la población afrodescendiente del país”. El giro empleado por la norma, cuando se refiere a población afrodescendiente “del país”, podría llegar a encartar una interpretación que por alguna razón pudiera generar una nueva discriminación. Esto sucedería en el caso que se entendiera que cuando dijera del país, estuviera restringido a ciudadanos legales o naturales. En ese caso, se dejaría afuera a los residentes, o incluso a personas que tuvieran pendiente su trámite de residencia. Entendemos que una interpretación como la que se menciona, colidiría con lo preceptuado por la ley 18.250 de migraciones. En efecto, en el artículo 7° se establece que: “Las personas extranjeras que ingresen y permanezcan en territorio nacional en las formas y condiciones establecidas en la presente ley tienen garantizado por el Estado uruguayo el derecho a la igualdad de trato con el nacional en tanto sujetos de derechos y obligaciones”. Más adelante el artículo 8° dice: “Las personas migrantes y sus familiares gozarán de los derechos de salud, trabajo, seguridad social, vivienda y educación en pie de igualdad con los nacionales. Dichos derechos tendrán la misma protección y amparo en uno y otro caso”. En efecto, en

base a lo mencionado, todo lo previsto en esta norma debe aplicarse en consonancia con lo establecido por las disposiciones referidas de la Ley N° 18.250

El artículo 9° dispone la creación de una comisión integrada por un representante del Ministerio de Desarrollo Social que oficiará como presidente, uno del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y otro del Ministerio de Educación y Cultura. Dicha comisión tiene como finalidad velar por el cumplimiento de los cometidos expresamente establecidos en la ley. Los cometidos esenciales de la Comisión están dispuestos en el artículo 15 del decreto reglamentario.

El decreto contiene algunas reglamentaciones que aclaran la interpretación de la norma en diferentes aspectos. Los artículos 2° y 3° refieren a que se debe dar difusión a los llamados, informar sobre los cupos disponibles e incluir la variable etnia / raza en la descripción de la información a presentar por las personas que se postulen. También se señala cómo debe actuarse en caso de que deban hacerse sorteos, en caso de que se necesitare. En el artículo 4°, como sucede con otras normas de similar característica, se establece que si la cifra que resulte de aplicar los porcentajes no sea igual o mayor a la unidad, se redondeará en la unidad superior. En el artículo 5° se dispone que si la cantidad de personas afrodescendientes no sea suficiente para cubrir los porcentajes aplicables o si los que se presentaron no reúnen las condiciones requeridas, los cupos restantes podrán ser cubiertos con los postulantes a las convocatorias generales. En el artículo 6° se determina un concepto amplio de puesto de trabajo que abarca cualquiera de las modalidades previstas, como arrendamiento de obra y servicio así como las que se cubran por el régimen de ascenso. En los artículos 7° a 9° se especifican algunas obligaciones, como proveer a la ONSC de planificaciones anual de sus necesidades de recursos humanos a los organismos del Inciso 02 al 15 del Presupuesto Nacional con los puestos a cubrir por personas afrodescendientes. Se establece que deberá haber una distribución equitativa de puestos entre todas las profesiones, oficios y demás experticias que se requieran en los respectivos llamados. Se estatuye la obligación para todas las personas

jurídicas obligadas de informar sobre la cantidad de personas afrodescendientes ingresadas en el año anterior, con plazo al 31 de diciembre de cada año.

4.1.3.3. El caso de la ley integral para personas trans N° 19.684.

El proyecto fue enviado por el Poder Ejecutivo. La exposición de motivos contiene algunas características que resultan determinantes para configurar el tema, pero cuya problematización exceden el propósito de este trabajo. En ese sentido, en la exposición se señala respecto al ámbito subjetivo que: “Por personas trans, (travestis, transexuales y transgéneros) se considera a aquellas que se autoperciben como y/o expresan un género distinto al esperado socialmente en función del sexo que les fue legalmente asignado al momento del nacimiento, o bien que viven un género que resiste encuadrarse dentro de los márgenes del binarismo masculino/femenino”. Lo reseñado está establecido también en el cuerpo del proyecto. Posteriormente en dicha exposición de motivos se hace referencia al estigma, discriminación y violencia social que ha vivido este colectivo a lo largo de los años, lo cual les ha dificultado el ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Se agregaba que todos estos factores eran los que hacían necesario la presentación de este proyecto de ley. Se suministraban a su vez también algunos datos relativos a esta población. De acuerdo al primer censo nacional de personas trans realizado en el año 2016, habían logrado ser encuestadas 873 personas. Se obtienen otros resultados como que en un 25% se desvinculan de forma temprana del hogar, el 75 % desertó de la educación por el fuerte acoso sufrido, 60 % con ciclo básico incompleto y la edad promedio de abandono del sistema educativo es de 14 años. También se mencionan problemas en el acceso a la salud. Por último, en la exposición de motivos se dice tener inspiración en los principios de Yogyakarta, un documento no vinculante realizado por un grupo de expertos por encargo de la ONU, que tiene principios generales relativos a la orientación sexual e identidad de género para orientar en la interpretación y aplicación de las normas del Derecho

Internacional de los Derechos Humanos. Se establecen estándares mínimos y recomendaciones para los gobiernos y la sociedad civil

El texto de la norma aprobada tiene muchos aspectos distintos vinculados al derecho a la identidad de género, inclusión educativa, el establecimiento de una pensión reparatoria, derecho a la salud, a la vivienda, registro de estado civil, una pensión reparatoria para quienes hubieran sufrido persecución y represión en la dictadura cívico - militar y algunas vinculadas a la inclusión laboral.

En cuanto a la formación y capacitación para el trabajo se establece en el artículo 13 que el INEFOP (Instituto Nacional de Empleo y Formación Profesional) debe destinar un cupo no menor a 1% para las personas trans en los programas de capacitación y calificación que se realicen. En este caso nos encontramos con un cupo instalado para la formación profesional. La aplicación de este artículo puede ocasionar dificultades en su aplicación, dada la magnitud censada de este colectivo respecto a la población en edad de trabajar. Es interesante la disposición del artículo 14 de la ley. En este caso se otorga un estímulo a través de beneficios que otorga la ley de inversiones para empresas que contraten personas trans, en lugar de establecer un cupo. En efecto, incorpora a los beneficios de la ley de inversiones, N° 16.906 de 1998 a aquellos emprendimientos que incorporen personas trans que residan en la República. Los beneficios son entre otras, exoneraciones fiscales. Al hablar de que residan “en la República”, entendemos que habla de las categorías de residencia que se definen en la ley 18.250, que reguló todo lo atinente a las migraciones en el año 2008, entre ellos, aspectos laborales. Tal como se establece en la ley integral para personas trans, el beneficio de la ley de inversiones se otorgaría a empresas que contraten personas trans que tuvieran ya algún estatus de residencia. Por lo que, a contrario sensu, no se otorgarían cuando no se tiene el estatus aún.

En cuanto al efectivo establecimiento de cupos se ha dispuesto solamente para la Administración Pública. Todos los órganos estatales y personas de derecho

público no estatal. Se menciona al Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Poder Legislativo, Tribunal de Cuentas, Corte Electoral, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, y las personas de derecho público no estatal. En esa norma se dispone que en los mencionados organismos debe ser llenado el 1% de los puestos de trabajo a ser llenados en el año. Esta redacción resulta algo confusa, por lo que para su interpretación debería irse a la discusión parlamentaria de la ley. Al hablar de puestos “en el año” estaría estableciendo que en todos los llamados a concurso de ingreso que se hagan debería destinarse ese 1%. La misma redacción tenía la ley 19.122 para la población afrodescendiente en su artículo 4°. En cambio en la ley 18.651 para las personas con discapacidad se decía que debían garantizar una proporción no menor a un 4% de sus vacantes, que luego fue cambiado a “puestos a ser llenados en el año”. La diferencia es sutil, pero puede ocasionar algún problema interpretativo. Se hará necesario luego evaluar el impacto de su aplicación. Se le da a la aplicación de estos cupos un plazo de 15 años, basado seguramente en la idea de que las acciones afirmativas deben ser transitorias hasta tanto las desigualdades se mitiguen por sí solas. Le comete también este artículo al Consejo Nacional Coordinador de Políticas Públicas de Diversidad Sexual para que haga un seguimiento de la norma y que en un término de cinco años haga un informe con una evaluación de impacto de todas las disposiciones de la ley.

4.1.3.4. Ley 19.133 de empleo juvenil

La ley de empleo juvenil es en sí misma un instrumento de una política pública diferenciada que atiende a los problemas de inserción laboral que tienen los jóvenes en nuestro país. Ya había habido otras normas para fomentar el empleo de los jóvenes. La particularidad en este caso es que, además de propender al estímulo de la contratación de jóvenes, en su artículo 23, bajo el epígrafe de “acciones de discriminación positiva”, en el capítulo IV sobre primera experiencia laboral en el Estado y en personas públicas no estatales, establece que los

organismos del Estado y personas públicas no estatales deberán contratar jóvenes bajo la modalidad de primera experiencia laboral por lo menos en el 50% de sus contrataciones anuales de becarios y pasantes. A su vez se establece que, de ese 50 %, el 50% deberá beneficiar a mujeres jóvenes, el 8% a personas jóvenes afrodescendientes, el 4% a personas jóvenes con discapacidad, y el 2% a personas trans. Esta es la primera norma legal que específicamente le asignó una cuota a las personas trans.

Sin perjuicio de lo reseñado, es menester aclarar que la ley N° 19.133 fue derogada de forma expresa en su totalidad por la ley N° 19.973, que se comentará a continuación de la ley N° 19.689.

4.1.3.5. Ley 19.689 de incentivos para la generación de nuevos puestos de trabajo

Esta norma es modificatoria de la ley N° 19133 de empleo juvenil antes mencionada. Fue sancionada en el año 2018 y le hizo algunas modificaciones y agrega algunas cuestiones nuevas. Se la denominó como ley de “Modificación de disposiciones relativas a otorgar incentivos para la generación de nuevos puestos de trabajo fomentando el empleo juvenil”.

En el artículo 10, le da una nueva redacción al artículo 21 de la ley N° 18.406, del año 2008, de creación del Instituto de Empleo y Formación Profesional (INEFOP). Allí se establece que el INEFOP, a través del Programa de Promoción a Emprendimientos Juveniles, subsidiará el 50 % de las contribuciones especiales de seguridad social que corresponden a los aportes patronales, por un plazo de 18 meses hasta un monto de 15 BFC (Bases Fictas de Contribución en los siguientes casos, a empresas creadas a partir del 1° de enero de 2016, cuyos titulares fueran jóvenes de entre dieciocho y veintinueve años a la entrada en vigencia de la referida ley 19689. La singularidad que previó esa norma es que, si los titulares, o la mitad más uno de los titulares de las empresas pertenecían a un colectivo determinado específicamente, podrían acceder a un beneficio adicional de 5 BFC,

en añadido al anteriormente mencionado subsidio. Dichos colectivos estaban descritos como: mujeres jóvenes, jóvenes con vulnerabilidad socio - económica o joven con discapacidad. Estamos ante un caso de acción afirmativa, pero dirigida en este caso a la empresa y no a los trabajadores, lo cual puede verse también como una innovación. Para determinar quiénes pueden acceder al beneficio, en el caso de los jóvenes con discapacidad, se atiende a lo que dispone el Registro de Personas con Discapacidad, llevado por la Comisión Nacional Honoraria de la Discapacidad y a la normativa vigente. Para determinar la situación de jóvenes con vulnerabilidad socio - económica, se estará a lo que dice el artículo 2° de la ley N° 18.227 y su reglamentación. Esa ley que dispuso un nuevo sistema de asignaciones familiares a menores en situación de vulnerabilidad, en su artículo 2° dispone en su inciso segundo: “La determinación de los hogares que se encuentren en situación de vulnerabilidad socioeconómica así como la del nivel a que refiere el inciso segundo del artículo anterior, se harán conforme a criterios estadísticos, teniéndose en cuenta, entre otros, los siguientes factores: ingresos del hogar, condiciones habitacionales y del entorno, composición del hogar, características de sus integrantes y situación sanitaria”.

En su artículo 11, la ley N° 19.689, en su capítulo II sobre promoción del empleo, previó otorgar un subsidio temporal a empresas que contraten nuevo personal a su plantilla. Se les otorgaba un subsidio del 25 % de las retribuciones nominales mensuales del trabajador sujetas a montepío, o del 40% de trabajadores mayores a 45 años de edad. El plazo máximo del beneficio también se preveía de 18 meses. Resulta llamativo que una norma atinente a paliar la situación de la dificultad de acceso al trabajo para las personas de edad madura, se incluyera también en una ley de fomento al empleo juvenil. Se instala aquí también un esbozo de acción afirmativa, que no se resume a un cupo para el acceso a un puesto de trabajo, sino una medida de apoyo y promoción para las empresas^{5 6}.

⁵ Para un estudio pormenorizado acerca del tema de la discriminación a los trabajadores de edad madura, ver el siguiente libro: Durán, Beatriz. “Discriminación para el acceso al empleo por edad madura”. FCU, Montevideo, 2018.

4.1.3.6. Ley 19.973 de políticas activas de empleo para jóvenes, mayores de 45 años y persona con discapacidad

Finalmente, lo atinente a empleo juvenil que nuevamente reformado por la ley N° 19.973. En su artículo 1°, al delimitar su ámbito subjetivo, refiere que el objetivo del mencionado acto legislativo es el desarrollo de políticas activas de empleo para favorecer el acceso a una actividad laboral remunerada, ya sea por cuenta propia o ajena, de jóvenes entre 15 y 29 años, personas mayores de 45 años y personas con discapacidad. Es dable destacar que finalmente, se coloca explícitamente en un mismo acto normativo disposiciones sobre empleo juvenil, personas mayores de 45 años, y personas con discapacidad. Lo que difiere en este caso de anteriores redacciones, es la expresa inclusión del giro “por cuenta propia o ajena”.

El artículo 2° enmarca al contenido de la ley en los principios rectores del trabajo decente, el tripartismo. En el artículo 3° se describe la finalidad y contenido de los programas. Allí se explicita que las políticas activas de empleo que se pretenden implementar tienen como norte reducir la vulnerabilidad de los jóvenes, de las personas mayores de 45 años y de las personas con discapacidad, para su incorporación al mercado de trabajo, así como reducir los riesgos de posible pérdida de empleo por falta de formación o capacitación y mejorar las posibilidades de reinserción laboral.

En su artículo 5° recoge las disposiciones sobre incentivos sobre contratación de trabajadores jóvenes, personas mayores de 45 años y personas con discapacidad.

⁶ Actualmente existe en la Cámara de Representantes un proyecto de ley de igualdad de oportunidades e inclusión laboral para personas mayores de 50 años en la Administración Pública. El proyecto ha sido presentado por un representante nacional y entre sus objetivos está el de que se establezca un cupo de un 20 % para personas mayores de 50 años, en forma progresiva, en todos los llamados públicos. El proyecto fue presentado el 18 de junio de 2025 y al mes de agosto de 2025 se encuentra a estudio de la Comisión de Legislación del Trabajo y Seguridad Social de la Cámara de Representantes. Carpeta N° 602/2025, nro. de asunto 167153.

El mecanismo es como ya se había hecho en normativas anteriores, como la ley N° 19.689, a través de subsidios en el pago de contribuciones especiales de seguridad social. Este artículo es bastante riguroso en cuanto a los requisitos que se deben cumplir para acceder a los beneficios.

En primer lugar, se señala que, en el caso de los jóvenes, el porcentaje máximo de contratados por las modalidades previstas en dicha ley, no podrá exceder del 20 % de la plantilla permanente de la empresa. Luego el artículo es aún más explícito y remarca que, las empresas que tengan más de cinco trabajadores pero menos de diez, podrán contratar hasta dos jóvenes. Las empresas que tuvieran en su plantilla permanente entre uno y cinco trabajadores, podrán contratar hasta un joven.

En el cuarto inciso del artículo 5° que se comenta, se establece lo mismo que se establecía para los jóvenes en el caso de las personas mayores de 45 años, en lo atinente al porcentaje de personas mayores de 45 años, y cantidad de mayores de 45 años a poder contratar de acuerdo al número de trabajadores en la empresa. En el inciso quinto se establece lo mismo también para el caso de las personas con discapacidad.

El inciso sexto hace una importante aclaración al momento de interpretar las disposiciones de ese artículo, al decir que los topes establecidos en los tres incisos anteriores, son acumulables entre las tres categorías de población beneficiarias de las modalidades establecidas en la misma ley. Asimismo, el inciso séptimo dispone que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social podrá otorgar excepciones a dichos topes por motivos fundados. Finalmente, en el último inciso del artículo 5°, se establece que para el caso de cooperativas de trabajo y cooperativas sociales o de trabajadores y usuarios, el régimen de la ley alcanza a contratados tanto como a socios trabajadores. Se dice además que, durante la vigencia del régimen que instaura la propia ley N° 19.973, no se computan en el máximo establecido por el artículo 100 de la ley N° 18.407 del año 2008, los

trabajadores contratados en el marco de los programas establecidos en la propia ley N° 19.973. El referido artículo 100 de la ley N° 18.407 establece que en las cooperativas de trabajo el número de trabajadores en relación de dependencia no puede superar el 20% de los socios de la cooperativa. Ese mismo artículo, en dos de sus literales, ya había previsto que no se debían computar en ese porcentaje: “C) los trabajadores contratados temporalmente en el marco de políticas públicas de fomento del empleo o de la formación profesional. D) los trabajadores contratados en virtud de de disposiciones de fomento del empleo de las personas con disminuciones físicas o psíquicas⁷.”

En lo atinente a la promoción, en el artículo 8° se dispone que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), el INEFOP, así como también el Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU), el Instituto Nacional de la Juventud (INJU), la Administración Nacional de Educación Pública (ANEP), Universidad de la República (UDELAR), Universidad Tecnológica del Uruguay (UTEC) y la Secretaría Nacional de Cuidados y Discapacidad del Ministerio de Desarrollo Social, deben promover la inserción laboral de los jóvenes, trabajadores mayores de 45 años, y trabajadores con discapacidad, en empresas privadas, con las modalidades contractuales que la misma ley prevé. Los contratos deben ser autorizados por el MTSS.

Según lo dispuesto por el artículo 12, el período mínimo de contratación es de seis meses, para cualquiera de las modalidades comprendidas en la ley, y pueden acordarse también períodos de prueba. El artículo 15 prevé que cualquiera de los programas le dará acceso a las empresas a utilizar los servicios de selección y ofrecidos por los organismos responsables de la ejecución de los distintos programas. También se establece que el Poder Ejecutivo podrá implementar un mecanismo de etiquetado para las empresas que participen en cualquiera de los

⁷ Adviértase en la denominación como personas con “disminuciones físicas o psíquicas” constituye un resabio todavía del modelo rehabilitador. Por motivos como este es que debe entenderse que los distintos modelos de la discapacidad se dice que coexisten, en mayor o menor medida. En este caso, por el manejo de los términos empleados.

programas y también que se difunda su actuación por los canales de comunicación de los organismos involucrados. Se prioriza en este caso que el público en general tenga conocimiento de las medidas que se toman y que las empresas puedan tener un reconocimiento por su accionar, lo cual repercutirá positivamente en su imagen pública.

Del artículo 17 al 37, la ley regula todo lo atinente a las modalidades promovidas de contratación de trabajadores jóvenes. Del 38 al 39 lo atinente a los programas para personas mayores de 45 años. Es importante destacar que en esos casos, según lo dispuesto en el artículo 38, que regula la contratación de mayores de 45 años en situación de desempleo, el subsidio que se le da a la empresa se incrementa en el caso de que se trate de trabajadoras mujeres y también si el trabajador o trabajadora tuviere personas a su cargo. En el artículo 39 se crea un programa de “trabajo protegido para trabajadores mayores de 45 años” para personas mayores de 45 años, en situación de desempleo y que pertenezcan a hogares cuyos ingresos estén por debajo de la línea de pobreza, de acuerdo a los criterios fijados por el Instituto Nacional de Estadística (INE). El beneficio consiste en un subsidio parcial para la empresa de hasta el 80% de la remuneración mensual del trabajador gravada por contribuciones especiales de seguridad social, con un máximo de un 80 % de dos salarios mínimos nacionales.

El artículo 40 prevé un programa para la contratación de personas con discapacidad en situación de desempleo, el cual transcribimos: “(Beneficio para la contratación de personas con discapacidad en situación de desempleo).- Facúltase al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a otorgar un subsidio temporal al empleo a los empleadores privados que contraten como nuevos trabajadores, a personas con discapacidad que se encuentren en situación de desempleo continuo superior a 12 (doce) meses, o discontinuo superior a 15 (quince) meses en los 24 (veinticuatro) meses previos a la contratación. Tratándose de empleadores con 25 o más trabajadores permanentes, para acceder a este beneficio los mismos deberán presentar el certificado o informe de

cumplimiento emitido por la Comisión Nacional de Inclusión Laboral -artículo 11 de la Ley N° 19.691, de 29 de octubre de 2018- y encontrarse inscriptos en el Registro de empleadores del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

El subsidio, en caso de jornada completa, será equivalente a \$7.000 (siete mil pesos uruguayos) mensuales durante 12 meses por cada trabajador con discapacidad que se incorpore en las condiciones establecidas en el inciso anterior. En caso de trabajadoras mujeres el subsidio será de \$8.000 (ocho mil pesos uruguayos) mensuales. Si el trabajador o trabajadora tuviera personas a su cargo, el subsidio será de \$9.000 (nueve mil pesos uruguayos) mensuales.

En caso de que la jornada laboral semanal sea inferior a las 44 o 48 horas según corresponda al sector de actividad, el subsidio se prorrateará por las horas efectivamente realizadas, con un mínimo de 20 horas semanales.

Los montos establecidos serán actualizados anualmente por el Índice Medio de Salarios”. Es importante señalar que, en el artículo 41 se aclara expresamente que el subsidio que prevé el artículo 40, no es acumulable con ninguna otra prestación o subsidio vinculado al fomento del empleo, como lo previsto por la ley N° 19.691 de promoción del empleo de personas con discapacidad.

Por el artículo 41 Bis, se prevé un programa para la contratación de personas liberadas, que hayan estado privadas de su libertad en una unidad del Instituto Nacional de Rehabilitación. El programa también consta de subsidios para las empresas.

En los artículos 42 y 43 se establecen medidas de promoción del estudio de los trabajadores que acceden a los programas. Del artículo 44 al 47 se regulan los denominados Emprendimientos productivos autónomos y sus medidas de promoción. En el artículo 48 se habla de cómo es el financiamiento, que se hace con fondos del INEFOP, y con fondos que estaban previstos para los programas de la ley N° 19.689, y también de Rentas Generales.

Finalmente, en el artículo 49, se dispone que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a través de la Dirección Nacional de Empleo (DINAE) tiene el cometido de realizar el seguimiento, aplicación, ejecución y avance de los programas que la propia ley establece y proporcionará la información que el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) le solicite, a efectos de evaluar el desarrollo de los referidos programas.

4.1.3.7. Ley 19889, artículo 105, personas víctimas de delitos violentos.

Este es un caso muy interesante sobre el uso de la acción afirmativa. Puede observarse que el origen no está dado por una situación de discriminación de ningún tipo. Tampoco entran necesariamente aquí, a nuestro juicio, las consideraciones sobre la idea de discriminación estructural ni desigualdad. Puede verse puramente como una especie de “resarcimiento” a través del mismo Estado, al establecer una cuota de reserva preferencial para las personas que están en el supuesto fáctico que prevé la norma.

El artículo está inserto en la sección sobre seguridad pública de la conocida como ley de urgente consideración (en adelante LUC), promulgada el 9 de julio de 2020.

De esta norma, destacamos lo siguiente. Se prevé un cupo de un 2% de las vacantes a ser llenadas en el año, para ser ocupadas por víctimas de delitos violentos, que tengan idoneidad para el cargo, que cumplan los requisitos legales y constitucionales exigidos y que sea por llamado público. Como todo este tipo de normativas, se enfoca como sujetos obligados por lo que son organismos públicos y personas públicas no estatales. En efecto, en el elenco de sujetos obligados están: El Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Tribunal de Cuentas, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y las personas de derecho público no estatal. Puede verse del elenco de sujetos obligados que no se incluye a las Intendencias departamentales ni a las Juntas Departamentales. Podemos colegir que esto se debe a las autonomías departamentales. De todos modos, el Poder Legislativo tiene también autonomía para elaborar sus estatutos, pero también está incluido

en el ámbito subjetivo de la referida norma. Puede vislumbrarse entonces que para no incurrir algún tipo de injerencia en una posible lesión al ámbito departamental, no se quiso incluirlas.

Ley mencionada le encomienda al INEFOP destinar un cupo de un 1% de los diversos programas de capacitación y calificación que implemente. En los numerales A), B), C), y D), determina de forma detallada quienes son considerados víctimas a los efectos de poder acceder al cupo. Establece también una incompatibilidad con cualquier otro empleo público, pensión, jubilación o retiro a cargo del Estado o de alguna de las demás instituciones de seguridad social, públicas o privadas. Asimismo, aclara que aquellos que se hubieran acogido a la prestación denominada “Pensión a las Víctimas de Delitos Violentos”, de la ley N° 19.039 de 28 de diciembre de 2012, pueden renunciar a ella, para poder optar y acceder a los puestos de trabajo dispuestos por el artículo 105 de la LUC. Por último, se pone un límite temporal para poder estar en el ámbito subjetivo de aplicación de la ley y es que el “hecho generador” hubiese ocurrido dentro de los cinco años anteriores a la fecha de entrada en vigencia de la LUC.

4.1.3.8. Ley 18.516 de mano de obra local

Esta norma no se encuentra en el elenco de normas que comúnmente se incluyen entre las que prevén medidas de acción positiva. Se trata de una ley que prevé un tipo especial de procedimiento para la contratación de mano de obra. En el artículo 1°, al describir el ámbito de aplicación se expresa que: “La presente ley es de aplicación a cada obra o parte de ella efectuada por el Estado, los servicios descentralizados las personas públicas no estatales, o por empresas contratadas o subcontratadas por éstos. Será aplicable también en cada obra o parte de ella efectuada por los Gobiernos Departamentales y los entes autónomos, cuando las mismas se ejecuten por empresas privadas contratadas o subcontratadas por éstos”

En este caso podría decirse que no estamos ante una verdadera medida de acción afirmativa como la que estamos acostumbrados a ver en la normativa nacional y también en el derecho extranjero. No toma en cuenta factores étnicos ni raciales o de condición personal. Tampoco asigna un cupo destinado a proveer vacantes en llamados laborales públicos o privados. O sea que, desde la perspectiva de la discriminación directa, no parece encajar. Sin perjuicio de ello, no puede dejarse de señalar que esta ley les asigna preferencia a ciertos pobladores locales en la contratación de personal al momento de hacer una obra. En efecto, el nombre que se le puso a la ley es el siguiente: “Trabajo de peones prácticos y obreros no especializados. Se regula la distribución del mismo en obras efectuadas por el Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados”. Parece ser otra vez una consagración legislativa del artículo 55 de la Constitución ya mencionado.

En el artículo 2 de dicha ley se dice que tiene por objeto “satisfacer con mano de obra local la demanda de personal no permanente, peones prácticos y peones no especializados...”. Se establece en el articulado posterior todo un sistema de sorteos para brindar mayor transparencia, en el que interviene el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a través de sus oficinas en el interior del país. En el artículo 5º de esta ley también se dispone que se debe comunicar de los sorteos al Ministerio de Desarrollo Social, a las Intendencias Departamentales, Juntas Locales, y al Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados. En el artículo 8º de la referida norma se establece un orden de prelación para ver cómo se distribuyen los puestos existentes para los convocados a trabajar. En primer lugar, un 35 % se sorteará entre los que estén en la lista proporcionada por los organismos públicos que en el departamento desarrollen planes de trabajo temporales. Estas personas deberán también estar afincados en el departamento y tener evaluaciones de desempeño favorables. En segundo lugar, un 5% le corresponderá a los que estén en la bolsa de trabajo del Patronato Nacional de Encarcelados y liberados que estén afincados en el departamento. En tercer lugar, el 60 % de los cargos

restantes le va corresponder al registro de aspirantes que declaren estar avecindados en el departamento. Se prevén en el artículo 14 sanciones tanto para los funcionarios públicos involucrados como para las empresas privadas que incumplan disposiciones de la ley.

Es interesante hacer notar entonces que, una norma que se planteaba de entrada una especie de acción afirmativa derivada por el afincamiento en un departamento determinado, tiene a su vez en su contenido otras medidas de acción afirmativa para hacerse efectivas una vez iniciado el procedimiento, como se trata del caso de los que estén inscritos en el Patronato de Encarcelados y Liberados.

Por lo antedicho, estamos ante una ley que no es advertida frecuentemente como una que establece una acción positiva, pero evidentemente se trata de una política pública diferencial destinada a promover el desarrollo local. La parte final de la exposición de motivos nos da una pista al respecto:

“En el mismo sentido, ratificamos en la presente ley los extremos contenidos en el artículo 14 Capítulo IV de la Ley N° 17.897 (Libertad Provisional y Anticipada) y del Decreto Reglamentario 226/06, referido a la inserción laboral de las personas liberadas, registradas en la Bolsa de Trabajo del Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados y los Patronatos Departamentales, estableciendo la obligatoriedad a las empresas de contratar un mínimo de un 5% (cinco por ciento) de esas personas, como condición contenida en los pliegos de licitaciones de obras públicas. Creemos que, aprobando este proyecto de ley, se logran avances importantes en distintos órdenes. Mayor equidad en las oportunidades de trabajo, en sintonía con el artículo 53 de la Constitución de la República, asumiendo las desigualdades instaladas en nuestra sociedad y contribuyendo a resolverlas. Inclusión social, atendiendo a la necesidad de lograr a través del trabajo, incluir a amplios sectores sociales hoy excluidos del resto de la sociedad, evitando la discriminación laboral. Descentralización, adjudicando al ámbito departamental y local, incidencia directa en la administración de los empleos que se generan en sus ámbitos. Reactivación local, contratando mano de obra afincada en la zona y por consiguiente, la incidencia socio-económica directa que devengará en el consumo local. Democratización y transparencia, para el acceso a las vacantes de trabajo generadas por ejecución de

obra pública" (Repartido N° 769, de setiembre de 2006, Comisión de Legislación del Trabajo de la Cámara de Representantes).

Puede entenderse que esta ley tenía como fundamento el concepto de desigualdad o discriminación estructural ínsito, incluso antes de que se emplease propiamente el término.

Capítulo V El concepto jurídico de discapacidad. Modelos históricos del abordaje de la discapacidad

5.1. Modelos de abordaje de la discapacidad

Al ingresar ahora en la consideración de un colectivo de personas que han estado sistemáticamente en una posición de desigualdad, es menester hacer un repaso del desarrollo histórico que ha vivido la situación de las personas con discapacidad. Se ha establecido en los estudios que se han hecho sobre la materia que se presentaron a lo largo de la historia tres modelos sobre la discapacidad. Ellos son: el modelo de prescindencia, el modelo rehabilitador y el modelo social, que es el paradigma actual. Estos tres modelos de alguna manera coexisten en mayor o menor medida, en algunos ámbitos, en la actualidad (Palacios, 2008, p.25). De acuerdo a la caracterización que hace Palacios, el modelo de prescindencia tiene dos submodelos: i) el eugenésico y ii) el de marginación.

5.1.2. El modelo de prescindencia

En cuanto a este modelo, que es el que se ha dado en primer lugar en el tiempo, y tiene dos fundamentos primordiales: uno religioso y otro que es el de que la persona con discapacidad no tiene nada para aportar a la comunidad en la que vive. La justificación religiosa, dice Palacios, tiene como consecuencia que la discapacidad sea vista en esta etapa como castigo de los dioses por un pecado cometido por los padres de la persona con discapacidad o una suerte de advertencia proveniente de la divinidad de que se acerca una catástrofe. En

cuanto al fundamento de que la persona con discapacidad no tiene nada que aportar a la comunidad, porque se lo ve como un ser improductivo y que devendrá en una carga para su familia e incluso para la misma comunidad (Palacios, 2008,p. 37).

Entiende la mencionada autora que, como se dijo, pueden describirse a su vez dos submodelos dentro del modelo de la prescindencia, el eugenésico y el de la marginación. Ambos tienen en común que se prescinde de la vida de las personas con discapacidad, pero difieren en la forma.

En el eugenésico, la principal conclusión es que la vida de la persona con discapacidad es una que no merece ser vivida. Por lo que si se encontraban diversidades funcionales de carácter congénito, se aplicaba el infanticidio. En el caso de que se adquiriera alguna discapacidad luego del nacimiento, y siendo, por ejemplo, común que se sufriera alguna invalidez a causa de las guerras, y se otorgaban incluso ayudas para la subsistencia. En algunos casos el medio de subsistencia terminaba siendo el hecho de ser objeto de burla y diversión (Palacios, 2008, p. 38).

En el submodelo de la marginación, la principal distinción es que, ya sea por menosprecio o por miedo, la conclusión termina siendo la exclusión y ya no la eliminación o el infanticidio, aunque, como dice Palacios, muchos niños igualmente fallecen por las omisiones por falta de interés o recursos, o por invocación solamente a la fe como el único camino de salvación. Existían pocas salidas entonces para las personas con discapacidad en ese modelo y eran entonces la apelación a la caridad, la mendicidad, y ser objeto de diversión (Palacios, 2008, p. 54).

5.1.3. Modelo rehabilitador

Las principales características de este modelo son las siguientes. En primer lugar, el origen de la discapacidad deja de tener un componente religioso y pasa a tener uno científico. En segundo lugar, a las personas con alguna diversidad funcional ya no se las considera como inútiles para la sociedad, sino que desde este punto de vista, pueden serlo, en la medida que puedan ser rehabilitados (Palacios, 2008, p. 67). A partir de ese modelo pasan a considerarse las características que configura la discapacidad como mejorables o modificables, y se lo empieza a ver como una enfermedad fruto de causas naturales o biológicas. La solución pasa a verse a partir de los tratamientos para la rehabilitación para conseguir el objetivo de lograr una integración social (Palacios, 2008, p. 67). En este modelo rehabilitador las maneras de subsistir pasan a ser: la seguridad social o asistencia social más bien, y el empleo protegido. Esto último sigue siendo a veces la única herramienta en este modelo, cuando por características, la burla y el escarnio hacen imposible una inserción laboral integral. Pueden continuar existiendo resabios del modelo anterior (Palacios, 2008, pp. 67 y 68). Para la referida autora, la consagración de este modelo es a principios del siglo XX. Estaba muy presente la imagen del mutilado de guerra y por otro lado el “*discapacitado*” fruto de un accidente de trabajo. Por lo que se veía a la discapacidad como una deficiencia que debía ser erradicada (Palacios, 2008, p. 68). Entendemos que en este modelo pueden verse los primeros esbozos de la confusión y subsunción que se termina haciendo entre incapacidad y discapacidad, que subsiste hasta nuestros días en gran medida, en algunos textos normativos. Puede verse el influjo de ese modelo en normas relativamente recientes que se refieren a las personas con discapacidad como “impedidos” o “minusválidos”, términos que hacen notar una disminución o imposibilidad en la persona, separada de toda cuestión vinculada al entorno o medio social que la circunda.

5.1.4. El modelo social

Señala Palacios que la construcción de este modelo se ha hecho, en definitiva, como contraposición a los modelos anteriores (Palacios, 2008, p. 103). Agrega esta autora que este modelo se sostiene en base a dos fundamentos. En primer lugar, se destaca que la discapacidad es vista ya no como originada en factores religiosos o científicos sino sociales, por oposición a algo meramente individual. El origen del problema no se encuentra para quienes defienden este modelo no en las limitaciones individuales sino en las limitaciones de la sociedad en su conjunto, a fin de que las necesidades de las personas con discapacidad sean adecuadamente tomadas en cuenta (Palacios, 2008, pp. 103 y 104). Se entiende además que las personas con discapacidad tienen mucho para aportar a la sociedad a partir en la medida que se logre mayor inclusión y aceptación de la diferencia (Palacios, 2008, p. 104). Por lo tanto aquí se corren lo que se entendían antes como métodos de subsistencia, ya no se apela solamente a la asistencia social y al trabajo protegido sino a propender a la obtención de un trabajo ordinario. Aunque se cuestiona también en este modelo que el empleo sea el método exclusivo de inclusión dentro de la sociedad, que es más propio del modelo rehabilitador. Se basa más bien en el objetivo de lograr la inclusión a través de la igualdad de oportunidades con muchas medidas, como pueden ser la accesibilidad universal y la transversalidad en materia de políticas para la discapacidad, entre otras (Palacios, 2008, p. 105).

Destaca Rueda Monroy que, desde una perspectiva jurídica, puede vislumbrarse un cambio del modelo rehabilitador y su perfilamiento hacia un cambio con la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM) de 1980 de la Organización Mundial de la Salud (OMS). En ese documento se establecen diferencias entre los conceptos de discapacidad, deficiencia y minusvalía, que eran los que se utilizaban hasta el momento. Sostiene este autor que a partir de ese momento se puede ver un incremento del interés por la discapacidad (Rueda Monroy, 2021, p. 40).

Advierte Rueda Monroy asimismo que se ha gestado un escalón superador del modelo social que es el que él denomina “modelo relacional”. En el año 2001, con la publicación por parte la Organización Mundial de la Salud (OMS) de la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y la Salud y justamente con la Convención Internacional del año 2006, se fue afianzando el “modelo relacional”. Se entiende que hay una relación compleja entre la condición de salud de la persona y los factores contextuales, como pueden ser los ambientales (Rueda Monroy, 2021, p. 44).

En esa mencionada Clasificación Internacional, se menciona a la discapacidad como: “el resultado de una compleja relación entre la condición de salud de una persona y sus factores personales, y los factores externos que representan las circunstancias en las que vive esa persona. A causa de esta relación, los distintos ambientes pueden tener efectos distintos en un individuo con una condición de salud. Un entorno con barreras o sin facilitadores, restringirá el desempeño/realización del individuo mientras que otros entornos que sean más facilitadores pueden incrementarlo” (OMS, 2001, p. 20). Se ve entonces el deslizamiento del tratamiento de la discapacidad en examinar la situación de la persona pero en su relación con los factores contextuales, atendiendo a los rasos de la persona y el entorno ((Rueda Monroy, 2021, p. 44).

Para Rueda Monroy, la Convención Internacional sobre los derechos de las Persona con discapacidad del año 2006 ha tenido el gran mérito de consagrar la superación de la perspectiva asistencial e individual de la discapacidad y elevarla a una cuestión de Derechos Humanos ((Rueda Monroy, 2021, p. 45).

Capítulo VI Normas sobre discapacidad y trabajo a nivel internacional y en el derecho comparado

6.1. Normas de discapacidad y trabajo a nivel internacional⁸

6.1.2. Normas de la OIT

En primer lugar es menester señalar en esta materia al CIT N° 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), del año 1958. Si bien no hace mención a la discapacidad en su contenido, si se puede entender implícita cuando dispone qué es lo que se entiende por discriminación. En efecto, en el artículo 1 literal a) se hace mención más que nada a la discriminación como exclusión por motivos de raza, religión, etnia, origen nacional o social. Sin embargo, en el literal b) del mismo artículo se menciona a “cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de trato o de oportunidades en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

Más específicamente sobre el tema es el CIT N° 159 sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), del año 1983. Tiene como contenido normas mínimas sobre políticas de readaptación profesional y de promoción del empleo para personas inválidas. Es importante destacar el uso de la palabra “inválido”, por lo menos en la versión en español del convenio. En el artículo 1 numeral 1 de dicho convenio se dice que se entiende por persona inválida a “toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida”. Se asemeja

⁸ Sobre normas referidas a discapacidad y trabajo, tanto a nivel internacional como en nuestro país, ver: Iglesias, Leticia. Trabajo y discapacidad. Revista Derecho del Trabajo, Año IV- N° 13 – octubre/diciembre 2016.

mucho a las definiciones de discapacidad que preceptúan nuestras normas. En el artículo 4 se señala lo que sería la promoción de establecer políticas de acción afirmativa para garantizar la igualdad de trato.: “Dicha política se basará en el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores inválidos y los trabajadores en general. Deberá respetarse la igualdad de oportunidades y de trato para trabajadoras inválidas y trabajadores inválidos. Las medidas positivas especiales encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores inválidos y los demás trabajadores no deberán considerarse discriminatorias respecto de estos últimos”. Junto a este convenio está la Recomendación N° 168 sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), que va en la misma línea que el convenio.

Existe también un repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo, del año 2002. Si bien no es propiamente un instrumento normativo, tiene mucha utilidad como guía práctica para aplicar las políticas necesarias.

6.1.3. Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad

Esta convención es la que ha cambiado el paradigma del tratamiento hacia las personas con discapacidad. Al decir de Rueda Monroy, este tratado de derechos humanos aporta al elenco de normativas internacionales una dirigida a un colectivo específico, para un grupo vulnerable que se encontraba necesitado de protección y fomento. Supone además un fortalecimiento simultáneo de de dos dimensiones de la relación jurídica, la institucional o normativa por un lado y la conducta recíproca e interactiva de los sujetos, por el otro. Se ve reforzado también a través de la intervención que se haga del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Fue creado como órgano garante del cumplimiento de lo dispuesto en la Convención para los países firmantes del Protocolo

Facultativo, tal cual se estableció en el artículo 34 de la Convención (Rueda Monroy, 2021, p. 46).

Ha sido ratificada por nuestro país por la Ley N° 18.418 del 20 de noviembre de 2008. En referencia a esto, nos interesa señalar lo que dice en el preámbulo, en su literal e), acerca de que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

En el artículo 1° de la Convención, bajo el epígrafe “Propósitos”, se señala que “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. El modelo social se ve plasmado en esta definición, ya que se enumeran factores individuales y sociales como conformadores del concepto.

En toda la convención se recogen los principios generales que deben adoptar los Estados al momento de abordar el tema de la discapacidad. Es importante mencionar que en el artículo 5 se hace mención a la igualdad y no discriminación. Se estipula que los Estados partes deben prohibir todo tipo de discriminación y aplicar las medidas necesarias para la igualdad de trato. Nuevamente encontramos un sustrato normativo a las acciones afirmativas en el artículo 5.4 que dice: “No se considerarán discriminatorias en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”. En este camino se inscriben nuestras normas que consagran acciones afirmativas para el acceso al trabajo de las personas con discapacidad tanto en el ámbito público como en el privado.

En el artículo 6° de la misma convención toma en cuenta las distintas perspectivas de abordaje de tema de la discapacidad, y recoge un mandato para los Estados Partes, vinculado a lo que se denomina como discriminación múltiple. Hace una especial mención a las mujeres y niñas con discapacidad y le encomienda a los Estados adoptar medidas para asegurar que puedan disfrutar en plenitud los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones. En el artículo 7° se le da, asimismo, especial atención a los niños con discapacidad.

En el artículo 27 se dice específicamente sobre el trabajo y el empleo para las personas con discapacidad: “Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación (...)”.

El mencionado artículo 27 tiene distintas disposiciones sobre las políticas que se exige que apliquen los Estados Partes. Lo importante a destacar es que la mayoría de las disposiciones están referidas a una existencia de igualdad de oportunidades de acceso al trabajo, promoción de la formación y capacitación, establecer acciones afirmativas en algunos casos, la importancia de los ajustes razonables y contratación en el sector público.

6.1.4. 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad

Se tratan estas reglas, de acuerdo a lo que se expuso en la propia exposición de motivos, de una necesidad que se vio en la Cumbre Judicial Iberoamericana. En un párrafo de esa exposición de motivos se resume de alguna manera cuál es la intención de las referidas reglas:

“El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder a él de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho”.

Se encuentran en estas reglas varias disposiciones que hacen relación con las personas con discapacidad. Veamos algunas de ellas:

En la Sección 2, que refiere a los beneficiarios de las reglas, dice: “Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad”. En el numeral 3° de esa sección 2, se expresa una definición de la discapacidad y qué medidas se toman para mejorar el acceso a la justicia: “Se entiende por discapacidad la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. Se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación”. Todo esto está en línea con el modelo social y las definiciones de la Convención de la ONU del año 2006.

Existe otra medida muy específica, en el numeral 37, sobre el denominado anticipo jurisdiccional de la prueba: “Se recomienda la adaptación de los procedimientos para permitir la práctica anticipada de la prueba en la que participe la persona en condición de vulnerabilidad, para evitar la reiteración de declaraciones, e incluso la práctica de la prueba antes del agravamiento de la discapacidad o de la enfermedad. A estos efectos, puede resultar necesaria la

grabación en soporte audiovisual del acto procesal en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad, de tal manera que pueda reproducirse en las sucesivas instancias judiciales”.

Acerca de las formas de comparecencia se dice lo siguiente, en el numeral 72: “Se procurará adaptar el lenguaje utilizado a las condiciones de la persona en condición de vulnerabilidad, tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectual, el grado de discapacidad o las condiciones socioculturales. Se debe procurar formular preguntas claras, con una estructura sencilla”.

Finalmente, en lo referido a la accesibilidad se establece en el numeral 77 que: “Se facilitará la accesibilidad de las personas con discapacidad a la celebración del acto judicial en el que deban intervenir, y se promoverá en particular la reducción de barreras arquitectónicas, facilitando tanto el acceso como la estancia en los edificios judiciales”.

6.2. Normas sobre discapacidad y trabajo en el derecho comparado

6.2.1. Normas sobre discapacidad y trabajo en Paraguay

En la constitución paraguaya, con un capítulo destinado al trabajo, encontramos el artículo 86 referido al derecho al trabajo que dice: “Todos los habitantes de la República tienen derecho a un trabajo lícito, libremente escogido y a realizarse en condiciones dignas y justas. La ley protegerá al trabajo en todas sus formas, y los derechos que ella otorga al trabajador son irrenunciables”. Nótese la importancia del principio de irrenunciabilidad en el derecho paraguayo, al cual se le otorgó carácter constitucional.

Más adelante, el artículo 88 tiene una disposición específica sobre discriminación que incluye a las personas con discapacidad: “No se admitirá discriminación alguna entre los trabajadores por motivos étnicos, de sexo, edad, religión,

condición social y preferencias políticas y sindicales. El trabajo de las personas con limitaciones o incapacidades físicas o mentales será especialmente amparado”. Este texto constitucional es del año 1992, y por tanto, se entrevé en la disposición mencionada una fuerte carga todavía del modelo rehabilitador, lo cual es entendible, en atención al momento histórico de su sanción.

A nivel legal, existe en Paraguay una norma que establece normas con beneficios para los empleadores a los efectos de incentivar la incorporación de personas con discapacidad en el sector privado. Se trata de la ley 4.962 del año 2013, que se plantea como objetivo, expresado en su artículo 1°, promover el empleo de las personas con discapacidad en el sector privado, con medidas afirmativas, beneficios a las empresas y programas de formación.

En el artículo 5° de esa ley se dispone que a las personas con discapacidad que ingresen al amparo de la ley, se les debe dar funciones acordes a su capacidad e idoneidad.

En el artículo 6° se deja establecido que deben estar en una situación de igualdad en materia de salarios, beneficios laborales, sociales, y con mismas condiciones y horarios, que las personas sin discapacidad. En cuanto a las medidas afirmativas que se prevén, no asigna un cupo específico, sino que la medida que dispone es la de otorgar beneficios impositivos a la empresas y a su vez el Estado contribuye con abonar el 50% del sueldo mínimo vigente para actividades diversas no del sueldos o salario de cada uno de los trabajadores con discapacidad. Se estipulan los beneficios de acuerdo a la cantidad de trabajadores de las empresas.

En el mismo artículo 6° se expresa que las empresas podrán usar un sello identificador de responsabilidad social empresarial. Es importante destacar lo que se prevé en el artículo 8° sobre medidas de accesibilidad y adecuaciones razonables: “A fin de que las personas con discapacidad empleadas puedan desarrollar su trabajo en forma independiente y particular en todos los aspectos de la vida laboral y social de forma justa, los empleadores beneficiados por esta ley

deberán adoptar medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en iguales condiciones que las demás. En los casos de empleados con discapacidad física, visual y/o auditivo, deberán preverse adecuaciones relacionadas al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos sistemas y tecnologías de la información, además de otros servicios e instalaciones necesarias. Los empleadores podrán deducir del monto neto a pagar como Impuesto al Valor Agregado rendido mensualmente, los gastos realizados en estas adecuaciones por única vez y por un monto máximo de hasta cinco salarios mínimos mensuales para actividades diversas no especificadas. En los casos de empleados con discapacidad intelectual y/o psicosocial, se considerará como adecuación en los términos del párrafo anterior, la contratación de servicios de facilitadores laborales para dicha tarea, que trabajen con la modalidad internacionalmente aceptada de empleo con apoyo, los empleadores podrán también deducir mensualmente del monto neto a pagar en concepto de Impuesto al Valor Agregado, el costo de la contratación de los facilitadores laborales, cuya asignación no podrá exceder mensualmente de 12% (doce por ciento) del salario mínimo mensual vigente por cada una de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial que el empleador contrate de conformidad a previsiones de la presente ley”.

En comparación con la normativa uruguaya, esta normativa paraguaya escoge un camino distinto, ya que no establece cupos sino solamente beneficios para las empresas, de acuerdo al tamaño y cantidad de trabajadores. Es más descriptivo en cuanto a las medidas de accesibilidad y los denominados ajustes razonables, mencionados como “adecuaciones razonables” en la norma paraguaya comentada.

6.2.2. Normas sobre discapacidad y trabajo en Chile

Como se mencionó más arriba, al ver las distintas normas sobre el derecho al trabajo en países de la región, se recogió el artículo 16 de la Constitución chilena. Allí, en una parte se dice que: “Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”. No existen otras menciones en la Constitución chilena vigente.

Encontramos a nivel legal dos normas que son de interés para nuestro trabajo. Una es la ley N° 20.442, la cual se trata de una norma general titulada como de “normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad”. Se trata de un texto normativo muy completo, alineado con el modelo social de la discapacidad, aunque también en su contenido tiene disposiciones propias del modelo rehabilitador, en consonancia con esa inescindibilidad que se plantea en ciertos casos entre incapacidad y discapacidad.

Como se dijo, contiene de forma integral normas sobre la discapacidad, pero en este caso destacaremos las que tienen que ver con el acceso al trabajo para las personas con discapacidad. Señalamos en primer lugar, un principio importante que recoge esta ley, que es algo originado en los movimientos sociales que han estado trabajando en el tema de la discapacidad orientados al modelo social, como lo es el principio de “vida independiente”. Se lo define en el artículo 3° de la mentada ley, como: “El estado que permite a una persona tomar decisiones, ejercer actos de manera autónoma, y participar activamente en la comunidad, en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad”.

La impronta del modelo social se ve también en lo que se dispone en el artículo 4°: “Es deber del Estado promover la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Los programas destinados a las personas con discapacidad que ejecute el Estado, deberán tener como objetivo mejorar su calidad de vida, principalmente, a través de acciones de fortalecimiento o promoción de las

relaciones interpersonales, su desarrollo personal, la autodeterminación, la inclusión social y el ejercicio de sus derechos”.

El párrafo 3° de la ley es el que se ocupa de la inclusión laboral y la capacitación de las personas con discapacidad. Allí se expresan diferentes mecanismos para favorecer la inclusión laboral de este colectivo, que van desde la acción positiva para favorecer la no discriminación laboral, que tienen que ser implementadas por el Estado a través de sus organismos competentes.

La particularidad que puede observarse en la normativa chilena, es que le comete una actitud proactiva a los poderes públicos. Le encomienda, entre otros cometidos, fomentar y difundir prácticas laborales de inclusión y no discriminación (art. 43, lit. a), crear y ejecutar programas de acceso al empleo para personas con discapacidad (art. 43, lit. c). La ley también le encomienda al Estado a crear condiciones y velar por la inserción laboral y acceso a beneficios de seguridad social por parte de las personas con discapacidad (art. 44).

Tiene un tipo de obligación muy relevante, que no tenemos en nuestro medio, que es la de informar semestralmente sobre los programas que se aplican por parte del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, a la Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la Cámara de Diputados y la de Trabajo y Previsión Social del Senado⁹. Obliga también a organismos públicos a seleccionar preferentemente, en igualdad de condiciones, a personas con discapacidad, en los procesos de selección de personal (art. 44). A su vez, mandata que, para instituciones públicas que tengan una dotación anual de más de 100 trabajadores, al menos 1% de la dotación anual deberán ser personas con discapacidad o asignatarias de una pensión por

⁹ Entendemos que esta es una herramienta muy útil para lo que se denomina evaluación de impacto normativo. En nuestro sistema jurídico, es más frecuente ver que algo similar quiere hacerse con el establecimiento de comisiones para vigilar el cumplimiento de determinadas leyes. Es el caso de la Ley N° 18.441, por ejemplo, de limitación de la jornada de los trabajadores rurales, que en su artículo 11 prevé la creación de una comisión de seguimiento, con múltiples integrantes, que nunca se llegó a crear hasta hoy, año 2025. La ley es del año 2008. Sobre el concepto de evaluación de impacto normativo, ver: Brener, Nicolás. Análisis de Impacto Normativo. FCU, Montevideo, 2023.

invalidez de cualquier régimen previsional. Esas personas con discapacidad deberán contar con la calificación y certificación que prevé la misma ley N° 20.442 (art. 45).

Esta normativa va todavía un paso más allá, para tratar de ser más onmicomprensiva de la cuestión de la discapacidad, no limitándose a reservar cupos, sino también a: encomendar que por lo menos un funcionario de las áreas de desarrollo y gestión de personal tenga conocimientos específicos de inclusión laboral de personas con discapacidad, considerar en sus políticas líneas específicas para inclusión de las personas con discapacidad, las cuales tienen que informar a la Dirección Nacional del Servicio Civil de Chile (art. 45 lit. a y b).

Se hace tanto más fuerte la obligación de incorporar personas con discapacidad, que cuando una institución pública no haga un cumplimiento total o parcial, debe elevar un informe a la Dirección Nacional del Servicio Civil y al Servicio Nacional de Discapacidad, explicando las razones fundadas para la negativa (art. 45 lit. c). Se explicitan que por razones fundadas solo se admiten aquellas que tienen que ver con la naturaleza de las funciones que desarrolla el órgano en cuestión, no contar con cupos disponibles en la dotación de personal y la falta de postulantes que cumplan con los requisitos respectivos.

Existe también la ley N° 21.105 que incentiva la inclusión laboral de personas con discapacidad al mundo laboral, que modifica otras disposiciones normativas anteriores, entre ellas, algunas de la ley N° 20.442.

6.2.3. Normas sobre discapacidad y trabajo en Argentina

En la Constitución argentina encontramos el artículo, 75, referido a atribuciones del Congreso, en su numeral 23 que dice: "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”.

Con rango legal, existe una norma del año 2003, la ley N° 25.689 que consagra un sistema de protección integral de los discapacitados. Nótese que esta ley es anterior a la Convención de la ONU del año 2006, ratificada por Argentina por la ley N° 26.378.

En su artículo 1°, la referida ley N° 25.689 modifica a su vez el artículo 8 de una ley anterior, la ley N° 22.431. Allí se establece para organismos públicos, e incluso para empresas privadas concesionarias de servicios públicos, la obligación de ocupar personas con discapacidad que reúnan condiciones idoneidad para el cargo en una proporción no inferior al 4% de la totalidad de su personal, y a reservar puestos de trabajo a ser ocupados por personas con discapacidad.

El mencionado artículo 1° incorpora también una interesante disposición para reforzar el cumplimiento de la obligación impuesta. En efecto, el inciso tercero dice: “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”.

Existen otras normativas que tiene la República Argentina, para favorecer la inclusión laboral de las personas con discapacidad. Entre ellas, se encuentra la ley N° 23.021 que establece incentivos para contratar personas con discapacidad en el sector privado. Estos incentivos consisten en una deducción especial en la determinación del impuesto a las ganancias o sobre los capitales equivalentes al

70% de las retribuciones que se abonen a personas con discapacidad en cada período fiscal. Se dictó también la ley N° 24.308 que obliga al Estado Nacional, entes descentralizados y autárquicos, empresas mixtas y del Estado, a la Municipalidad de Buenos Aires y a empresas privadas concesionarias de servicios públicos a dar en concesión a personas con discapacidad espacios para establecer pequeños comercios en toda sede administrativa. Por último, está la ley N° 26.816, que instaura un régimen federal de empleo protegido para personas con discapacidad (Amartino, 2023, p. 73).

6.2.4. Normas sobre discapacidad y trabajo en Brasil

Encontramos en la Constitución brasileña, en el Título VIII, capítulo I, las disposiciones denominadas del “orden social”.

En el capítulo VII del Título mencionado, el artículo 227, literal II:

“criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência”.

El artículo 244 de la Constitución brasileña, complementa lo dicho por el 227 reseñado más arriba: “Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º”.

Son dos disposiciones que están más vinculadas con la accesibilidad que con el acceso al trabajo.

Importa señalar que Brasil ratificó la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad del año 2006, por el decreto ley 186/2008.

A nivel legal se halla en Brasil el “Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/2015”, o sea, Estatuto de las personas con discapacidad.¹⁰

El artículo 2º establece lo que se entiende por persona con discapacidad: “Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: (Vigência)

I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III - a limitação no desempenho de atividades; e

IV - a restrição de participação.”

Puede observarse, y por la fecha de su sanción es evidente que así sea, que en su texto y caracterización, tiene una gran influencia del modelo social de la discapacidad. Tiene una definición amplia de la persona con discapacidad, en la que se hace mucho énfasis en las barreras sociales y la participación plena en la sociedad.

¹⁰ Las referencias se hacen a los artículos en portugués en el original, con una traducción de elaboración propia, en lo que se entiende más relevante para el presente trabajo.

En el capítulo II, se recogen disposiciones sobre igualdad y no discriminación. En el artículo 4º se dispone que: “Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação”. Las personas con discapacidad tiene derecho a la igualdad de oportunidades con las demás personas y no sufrirán ninguna especie de discriminación.

En el numeral 2º del referido artículo 4º, se encuentra una disposición muy particular, que dice que: “A pessoa com deficiência não está obrigada à fruição de benefícios decorrentes de ação afirmativa”. Lo que dice aquí es que una persona con discapacidad no está obligada a disfrutar de los beneficios derivados de la acción afirmativa. Es muy interesante esta formulación, porque trae a colación un aspecto que no siempre es visualizado. En efecto, una persona con discapacidad podría en algún caso manifestar su intención de presentarse a una convocatoria para ingresar a un organismo público, sin tener que recurrir a los cupos que puedan haberse establecido. Y lo que esta disposición pretende proteger es que no puede obligarse a esa persona a concursar solo por las reservas de cargos disponibles sino en cualquier oportunidad que se presente. Nos parece que es una disposición que prevé un aspecto que no en todas las legislaciones está presente.

El capítulo VI de la ley mencionada es el que aborda lo que se titula como “Do direito ao trabalho”, o sea, el derecho al trabajo. En el artículo 34 están las principales disposiciones: “Art. 34. A pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. § 1º As pessoas jurídicas de direito público, privado ou de qualquer natureza são obrigadas a garantir ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos. § 2º A pessoa com deficiência tem direito, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, a condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo igual remuneração por trabalho de igual valor. § 3º É vedada restrição ao trabalho da pessoa com deficiência e qualquer discriminação em razão de sua condição, inclusive nas etapas de recrutamento,

seleção, contratação, admissão, exames admissional e periódico, permanência no emprego, ascensão profissional e reabilitação profissional, bem como exigência de aptidão plena. § 4o A pessoa com deficiência tem direito à participação e ao acesso a cursos, treinamentos, educação continuada, planos de carreira, promoções, bonificações e incentivos profissionais oferecidos pelo empregador, em igualdade de oportunidades com os demais empregados. § 5o É garantida aos trabalhadores com deficiência acessibilidade em cursos de formação e de capacitação”.

También una ley de 1989 recogía directrices generales para satisfacer las necesidades de las personas con discapacidad: “Art. 1º Ficam estabelecidas normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social, nos termos desta Lei.

§ 1º Na aplicação e interpretação desta Lei, serão considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito.

§ 2º As normas desta Lei visam garantir às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade.

Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico”.

Específicamente sobre la contratación de personas con discapacidad, la ley Nº 8123 del año 1991, en su artículo 93 preveía lo siguiente:” Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....	2%;
II - de 201 a 500.....	3%;
III - de 501 a 1.000.....	4%;
IV - de 1.001 em diante.	5%.

Establece las reservas de cargo para personas con discapacidad de forma similar a nuestra ley Nº 19.691 que se examinará a continuación.

6.2.5. Normas sobre discapacidad y trabajo en España

En la normativa española es importante destacar el artículo 49 de la Constitución española, que está mucho más adecuada a la concepción actual sobre la discapacidad de lo que está, por ejemplo, la nuestra, como se verá infra. Dice este artículo de la norma constitucional española: “1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio. 2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo,

fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad”.

A nivel legal encontramos el Real Decreto N°1/2013, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Ya en el artículo 1° se establecen los objetivos, totalmente alineados con la Convención del año 2006: “Esta ley tiene por objeto: a) Garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España. b) Establecer el régimen de infracciones y sanciones que garantizan las condiciones básicas en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”.

El artículo 2°, en una encomiable técnica legislativa, contiene un glosario de términos, alineado totalmente con el modelo social y el modelo relacional de la discapacidad, que nos permitimos transcribir por resultar sumamente útil incluso para la interpretación de los conceptos en nuestro medio:

“A efectos de esta ley se entiende por:

a) Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

b) Igualdad de oportunidades: es la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o por razón de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, laboral, cultural, civil o de otro tipo. Asimismo, se entiende por igualdad de oportunidades la adopción de medidas de acción positiva.

c) Discriminación directa: es la situación en que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de o por razón de su discapacidad.

d) Discriminación indirecta: existe cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.

e) Discriminación por asociación: existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad.

f) Acoso: es toda conducta no deseada relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

g) Medidas de acción positiva: son aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su

participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad.

h) Vida independiente: es la situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

i) Normalización: es el principio en virtud del cual las personas con discapacidad deben poder llevar una vida en igualdad de condiciones, accediendo a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que están a disposición de cualquier otra persona.

j) Inclusión social: es el principio en virtud del cual la sociedad promueve valores compartidos orientados al bien común y a la cohesión social, permitiendo que todas las personas con discapacidad tengan las oportunidades y recursos necesarios para participar plenamente en la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, y para disfrutar de unas condiciones de vida en igualdad con los demás.

k) Accesibilidad universal: es la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. En la accesibilidad universal está incluida la accesibilidad cognitiva para permitir la fácil comprensión, la comunicación e interacción a todas las personas. La accesibilidad cognitiva se despliega y hace efectiva a través de la lectura fácil, sistemas alternativos y aumentativos de comunicación, pictogramas y otros medios humanos y tecnológicos disponibles para tal fin. Presupone la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse.

l) Diseño universal o diseño para todas las personas: es la actividad por la que se conciben o proyectan desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, programas, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El «diseño universal o diseño para todas las personas» no excluirá los productos de apoyo para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando lo necesiten.

m) Ajustes razonables: son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos.

n) Diálogo civil: es el principio en virtud del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participan, en los términos que establecen las leyes y demás disposiciones normativas, en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad, las cuales garantizarán, en todo caso, el derecho de los niños y las niñas con discapacidad a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.

o) Transversalidad de las políticas en materia de discapacidad: es el principio en virtud del cual las actuaciones que desarrollan las Administraciones Públicas no se limitan únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas, sino que comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública,

en donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad”.

En definitiva, allí se contienen todos los conceptos necesarios para entender todo lo que la norma dispone y sirve además de interpretación de todo lo concerniente a la discapacidad de acuerdo al actual tratamiento.

Esta norma española citada es exhaustiva en todo lo referido a la temática de la discapacidad. En lo referido al trabajo, debemos atender a lo que se dispone de los artículos 35 al 49, ubicado en el capítulo VI, denominado como “Derecho al trabajo”. Allí se encuentran regulaciones sobre la garantías del derecho al trabajo (art. 35), igualdad de trato (art. 36), tipos de empleo para las personas con discapacidad (art. 37), orientación, colocación y registro (art. 38), ayudas para la generación de empleo (art. 39), adopción de medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad (art. 40), servicios de empleo con apoyo (art. 41), cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad (art. 42), centros especiales de empleo (empleo protegido) (arts. 43 a 46), y empleo autónomo (art. 47). Posteriormente, el capítulo VII aborda el tema de la protección social de las personas con discapacidad.

Puntualmente, referido a la cuota de reserva de puestos de trabajo, el artículo 42 dispone: “1. Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquélla y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal.

De manera excepcional, las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83. 2 y 3, del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente.

2. En las ofertas de empleo público se reservará un cupo para ser cubierto por personas con discapacidad, en los términos establecidos en la normativa reguladora de la materia”.

Una diferencia importante que encontramos con lo dispuesto aquí, respecto de lo que sucede en nuestro ordenamiento jurídico, es que lo atinente al sector público y privado está establecido en la misma norma. También trata de ser comprensiva de los distintos modos de contratación y contiene diferencias de acuerdo al tamaño de la organización, como también se establece en nuestro medio para el sector privado, no así para el sector público.

Capítulo VII Normas sobre discapacidad y trabajo en el Uruguay

7.1 Diferencias entre incapacidad y discapacidad

A lo largo del abordaje del tema discapacidad, y el pasaje de los distintos modelos, podemos advertir que continúa existiendo en algunos casos una confusión entre los conceptos de incapacidad y discapacidad. A su vez, podemos observar la expresión incapacidad en las disposiciones referidas en el Código Civil, pero también, en el ámbito laboral y de seguridad social, como un riesgo social que deviene cubierto justamente por la seguridad social.

Sobre la discapacidad y el trabajo, observa Raso:

“Desde la perspectiva de las relaciones laborales, la discapacidad opera como una condición que dificulta y en algunos casos niega el acceso al empleo, que sigue siendo una de las principales formas de inserción social de la persona”. (Raso, 2022, p.315).

Y a fin de aventar la confusión entre el concepto de incapacidad y el de discapacidad, afirma que:

“Debe diferenciarse la discapacidad de la incapacidad. En general el término incapacidad suele utilizarse para hacer referencia a un estado transitorio o permanente en el que una persona, a raíz de un accidente o enfermedad, queda mermada en su capacidad laboral. La discapacidad por su parte, es un término genérico que incluye diversos déficits y limitaciones en la actividad. Las desventajas que presenta una persona con discapacidad, tienen su origen en sus dificultades personales, pero también en las condiciones limitativas que en la propia sociedad se oponen a su plena participación. En cuanto al reconocimiento como persona ante la ley, las personas con discapacidad no tienen ninguna restricción en sus derechos, salvo las personas declaradas legalmente incapaces para poder dirigirse a sí mismas o administrar sus negocios. En este caso debe existir una declaración judicial de incapacidad” (Raso, 2022, pp. 315 y 316).

Mangarelli distingue entre discapacidad e incapacidad y sobre esta última, hace una diferenciación en la que ocurre a causa o en ocasión del trabajo y cuando ocurre sin vínculo con el trabajo. La relacionada con el trabajo lo vincula al caso del accidente laboral y lo previsto en el artículo 69 de la ley N° 16.074, cuando el trabajador queda con una incapacidad permanente parcial que le impide desempeñarse en el cargo que tenía y el empleador tiene la obligación de otorgarle otro cargo acorde a su capacidad limitada, en caso de que el trabajador así lo solicite. Cuando se trata de la incapacidad devenida por alguna causa no vinculada al trabajo, la cobertura queda a cargo del seguro de enfermedad, por lo que debemos remitirnos a la normativa del decreto ley 14.407, en particular el artículo 23 que prevé la indemnización por despido especial en el caso de que no se reintegre al trabajador (Mangarelli, 2018, p. 115). En ambos casos, la autora refiere que se trata de normas que atienden la situación de conservación del

empleo en el caso de que sobrevengan las incapacidades mencionadas. Aborda también el concepto de readaptación profesional, que tiene previsto un paliativo como lo es el subsidio transitorio por incapacidad parcial, previsto en el artículo 22 de la ley N° 16.713, con las modificaciones del artículo 5° de la ley N° 18.395 (Mangarelli, 2018, p. 115). Actualmente deben tomarse en cuenta también las modificaciones de la ley del sistema previsional común, N° 20.130, artículos 49 y 50.

En general, se suele vincular entonces mayoritariamente a la idea de la incapacidad con la seguridad social y protección social, como se ha visto. Siguiendo a Rueda Monroy, referido al derecho español, no se han hallado grandes dificultades para diferenciar la incapacidad temporal de la discapacidad. Más difícil se hace la distinción cuando aparece la incapacidad permanente. Sostiene este autor que se encuentra una similitud ente ambos conceptos cuando se lo aborda desde una perspectiva individual, y se lo refiere, en el caso de las incapacidades, a reducciones anatómicas o funcionales graves, y por tanto, una alteración en la salud del individuo. Sin embargo, existe una diferencia en el ámbito en el que se relacionan una y otra, ya que son distintos los objetivos que persiguen las normas de protección de la discapacidad y la acción protectora de la seguridad social en el ámbito de la incapacidad permanente (Rueda Monroy, 2021, pp. 64 y 65). Es por lo tanto necesario distinguir las normas sobre incapacidad, permanente o temporal, que figuran en la normativa vinculada a la seguridad social, como se mencionó, de las normas sobre discapacidad. Para evaluar la incapacidad se la relaciona con el entorno laboral y para determinar la discapacidad, deben tomarse en cuenta las barreras sociales que hay justamente en el entorno social (Rueda Monroy, 2021, pp. 65 y 66).

Es necesario también diferenciarlo de lo concerniente a la incapacidad establecido en el código civil¹¹. En efecto, en el título XI encontramos las disposiciones referidas a la curaduría o curatela. El artículo 432 dice: “Están sujetos a curaduría general los incapaces mayores de edad. Hállanse en este caso los dementes, aunque tengan intervalos lúcidos y las personas sordomudas que no puedan darse a entender por escrito ni mediante lengua de señas según lo establecido en la Ley N° 17.378, de 25 de julio de 2001. En este último caso, la intervención de intérprete de lengua de señas será preceptiva para decidir la curatela”. Y referido a la capacidad para contratar dice el artículo 1279: “Son absolutamente incapaces los impúberes, los dementes y las personas sordomudas que no puedan darse a entender por escrito ni mediante lengua de señas, según lo establecido en la Ley N° 17.378, de 25 de julio de 2001. En este último caso la intervención del intérprete de lengua de señas es preceptiva para decidir la incapacidad. Los actos en que intervengan personas incapaces no producen ni aun obligaciones naturales y no admiten caución.

Toda la normativa sobre la incapacidad en el Código Civil, desde ese artículo referido a la curatela en adelante, y las normas sobre capacidad para contratar, hacen referencia a distintas situaciones a atender a personas que sean declaradas incapaces, y como afecta a eso a su esfera patrimonial y a la disposición de sus derechos patrimoniales, por tanto. En el elenco de incapaces, personas que pueden ser sometidos a curatela, encontramos muchas situaciones diversas, pero en la que en lo que los une, que son personas que no pueden disponer por sí mismas de su patrimonio. Lo que sucede a veces es que tienden asimilarse situaciones que no necesariamente son así. Debemos recordar que la redacción original del Código Civil es propia de la segunda mitad del siglo XIX, y todas las menciones a la incapacidad, que sean abarcativas de lo que hoy entendemos por personas con discapacidad, fueron elaboradas con una fuerte impronta del modelo

¹¹ Sobre el tema de nomas sobre discapacidad e incapacidad en el Uruguay, puede consultarse: Emmeneger Giambiassi, María Elena; Legnani Píriz, Bernardo; Carrerou, Caseras, Mariana. “Derechos de las personas con discapacidad”. La Ley Uruguay, Montevideo. 2021.

rehabilitador y con algún atisbo de lo que podríamos denominar como con características de un modelo de “prescindencia tardía”, en el que no se considera a la persona con discapacidad válida por si misma de ninguna manera. Hay otra disposición en sede de tutela, que también toma como evidente que personas con discapacidad, no pueden asumir el rol de tutor, por el simple hecho de tener una discapacidad. Dice el artículo 352 mencionado: “Son incapaces de toda tutela: (...) 3º los ciegos, 4º los mudos (...)”. Estas disposiciones son a todas luces arcaicas y no se condicen con la concepción actual sobre la discapacidad, tributaria de la Convención del año 2006.

7.2. Normas Constitucionales referidas a la discapacidad

Las normas constitucionales que refieren a la discapacidad han sido dictadas con una fuerte influencia del modelo rehabilitador. En el primer inciso del artículo 44, referido a la salud, dice el texto constitucional: “El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país” Si bien se entiende que se trata de una disposición programática que tiende a consagrar el derecho a la salud de todas las personas, no deja de tener un dejo del modelo rehabilitador al mencionar el “*perfeccionamiento, físico, moral y social*” de todos los habitantes del país. Es en el artículo 46 de la Carta en el cual se trata a la discapacidad casi sin siquiera nombrarla, y con una gran impronta del modelo rehabilitador: “El Estado dará asilo a los indigentes o carentes de recursos suficientes que, por su inferioridad física o mental de carácter crónico, estén inhabilitados para el trabajo. El Estado combatirá por medio de la ley y de las Convenciones Internacionales, los vicios sociales”. Otra característica del modelo rehabilitador en este artículo es que se da por obvia la solución proveniente del tipo asistencial. No se hace un juicio de disvalor sobre la norma constitucional citada, sino que se la cita para observar cómo los distintos modelos permean en los distintos actos normativos, y se la observa en su contexto histórico.

Existe otra norma constitucional, más dentro de la seguridad social, que menciona a la “invalidez”, pero entendida sobre todo más emparentada a la idea de incapacidad para el trabajo, que como discapacidad. Entendida en este caso como un riesgo a ser cubierto por la seguridad social. En efecto, el artículo 67 de la Constitución, refiere lo siguiente: “Las jubilaciones generales y seguros sociales se organizarán en forma de garantizar a todos los trabajadores, patronos, empleados y obreros, retiros adecuados y subsidios para los casos de accidentes, enfermedad, invalidez, desocupación forzosa, etc.; y a sus familias, en caso de muerte, la pensión correspondiente. La pensión a la vejez constituye un derecho para el que llegue al límite de la edad productiva, después de larga permanencia en el país y carezca de recursos para subvenir a sus necesidades vitales”.

Puede encontrarse también el término “incapacidad”, en función de causales para remoción de legisladores, y en casos de sustitución del presidente de la República (arts. 115, 155 y 157 de la Constitución). Como era de esperar, no existen menciones concretamente a la discapacidad en la Constitución uruguaya, por como se ha dicho un tema de contexto histórico de redacción de sus principales disposiciones.

7.3. Evolución de las normas legales sobre la discapacidad y el trabajo en Uruguay

7.3.1. Ley N° 16.095 de protección integral de las personas discapacitadas

En la evolución normativa uruguaya, en la ley N° 16.095 que establecía un sistema de protección integral de la discapacidad, se disponía que “Se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”. La ley mencionada en el título fue una de las primeras que procuró abordar de forma integral el tema de la discapacidad. En ese sentido, esta norma establecía derechos y normas generales sobre discapacidad (arts.1 a 9). Creaba a

su vez la Comisión Honoraria del Discapacitado (arts. 10 a 14). Del artículo 15 al 18, el capítulo III, rotulado como “Políticas especiales”, es el que hace mención a temas vinculados a lo laboral y a la seguridad social. Es evidente que en este caso se hace con mucho menos profundidad que en las normativas que llegarían después. En el artículo 15 se decía que: “La protección del discapacitado de cualquier edad se cumplirá mediante acciones y medidas en orden a su salud, educación, seguridad social y trabajo”. En el artículo 16 se dice que el Estado prestará asistencia a los discapacitados para que puedan desempeñar un papel en la sociedad como las demás personas. Luego se dispone que se tomarán en temas vinculados a un régimen especial de seguridad social y para la formación laboral y profesional. Es interesante observar cómo se está todavía en esta norma en el paradigma de la “asistencia”. O sea, todavía con la visión de ayudar a incorporar al “discapacitado” para desempeñarse en la sociedad. El uso del término “discapacitado” también habla de un paradigma anterior. Con posterioridad se han preferido términos distintos como “personas con discapacidad”.

En el capítulo VIII denominado como “Trabajo” está consagrado de los artículos 41 al 48. El artículo preveía un cupo de 4% de las vacantes para ser contratados por los organismos públicos. Se disponía también que tendrían los mismos derechos y obligaciones que el resto de los trabajadores, salvo por provisiones especiales. Le daba el control también a la Oficina Nacional del Servicio Civil del cumplimiento. En ese artículo se hablaba de “impedidos”. Es otro término que tampoco es de aplicación hoy en día.

A fin de cumplir con lo que establece el artículo 42 de dicha ley, se consagró por la ley N° 16.736, en el artículo 768, la creación de un Registro de Discapacitados, en la órbita de la Comisión Nacional Honoraria de Discapacitados.

7.3.2. Ley 18651 de protección integral de personas con discapacidad

7.3.2.1. Proceso de elaboración de la ley

En primer lugar, es menester tomar nota del nombre del proyecto, maneja viejos términos, como lo era el de “normas para protección integral para personas discapacitadas”. Es anterior a la Convención Internacional sobre los derechos para personas con discapacidad del año 2006. En la exposición de motivos se hacía referencia a la anterior Ley N° 16.095 de 26 de octubre de 1989 como antecedente, y también a la necesidad de mejorarla. Se decía en esa exposición de motivos:

“La Ley N° 16.095 de fecha 26 de octubre de 1989, determinó un hito en el tratamiento del tema de la discapacidad en el Uruguay. Hasta ese momento, los principios de humanismo y solidaridad sustentados por la sociedad uruguaya, no estaban reflejados por la legislación nacional, en relación con este grupo de personas.

Por tanto, su promulgación marcó un punto muy importante en el desarrollo legislativo nacional, a la que siguieron luego múltiples iniciativas, de las cuales solamente algunas pocas se concretaron en normas jurídicas. Sin embargo, la ausencia de reglamentación de esta Ley, impidió en muchos casos el efectivo goce de los derechos allí consagrados.

Ahora bien, quince años han pasado desde su sanción y el devenir de la sociedad determina la necesidad de adecuación de las normas en ella contenidas. De esta forma se buscará concretar por un lado derechos establecidos pero de difícil ejercicio y por otro adaptar la legislación a las experiencias internacionales exitosas en el tratamiento de este tema.

Las personas que experimentan alguna discapacidad física o síquica, constituyen una importante proporción de nuestros compatriotas, realizando muchas de ellas una labor relevante que con frecuencia pasa desapercibida.

En efecto, gran parte de dichas personas cumplen tareas o desarrollan acciones relevantes y útiles para la sociedad, superando las limitaciones derivadas de su

situación, en un esfuerzo diario que debería ser reconocido y alentado por la sociedad.

A los inconvenientes que enfrentan en razón de su propia discapacidad, se suma con frecuencia la incompreensión de algunos y el desinterés de otros, derivado muchas veces de la ignorancia respecto de lo que son y hacen estos uruguayos cuya manera de encarar la vida debería servir de ejemplo para todos.

No cabe duda de que en una sociedad democrática y participativa, la plena vigencia del principio de igualdad no podrá ser asegurada si no se atiende adecuadamente la situación de las personas discapacitadas, mediante normas especiales que contemplen diferencias que no siempre se pueden evitar pero que pueden ser total o parcialmente contrarrestadas mediante acciones públicas y privadas orientadas a ese fin.

Las limitaciones de orden físico y/o psíquico no deben ser un impedimento para la plena integración social de todos los uruguayos.

Es imprescindible entonces adoptar medidas y establecer incentivos que permitan eliminar o reducir los inconvenientes que puede producir la discapacidad, considerando que si bien existen normas y programas referidos al tema, los mismos han resultado insuficientes.

Nuestro país debería abordar este tema tan trascendente de una manera integral. Es probablemente por no haberlo hecho que los resultados no han sido satisfactorios.

Constituye pues un deber inexcusable el de realizar todas las acciones posibles que tiendan a evitar que las limitaciones de orden físico y/o psíquico se conviertan en un impedimento para el desarrollo de una vida plena por parte de quienes las sufren, o en un obstáculo para su completa incorporación a la obra compartida que realizan día a día todos los miembros de la comunidad nacional.

Tal es así que se proponen, normas relativas al fomento de la cultura y el empleo, facilidades para el transporte, mejoramientos en términos de urbanismo, concesión de incentivos tributarios, entre otras” (Diario de sesiones de la Cámara de Senadores N° 40, T. 427, 17 de agosto de 2005)

Es importante destacar que el proyecto tuvo su origen en la iniciativa de un senador, en ese caso, Ruperto Long. En el derrotero del trámite parlamentario, tuvo modificaciones, una muy relevante es que, el proyecto original establecía un 7% para la cuotificación de vacantes para personas con discapacidad. Eso lo fundaba en que ese era el número de personas con discapacidad que se estimaba en la población uruguaya de acuerdo a una Encuesta Nacional de Personas con Discapacidad del año 2004, referida en la misma exposición de motivos (Diario de sesiones de la Cámara de Senadores N° 40, T. 427, 17 de agosto de 2005). Otro dato interesante para destacar es que si bien el proyecto tuvo entrada en el año 2005 recién se aprobó en el año 2010, e incluso para su sanción se dio el procedimiento constitucional señalado en el artículo 135 de la Constitución. Dicha norma prevé lo siguiente: “Si cualquiera de las dos Cámaras a quien se remitiese un proyecto de ley, lo devolviese con adiciones u observaciones, y la remitente se conformase con ellas, se lo avisará en contestación, y quedará para pasarlo al Poder Ejecutivo; pero si no las hallare justas, e insistiese en sostener su proyecto tal y cual lo había remitido al principio, podrá en tal caso, por medio de oficio, solicitar la reunión de ambas Cámaras, y, según el resultado de la discusión, se adoptará lo que decidan los dos tercios de sufragios, pudiéndose modificar los proyectos divergentes, o, aún, aprobar otro nuevo”.

7.3.2.2. Contenidos preliminares

Ya desde el artículo primero de esta ley se nota una concepción distinta y más orientada en el sujeto más que en la asistencia. En efecto dicho artículo reza: “Establécese un sistema de protección integral a las personas con discapacidad, tendiente a asegurarles su atención médica, su educación, su rehabilitación física, psíquica, social, económica y profesional y su cobertura de seguridad social, así como otorgarles los beneficios, las prestaciones y estímulos que permitan neutralizar las desventajas que la discapacidad les provoca y les dé oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las demás personas”. O sea que desde el inicio, el objetivo que se plantea

la ley es el de que las personas con discapacidad sean equiparadas en su tratamiento con todas las personas mediante una protección integral para remover obstáculos causados por esa misma discapacidad. Y se pretende hacerlo en los distintos aspectos de la vida de las personas.

En cuanto a lo que se entiende por discapacidad, en el artículo 2 se estatuye que: “Se considera con discapacidad a toda persona que padezca o presente una alteración funcional permanente o prolongada, física (motriz, sensorial, orgánica, visceral) o mental (intelectual y/o psíquica) que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”. Es lo suficientemente abarcativa la definición para poder captar distintas posibles afectaciones, ya sean físicas o mentales. Tendemos a pensar siempre en la persona con discapacidad. Los aspectos laborales están recogidos dentro de lo que se denomina como rehabilitación integral. En efecto el artículo 4º establece que: “Rehabilitación integral es el proceso total, caracterizado por la aplicación coordinada de un conjunto de medidas médicas, sociales, psicológicas, educativas y laborales, para adaptar o readaptar al individuo, que tiene por objeto lograr el más alto nivel posible de capacidad y de inclusión social de las personas con discapacidad, así como también las acciones que tiendan a eliminar las desventajas del medio en que se desenvuelven para el desarrollo de dicha capacidad”. Definitivamente se engloba al aspecto laboral como un fundamento del desarrollo personal de las personas con discapacidad. En el artículo 5 literal D) se menciona expresamente que se reconoce su derecho a la inserción laboral. Curiosamente no se lo menciona derechamente como derecho al trabajo sino a la inserción laboral. Entendemos que debería estar refiriéndose a lo mismo, pero justamente, al mencionar la inserción, hace énfasis en el derecho al trabajo en la etapa del acceso o ingreso, y no solo a la protección de la estabilidad una vez ingresado. El artículo 7º vuelve a marcar una mención a la protección del trabajo al decir: “La protección de la persona con discapacidad de cualquier edad se cumplirá mediante acciones y medidas en orden a su salud, educación,

seguridad social y trabajo”. En el artículo 8° literal E) también se hace mención a la formación profesional y laboral.

7.3.2.3. Contenido referido al trabajo

De los artículos 48 a 66 se ubica la parte referida al trabajo. Se dice entre otras cosas que uno de los objetivos de la norma es que “se procurará facilitarles el ejercicio de una actividad remunerada” (art. 48).

Es en el artículo 49 en donde se encuentran las acciones afirmativas para fomentar el acceso al trabajo de las personas con discapacidad en el sector público. En el ámbito subjetivo, se comprende como sujetos obligados a todos los organismos públicos y aún las personas públicas no estatales. La redacción es omnicompreensiva, se refiere a: el Estado, Gobiernos Departamentales, los entes autónomos, los servicios descentralizados y las personas de derecho público no estatales. Se los obligaba a contratar personas con discapacidad en un número que equivalga a un 4% de sus vacantes. Es importante destacar que esa disposición fue modificada por el artículo 8° de la ley N° 20.075 del año 2022, de rendición de cuentas. Allí se modificó la mención al 4% de sus vacantes por la expresión: “un 4% de los puestos a ser llenados”.

Se exige que las personas reúnan idoneidad para el cargo. Se prevé que los que ingresen tengan los mismos derechos y obligaciones que los demás trabajadores, salvo por las particularidades propias. El mismo artículo, en el inciso le comete a la Oficina Nacional del Servicio Civil la solicitud de informes de cumplimiento a los organismos y entidades obligadas, incluidas las personas públicas no estatales. Resulta fundamental esta potestad de control ya que, a más de 15 años de la aprobación de la norma, las cifras actuales hablan de que se ha logrado que se llenen apenas un 1,9% de las vacantes, por lo que se está lejos del 4% aspirado. Entendemos que estos números le restan legitimidad a la ley correspondiente al sector privado. Esto significa que, el Estado no podrá controlar ni sancionar

fehacientemente lo dispuesto en el sector privado, si no cumple a cabalidad con sus propias obligaciones.

En los restantes artículos de la ley en la parte destinada al trabajo de las personas con discapacidad, se establecen distintas disposiciones para facilitar el cumplimiento.

7.3.3. Ley de empleo para personas con discapacidad en el sector privado, Ley N° 19.691 y decreto reglamentario 73/019

7.3.3.1. Elaboración del proyecto de ley

Este proyecto fue impulsado en principio por organizaciones de la sociedad civil y contaba además con un fuerte apoyo del movimiento sindical. El primer proyecto fue presentado por un diputado del oficialismo en el año 2015 y, finalmente, el Poder Ejecutivo envió una versión propia del proyecto que fue aprobada en el año 2018. El proyecto finalmente aprobado había sido precedido por un informe realizado por un equipo de trabajo convocado por el Poder Ejecutivo. Ese informe se puso luego a consideración del Consejo Superior Tripartito para que hicieran sus sugerencias. Finalmente, el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo recogió algunas de esas sugerencias, que es el que con algunas modificaciones aprobó el Parlamento (López López, Adriana, 2018:707).

El proyecto de ley que formalmente fuera aprobado y rotulado con el número 19.691, luego de su promulgación, ingresó el 8 de mayo de 2018 a la Asamblea General. Fue destinado primariamente para el estudio de la Cámara de Senadores. El 24 de octubre obtiene dicho proyecto su sanción por la Cámara de Representantes¹².

¹² Acerca de las disposiciones de la Ley N° 19.691 y su decreto reglamentario N° 73/019, puede consultarse: Durán, Beatriz. "Promoción del trabajo para personas con discapacidad. Ley N° 19.691 del 29 de octubre de 2018". CADE, Profesionales y empresas, Tomo XLVIII - Año 11, febrero de 2019, pp. 17 a 24. Eiroa Llavata, Milagros. "Lay N° 19.691 sobre la promoción del trabajo para personas con discapacidad". CADE, Profesionales y empresas, Tomo XLVIII - Año 11, febrero de 2019, pp. 25 a 29. Goncalváz, Rodrigo "Algunos aspectos relevantes sobre la ley N°

7.3.3.2. Exposición de motivos

La exposición de motivos siempre nos ayuda a ilustrar y situar un proyecto de ley. Este caso no es la excepción. Ya en sus primeras manifestaciones se ubica la cuestión como un proyecto de ley cuyos lineamientos es propender a la igualdad. Allí se relata la motivación del proyecto, su inspiración en el principio de igualdad y el derrotero que tuvo que pasó de un primer proyecto presentado en el seno de la Cámara de Senadores hasta llegar al proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo, que reúne mayores consensos y contó con la aprobación y el diálogo de los distintos actores sociales involucrados:

“El presente proyecto de ley refiere, como viene de señalarse, a la promoción del trabajo para personas con discapacidad, partiendo del mandato constitucional (artículo 8°), así como de los diferentes tratados internacionales suscriptos por la República y de las leyes nacionales en vigor, que consagran el principio de igualdad de todos los habitantes del país. Sobre el particular corresponde destacar que, como es sabido, el tema ya ha sido abordado a nivel parlamentario y existe un proyecto de ley a estudio de la Cámara de Senadores, que cuenta con la sanción de la Cámara de Representantes, razón por la cual no resulta necesario extenderse sobre la pertinencia de brindar una solución legislativa al tema de la inclusión laboral en la actividad privada de las personas con discapacidad. No obstante, el Poder Ejecutivo y algunos sectores profesionales advirtieron ciertos problemas de carácter técnico en dicho proyecto - a vía de ejemplo, algunas disposiciones requieren iniciativas privativas del Poder Ejecutivo-, así como otros aspectos perfectibles en el mismo. A mediados del año pasado, la delegación gubernamental ante el Consejo Superior

19.691- Aprobación de normas sobre la promoción de trabajo para personas con discapacidad” CADE, Profesionales y empresas, Tomo XLVIII - Año 11, febrero de 2019, pp. 31 a 37. López Viana, Ignacio. “Tutela laboral de las personas con discapacidad”, Revista Derecho del Trabajo, Abril/ junio 2019, Año VII, N° 23, pp. 81 a 93. Durán, Beatriz, Trabajo para personas con discapacidad. Decreto reglamentario N° 73/019 de 6 de marzo de 2019”, CADE, Profesionales y empresas, Tomo XL - Año 11, junio de 2019, pp. 45 a 50. López Viana, Ignacio. “Inclusión laboral de personas con discapacidad en el ámbito privado. CADE, Profesionales y empresas, Tomo L - Año 11, junio de 2019, pp. 57 a 68. Castello, Alejandro. “Despido especial del trabajador con discapacidad” CADE, Profesionales y empresas, Tomo L - Año 11, junio de 2019, pp.69 a 72. Hargain, Camila y Trabaglia, Juan Ignacio. “Apuntes sobre la ley N° 19.691 sobre promoción del trabajo para personas con discapacidad”, Revista Derecho del Trabajo, enero/ marzo 2019, Año VII, N° 22, pp. 19 a 29. Raso Delgue, Juan. “La ley N° 19.691 de inclusión laboral de las personas con discapacidad”. CADE, doctrina, Tomo LIII, Año 12, enero de 2020, pp. 37 a 44.

Tripartito lo introdujo como punto de discusión en el orden del día del mencionado órgano, el cual funciona en el ámbito del MTSS. En la mencionada oportunidad se confirmaron algunos de los reparos que anunciaba tanto el gobierno como operadores del sistema, lo cual condujo a que se conformara un grupo de trabajo integrado por diferentes Secretarías de Estado y se presentara el resultado final, conforme lo indica el Convenio Internacional de Trabajo N° 144, en consulta a los sectores profesionales en la sesión del Consejo Superior Tripartito el pasado trece de marzo del corriente. Se estableció que las partes podrían realizar o podrían exponer sus puntos de vista respecto del nuevo proyecto en el término de una semana, a contar desde esa fecha, término que en los hechos se extendió hasta el pasado 26 de abril del corriente¹³.

Se aclara que se mantuvieron reuniones con la central sindical PIT CNT y con organizaciones de empleadores como la Cámara de Industrias del Uruguay, la Cámara Nacional de Comercio y Servicios, y la Intergremial de Transporte Profesional de Carga. Se expresó que el gobierno tomó algunas de las modificaciones propuestas, y finalmente se dice en la mencionada exposición de motivos:

“Resultas de todo ello, este nuevo proyecto, que cuenta con cierto grado de consenso de tales actores, mantiene la estructura del que ya tiene media sanción parlamentaria y le incorpora algunas modificaciones con el propósito de facilitar la implementación de las soluciones protectoras allí consagradas y propender al logro de mejores resultados, teniendo como guía la finalidad garantista de la iniciativa”¹⁴.

7.3.3.3 Ámbito de aplicación

Con referencia al ámbito de aplicación, están alcanzados en las obligaciones que dispone esta norma, los empleadores de la actividad privada que cuenten con 25 o más trabajadores permanentes, quienes deberán emplear a personas con

¹³ Repartido N° 730, octubre de 2018, Carpeta 1084/2018, de la Cámara Senadores.

¹⁴ Repartido N° 730, octubre de 2018, Carpeta 1084/2018, de la Cámara Senadores.

discapacidad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1° de la ley 19.691. En ese artículo se remite, en lo atinente a la determinación de lo que se entiende por persona con discapacidad, al artículo 2° de la ley 18.651, estudiado ut supra. En el artículo 2° del decreto reglamentario N° 73/019 se aclara lo que se entiende por trabajadores permanentes. Se expresa allí que se trata de aquellos que no estén contratados en forma transitoria bajo modalidades como el contrato a prueba o ensayo, por temporada, por zafra, a término o para obra determinada. Esta obligación de incorporar un determinado número de trabajadores con discapacidad, es para el ingreso de personal que se dé a partir de la entrada en vigencia de la ley.

En el mismo artículo 1° se establecen diferentes porcentajes de acuerdo a la cantidad de empleados, de forma escalonada a través de los años. A los tres años de la vigencia de la ley, en el mismo artículo 1°, numeral 4° se establece el objetivo de llegar al 4% en todos los casos. La ley daba entonces la oportunidad de ir acompañando en el tiempo la implementación de la ley, de acuerdo a la cantidad de trabajadores de las empresas: a mayor cantidad de trabajadores, mayor el porcentaje de trabajadores con discapacidad.

En el mismo artículo 1° se establecen dos aclaraciones que resultan bastante necesarias al momento de aplicar la ley. En primer lugar, se señala que si por aplicación de los porcentajes resultare una cifra inferior a la unidad, pero igual o superior a la mitad de la misma, se redondeará a la cantidad superior. Otra pertinente aclaración que hace la norma en dicho artículo es que, si ya existieren trabajadores con discapacidad al momento de los nuevos ingresos, se descontará la cantidad ya existente respecto a los cupos establecidos, si cumplen con los requisitos exigidos por el mismo artículo 1° y el inciso final del artículo 8°. Entre las cosas que estipula el artículo 1° es que, reúnan las condiciones y tengan idoneidad para el cargo. En el artículo 8°, inciso final, se exige que los aspirantes estén inscritos en el Registro de la Comisión Honoraria de la Discapacidad. Debemos recordar, que de acuerdo a lo reformado por la ley N° 19.924, debe

entenderse la referencia al Registro de Personas con Discapacidad que funciona en la órbita del Ministerio de Desarrollo Social, y ya no la Comisión Honoraria de la Discapacidad, por imperio de lo que el propio artículo 486 de la Ley N° 19.924 dice. Esa discapacidad se certifica de acuerdo a lo estipulado en el último inciso del artículo 49 de la ley 18.651. A su vez el artículo 8° del decreto reglamentario dispone algunas especificidades del proceso de certificación de la discapacidad, que actualmente están recogidas de forma prácticamente idéntica en la nueva redacción del artículo 49 de la ley 18.651, dada por la ley N° 20.075, artículo 8°.

7.3.3.4. Sanciones por incumplimiento

En el artículo 3° se establece lo relativo a las sanciones. En primer lugar se les concede a los sujetos obligados un plazo de 12 meses para completar las obras de accesibilidad necesaria a las que se refiere el artículo 7°. Ese plazo se comienza a contar a partir del ingreso del trabajador. Si luego de dicho plazo, no se cumple con esos mandatos, con la constatación de la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social, se aplican sanciones de acuerdo al decreto 186/004. El destino de lo obtenido por las multas que aplique la Inspección General del Trabajo y Seguridad Social irá a un fondo con el objetivo de solventar los gastos de la Comisión de Inclusión Laboral, de acuerdo a lo establecido en el artículo 4° del decreto reglamentario.

7.3.3.5. Beneficios a las empresas

Para obtener los beneficios que se describen en la ley, los empleadores deben estar inscritos en un registro llevado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo a lo que se estipula en el artículo 11 de la ley comentada. Para poder realizarse la inscripción, deberán presentar informe de la Comisión de Inclusión Laboral, sobre el cumplimiento de la ley, que tendrá una vigencia de hasta un año. En el mismo artículo se dispone que, si la Inspección General del Trabajo y la Seguridad Social constatare algún incumplimiento de la empresa de las obligaciones que emanan de la ley N° 19.691, se procederá a cancelar la

inscripción. La nueva redacción de este artículo fue dada por el artículo 432 de la Ley N° 19.924 ya mencionada.

Los empleadores que hayan contratado personas con discapacidad de acuerdo a lo preceptuado por la norma que se comenta, tendrán los siguientes beneficios: a) una bonificación de los aportes jubilatorios patronales, que van desde un 25% durante el primer año de labor hasta el 100% una vez finalizado el tercer año de trabajo. Se dice en el mismo artículo que esas bonificaciones son incompatibles con las previstas por el artículo 9° de la ley 17.963, del año 2006. Se trata de una disposición de una ley de facilidades de pago con el Banco de Previsión Social (BPS), que faculta al Poder Ejecutivo a otorgar la posibilidad de obtener una bonificación del 15 % sobre las obligaciones jubilatorias patronales de las micro y pequeñas empresas correspondientes al mes de diciembre,

Por las obras de accesibilidad que se hagan, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 7° de la ley, se los incluye en los beneficios que otorga la ley de inversiones N° 16.906 de 1998, de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 de la ley. También se les puede dar tratamiento preferencial en torno al uso de bienes del dominio público a aquellos empleadores que contraten personas con discapacidad por encima de los mínimos previstos, en atención a lo dispuesto por el artículo 12 de la ley. Asimismo, se abre la posibilidad del Poder Ejecutivo a establecer incentivos y beneficios para las empresas que contraten con talleres de producción protegida¹⁵ y con cooperativas sociales integradas por personas con discapacidad, tal como se plasmó en el artículo 15 de la ley.

7.3.3.6. Comisión Nacional de Inclusión Laboral

Por imperio del artículo 16 de la ley, se crea una Comisión Nacional de Inclusión Laboral para velar por el cumplimiento de la propia norma, en la órbita del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Dicha comisión consta de siete

¹⁵ Ver estudio de los Talleres de Producción Protegida en el apartado 7.2.4.

integrantes: uno por el Ministerio de Trabajo Seguridad Social, uno por el Ministerio de Desarrollo Social, un representante por el Banco de Previsión Social, uno por el PIT – CNT, uno de las cámaras empresariales y uno de las organizaciones de la sociedad civil del área de personas con discapacidad. Participan además sin voto: un representante del Congreso de Intendentes, uno por la Universidad de la República y uno por la Universidad del Trabajo del Uruguay¹⁶.

7.3.3.7. Apoyo laboral

Se menciona como apoyo laboral las ayudas que necesitarán los futuros trabajadores cuando cumplan sus funciones (art.5). El empleador debe autorizar esos apoyos que pueden consistir en identificación de compañeros y compañeras mentores, adaptaciones, apoyos naturales, etc. El alcance, duración y condiciones del apoyo será reglamentado por el Poder Ejecutivo. En el caso de que se necesiten apoyos laborales brindados por operadores laborales, su costo lo afrontará el Ministerio de Desarrollo Social y la Comisión Nacional de Inclusión Laboral. En el decreto reglamentario se dispone que será el Ministerio de Desarrollo Social el que se encargará de evaluar la necesidad de un operador laboral, a través del PRONADIS. Si la decisión fuera negativa, la empresa puede contratarlos igualmente a su costo (art. 5).

Es en el artículo 4° de la ley, bajo el epígrafe “glosario”, se da el concepto de empleo con apoyo y de operador laboral. Sobre empleo con apoyo se dispone: “metodología de inclusión laboral dirigida a la prestación de apoyo continuado a las personas con discapacidad para acceder, asegurar y mantener un empleo remunerado en el mercado laboral”. Sobre el operador laboral se lo define como: “técnico en Empleo con Apoyo a quien le compete preparar al trabajador con discapacidad para que desempeñe su tarea con efectividad, asesorar en materia

¹⁶Al momento de dictado de la ley, se le denominaba Consejo de Educación Técnico Profesional, ex UTU. Entendemos que constituye un error de técnica legislativa haber puesto una denominación anterior.

de accesibilidad, brindar preparación previa al equipo de trabajo así como detectar apoyos naturales que faciliten el desempeño del trabajador hasta tanto el mismo pueda trabajar en forma independiente”.

En algunos casos de inclusión de determinados subcolectivos de personas con discapacidad, el empleo con apoyo y la figura del operador laboral cobran gran relevancia, a los efectos de que la referida inclusión pueda ser llevada adelante con éxito (Esteban Legarreta, 2020, p. 27). Se destaca que como debilidad de la esta figura, no existe en nuestra normativa prevista una financiación.

7.3.3.8. Licencia especial

Se le otorga una licencia extraordinaria sin goce de sueldo a todo trabajador amparado por la norma. Esa licencia es por un período de tres meses continuos o discontinuos al año. Es adicional a la licencia ordinaria y por enfermedad, siempre que esté motivado en la situación de discapacidad. Tiene que comunicarlo con por lo menos 48 horas de antelación y debe acompañarlo con un peritaje médico (art. 10).

7.3.3.9. Despido especial

Si bien no tiene necesariamente que ver con la fase de acceso al trabajo, que es el objeto primordial del presente trabajo, es muy relevante la instauración de este despido especial ya que tiene que ver con la estabilidad del trabajo de la persona con discapacidad. Tal como sucedía en la ley 17.940, para el caso de la protección de la actividad sindical, en este caso también se debe aducir una causa razonable si se despide a una persona con discapacidad que entró al amparo de lo previsto en la ley comentada. Esa causa razonable debe estar relacionada con la conducta del trabajador o basada en las necesidades de la empresa, u otra razón de entidad suficiente para justificar la decisión adoptada¹⁷.

¹⁷ Para un estudio más pormenorizado de este tema ver: Ferrizo Izmendi, Arturo. El despido del trabajador con discapacidad, en Rev Der Lab, Vol 62, N° 274; Raso Delgue, Juan. Despido del

7.3.3.10. Difusión de los llamados

El artículo 3° del decreto reglamentario regula un aspecto de gran importancia. Se expresa allí que cuando los empleadores hagan un llamado a para ingreso de personal, al amparo de la ley N° 19.691, deberán explicitar: i) que dicho llamado comprende a personas con discapacidad que reúnan las condiciones e idoneidad para los cargos de que se trate, ii) en su caso, el número mínimo de puestos que se prevé cubrir con tales personas en esa convocatoria.

Otra posibilidad que tiene la empresa que quiera contratar al amparo de la mencionada ley, es solicitar información al Programa Nacional de Discapacidad (PRONADIS) del Ministerio de Desarrollo Social, a que le suministre datos de posibles postulantes. Eso está establecido también en el artículo 3° del decreto reglamentario.

7.3.4. Talleres de producción protegida. Ley N° 19.159

El 25 de octubre de 2013 se sancionó la denominada Ley de creación de Talleres de Producción Protegida, N° 19.159. Se trató de un proyecto de ley remitido en diciembre del año 2008, que terminó siendo aprobado en la siguiente legislatura. En la exposición de motivos de dicho proyecto se plasmaban sus fundamentos, y se vislumbraba una inspiración en el denominado modelo social. Se decía lo siguiente, de acuerdo a los datos de ese momento:

“La última encuesta realizada por el Instituto Nacional de Estadística arroja como resultado que solamente la quinta parte de la población con discapacidad de 14 años o más participa en el mercado de trabajo. Su tasa de actividad es muy baja en relación a la población sin discapacidad (19,6 % contra 62,4 %). Resulta trascendente además que solamente un 16,5 % de la población con discapacidad

trabajador con discapacidad, en “El Despido. Estudio sobre el despido común y dieciséis regulaciones especiales de indemnización”; Castello, Alejandro. “Despido especial del trabajador con discapacidad” CADE, Profesionales y empresas, Tomo L - Año 11, junio de 2019, pp.69 a 72.

económicamente activa está empleada, porcentaje que contrasta con el empleado dentro de la población sin discapacidad económicamente activa, que asciende al 53,4 %.

Buena parte de esa posición desventajosa que ocupan estas personas en el mercado de trabajo se debe también a una buena dosis de desinformación, prejuicios e infundados estereotipos que fundamentan una convicción social (sobre bases falsas) acerca de la verdadera aptitud de la persona con discapacidad para el trabajo.

Resulta también notorio que este grupo “vulnerable” de personas afronta también serias dificultades una vez ya insertos en el mercado de trabajo, con problemas que si bien en países subdesarrollados como el nuestro pueden ser denominador común con otra clase de trabajadores, en estas personas se potencian a su máxima expresión. Nos referimos fundamentalmente a la obtención de trabajos mal pagos, en condiciones precarias o no decentes, o sometidos a condiciones de explotación, inseguridad, inestabilidad, etcétera¹⁸.

En la referida exposición de motivos se enunciaba además que el proyecto venía a complementar lo que ya estaba expresado en la ley N° 16.905 sobre los talleres de producción protegida, en sus artículos 44 y 45.

A continuación se examinará el contenido relevante de la ley 19.159 a los efectos del propósito del presente trabajo.

7.3.4.1. Concepto de taller de producción protegida

Se entiende por taller de producción protegida a, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1° de la ley a “aquellas instituciones u organizaciones sin fines de lucro que cuenten con personería jurídica y que produzcan bienes o presten servicios, con el objetivo de capacitar y ocupar laboralmente a personas con discapacidad (artículo 2° de la Ley N°18.651, de 19 de febrero de 2010) en condiciones especiales, que no estén, en forma transitoria o permanente, en situación de

¹⁸ Repartido N° 1525 de Cámara de Representantes de marzo de 2009. Carpeta 3147 de 2009 de Cámara de Representantes.

integrarse al mercado laboral abierto. Dichas entidades deberán contar además con la aprobación por parte de la Comisión Nacional Honoraria de la Discapacidad”.

7.3.4.2. Objetivos

Entre sus objetivos se encuentra, recogido en el artículo 2° de la ley, el de “asegurar un empleo remunerado, la prestación de servicios de adaptación laboral y social que requieran sus trabajadores, a la vez que sirvan como un medio de integración del mayor número de trabajadores discapacitados al régimen de trabajo convencional”.

7.3.4.3. Promoción

La ley, en el artículo 5°, le asigna el cometido de promoción de estos talleres al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social dentro del ámbito de su competencia la puesta en marcha de este tipo de talleres. También se le asigna el cometido de brindar asistencia técnica, y controlar que las personas con discapacidad sean empleadas en condiciones de trabajo adecuadas. Este control del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social es esencial, para que no se transformen este tipo de talleres en centros de explotación de trabajo, para acceder a beneficios por parte de las empresas que lo lleven a cabo, y se distorsione de esta forma el objetivo primario de la norma.

7.3.4.4. Cantidad de trabajadores con discapacidad por taller

Se dispone en el artículo 6° que los talleres de producción protegida deben contar con la mayor cantidad de trabajadores con discapacidad que permita el proyecto productivo. Se dice allí también que la discapacidad se acreditará de acuerdo a lo estipulado en los criterios de la ley 18.651, en particular lo establecido en el literal A) del artículo 38 de dicha ley. Ese artículo 38 tiene nueva redacción en virtud del artículo 1° de la ley 20.378, del 2024, denominada como de “Creación del baremo

único nacional y el Consejo Asesor de Expertos en en instrumentos de medición de discapacidad”. Debe entenderse que la remisión será hecha al artículo 38 en su nueva redacción, ya que sustituye la anterior disposición acerca de cómo se certifica la discapacidad.

En ese mismo artículo 6° se dispone que el mínimo de trabajadores con discapacidad debe ser de un 75 % de la totalidad de la plantilla de trabajadores. No se computa en ese mínimo al personal que esté destinado a tareas de adaptación laboral y social que requieran los trabajadores. Se agrega también en ese artículo que los talleres de producción protegida deberán informar al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de las altas y bajas de los trabajadores con discapacidad que ocupen.

7.3.4.5. Beneficios fiscales

De acuerdo a lo establecido por el artículo 8° de la ley, los talleres de producción protegida tienen los mismos beneficios fiscales que las cooperativas sociales, siempre y cuando se cumplan con los requisitos que establece la misma ley y con inscripción vigente, de acuerdo al artículo 3° del mencionado cuerpo normativo.

7.3.4.6. Preferencias en la contratación pública

De los artículos 9 a 12, la ley asigna criterios de preferencia en la contratación pública, por procedimientos competitivos llevados adelante por las Administraciones Públicas. Los criterios de preferencia podrán ser cualitativos, cuantitativos o mixtos y deberán incluirse en los pliegos particulares de condiciones con toda precisión. Es destacable en este caso la proyección que tiene esta medida de política pública, en la contratación administrativa. Existe por tanto un abanico grande de medidas que pueden tomarse desde los poderes públicos para mejorar el acceso al trabajo de la personas con discapacidad. Como en todos los casos, resta evaluar en la práctica si este tipo de disposiciones han resultado operativas.

7.3.4.7. Contratación de personas con discapacidad por la ley. Régimen laboral especial

Como dice el nomen iuris del artículo 13, la norma estatuye un régimen laboral especial al amparo de la ley. Dice allí que se considera trabajador con discapacidad a las personas que tengan los siguientes requisitos: i) una discapacidad superior al 33 %; ii) que como consecuencia de ello se dé una disminución de su capacidad de trabajo, al menos igual o superior a dicho porcentaje; iii) y que presten sus servicios en los talleres de producción protegida que define el artículo 1° de la ley. Se dice también en el último inciso del artículo 13 que, la discapacidad deberá estar certificada según lo dispuesto por el artículo 6° de la misma ley, que, como puede verse ut supra, se remite al artículo 38 de la ley N° 18.651 y la remisión debe hacerse al nuevo texto de la ley, brindado por el artículo 1° de la ley 20.378.

7.3.4.8. Solicitud de lista de personas con discapacidad

En el artículo 14 de la ley se expresa finalmente que los Talleres de Producción Protegida podrán solicitar a la Comisión Nacional Honoraria de la Discapacidad la lista de personas con discapacidad, inscritas en el Registro de Discapacitados¹⁹, creado por el artículo 768 de la ley N° 16.736, del año 1996, que puedan cubrir el perfil requerido. Es menester señalar que ese artículo creaba un Registro de Discapacitados en la órbita de la Comisión Honoraria de Discapacitados, a efectos de cumplir con lo previsto con el artículo 42 de la ley N° 16.095. Ese artículo era el que por primera vez establecía el cupo para trabajadores con discapacidad de un 4%, luego modificado todo por la ley N° 18.651.

Es menester aclarar que, a partir del artículo 486 de la ley 19924 del año 2020, ley de presupuesto del período 2020 - 2024, se hizo la siguiente modificación:

¹⁹ Evidentemente el término “Discapacitados” denota el tiempo histórico anterior a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad del año 2006.

“(Registro Nacional de Personas con Discapacidad).- Créase en la órbita del Inciso 15 "Ministerio de Desarrollo Social", Unidad Ejecutora 008 "Secretaría Nacional de Cuidados y Discapacidad", el Registro Nacional de Personas con Discapacidad, transfiriéndose de pleno derecho el Registro de Personas con Discapacidad que se encuentra en la órbita de la Comisión Nacional Honoraria de la Discapacidad, al amparo del artículo 768 de la Ley N° 16.736, de 5 de enero de 1996, y del inciso quinto del artículo 49 de la Ley N° 18.651, de 19 de febrero de 2010. Toda mención efectuada al Registro de Personas con Discapacidad de la Comisión Nacional Honoraria de la Discapacidad, se entenderá realizada al Registro Nacional de Personas con Discapacidad del Ministerio de Desarrollo Social. El Ministerio de Desarrollo Social reglamentará el funcionamiento del mencionado Registro en el plazo de ciento veinte días”.

7.3.5. Obligación de realizar ajustes razonables

En el caso de las personas con discapacidad, de acuerdo a lo establecido ya en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del año 2006, se menciona que para hacer más asequible el derecho al acceso al trabajo, más allá de propender a la reserva de puestos de trabajo, debe también adecuarse a lo que se denominan como “ajustes razonables”. En dicha convención, se menciona en varios tramos de su contenido todo lo atinente a los ajustes razonables. En su artículo 2º, en la parte de las definiciones describe a los ajustes razonables como: “(...) las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. En el artículo 5º bajo el título “Igualdad y no discriminación”, en el numeral 3, se dice que: “A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables”. Por su parte el artículo 27 que se refiere al trabajo, establece que: “Los Estados Partes reconocen

el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con los demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación entre ellas: (...) i) Velar porque se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo”. Esta convención fue ratificada por nuestro país por la ley N° 18.418 del año 2008

En el derecho español, por ejemplo, el artículo 40.2 de la ley general de derechos de las personas con discapacidad, establece que: “Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”. Esta norma es un cumplimiento de la obligación constitucional dispuesta en el artículo 49 de la Constitución Española: “1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio. 2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad”.

Este tipo de obligación se entiende como un mecanismo de integración laboral anti discriminatorio para las personas con discapacidad y una materialización jurídica

del modelo social de tratamiento de la discapacidad, la cual es desconocida en gran medida por los operadores jurídicos y presenta ciertos problemas en su despliegue por su falta de desarrollo normativo (Gutiérrez Colominas, 2019, p. 26). Se ha señalado también que estas medidas, que suponen acomodar la diversidad de entornos de trabajo por exigir al empleador las necesidades individuales de las personas contratadas, presentan una gran variedad de combinaciones para dar cumplimiento a la referida obligación. Se entiende importante también que junto a esa obligación, es importante centrarse en la posible dotación económica que pueda recibir la parte empleadora (Rueda Monroy, 2022, p. 153).

.En la normativa uruguaya, la ley 16095 del 26 de octubre de 1989, ya mencionada establecía, en su segmento relativo al trabajo, cupos de reserva de cargos para el sector público pero no hacía mención expresa a los ajustes razonables vinculados al trabajo. Sin embargo, en su artículo 48 se refería a la reglamentación que debía hacerse de la ley para “completar la protección a dispensar a los discapacitados en proceso de rehabilitación. Esta protección comprenderá: A) Medios y atenciones para facilitar o salvaguardar la realización de su tarea, así como el acondicionamiento de los puestos de trabajo que ellos ocupen”. Este texto, propio del año 1989 y anterior al paradigma que trasunta toda la convención del año 2006, usa el término “discapacitado” y en algunos casos también el de “impedidos”, que luego han sido ya superados. También maneja con confusión la idea de discapacidad e incapacidad, al mencionar, por ejemplo, a los “discapacitados en proceso de rehabilitación”. Es una norma propia del paradigma modelo rehabilitador. El modelo social, como ya se ha dicho, queda plasmado en la mencionada Convención del año 2006.

La ley 16095 mencionada fue derogada por la ley 18651, en la cual no se hace una expresa mención al concepto de ajustes razonables, pero pueden vislumbrarse alusiones al concepto. El artículo 51 literal h) dispone que para dar cumplimiento a los artículos 49 y 50 que hablan de las cuotas de reserva de puestos de trabajo: “Se deberá crear un dispositivo en cada organismo público que

vele por la adecuada colocación de la persona con discapacidad en el puesto de trabajo, contemplando las adaptaciones necesarias para el adecuado desempeño de las funciones, así como la eliminación de barreras físicas y del entorno social que puedan ser causantes de actitudes discriminatorias” Esta disposición es muy relevante y demuestra el cambio de enfoque al hablar de barreras que puedan provenir del “entorno social”.

Ley N° 19.159 del año 2013, de creación de talleres de producción protegida, no hace especial mención al tema ya que justamente es una norma especial, como ya se ha señalado. Al establecer modos de ocupar a personas con discapacidad para facilitar su acceso al trabajo, no regula especialmente lo atinente a los ajustes razonables.

La ley N°19.691 del año 2018 consagra cuotas de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, pero para el sector privado. En su artículo 7º, bajo el epígrafe “Accesibilidad”, establece lo siguiente: “Cada empleador generará las condiciones adecuadas en el puesto de trabajo sobre accesibilidad según las normas vigentes en esa materia a cuyos efectos deberá ejecutar las adaptaciones necesarias para el adecuado desempeño de las funciones del trabajador”. Por su parte el artículo 14 dispone que: “(Beneficios por realización de obras de accesibilidad o adaptación de los lugares de trabajo).- Las personas físicas o jurídicas que realicen obras de accesibilidad o adaptación de los lugares de trabajo con la finalidad de posibilitar el desempeño del personal contratado al amparo de la presente ley, podrán estar comprendidas en los beneficios y las obligaciones establecidas en la Ley N° 16.906, de 7 de enero de 1998”. Se trata esta última de una ley de estímulos para la inversión.

El decreto reglamentario de la Ley N° 19691, N° 73/019 de 12 de marzo de 2019, en su artículo 7º, refiere al artículo 7º (de la ley), y establece: “(Asesoramiento para accesibilidad).- A los efectos del cumplimiento del artículo 7º de la ley que se reglamenta, los empleadores comprendidos en el mismo podrán solicitar

asesoramiento técnico a la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social”.

Por lo que se ha examinado, las normativas uruguayas hacen más bien referencia a la idea de la accesibilidad que propiamente al concepto de los ajustes razonable, que estaba más presente en la ley 18.651 que en la posterior ley N° 19691.

De lo antedicho, puede concluirse que el desarrollo de lo concerniente a la obligación de ajustes razonables es crucial para una verdadera inclusión de las personas con discapacidad en el trabajo. Las barreras son físicas pero también hay que entender que son sociales. No debemos limitar en la consideración de los ajustes razonables vinculados a la accesibilidad. Ellos pueden suponer también, adaptaciones en el mobiliario, o en posibilidades de salidas del trabajo por requerimientos médicos, medidas especiales a tomar cuando se hacen, por ejemplo, concursos de ascenso en el sector público, que puede consistir en algo tan sencillo como otorgar un poco más de tiempo en una prueba.

8. Conclusiones

Las acciones afirmativas pueden ser una herramienta útil para promover el acceso al trabajo de parte de colectivos vulnerables. Las dificultades y situaciones de discriminación pueden tener origen en distintas situaciones, como la raza, etnia, religión, opción sexual, discapacidad, etc. Es una consagración de los derechos fundamentales y tienen como finalidad su mejor aplicabilidad. Se entiende que tienen que, en algunos casos, ser de aplicación transitoria, ya que su función es equilibrar las desigualdades, hasta tanto se recompongan por su influjo y puedan ser eliminadas.

El problema que pueden ocasionar estas acciones afirmativas o medidas de discriminación positiva o inversa, es que pueden lesionar derechos individuales de otros sujetos. Al momento de tener que tomar decisiones en casos concretos importa hacer un balance y ponderación de la posible afectación de los derechos

en juego. También es importante una buena y cuidadosa implementación de este tipo de medidas, para evitar que terminen perjudicando o estigmatizando a aquellos que están llamadas a proteger.

En el caso de las personas con discapacidad, estamos en un escenario diferente. Como se ha mencionado en el transcurso del presente trabajo, ha habido a veces una confusión en perspectivas y aún en normativas entre la incapacidad y la discapacidad. Eso puede ser todavía un resabio del modelo rehabilitador. Existen, sin embargo, en su gran mayoría, situaciones de personas con discapacidad para las que la rehabilitación no es una opción, pues no se trata de “deficiencias físicas” que vayan a reestablecerse, sino de situaciones permanentes. Por lo tanto, como se ha dicho, existen barreras físicas pero también sociales, y estas últimas son las que deben ser atacadas con ahínco. La Oficina Nacional del Servicio Civil ha informado que en el año 2024 ingresaron 81 personas con discapacidad a los organismos públicos obligados, y que eso representa el 0,43% de puestos ocupados en el año. Con respecto al año 2023 el porcentaje de ingreso se redujo en un 23 % (ONSC, 2024). Esto supone una falencia en el cumplimiento del propio Estado a las normativas que él mismo se instituye. Se hace necesario por tanto hacer un seguimiento para encontrar cuáles son las barreras que siguen existiendo, qué es lo que se puede mejorar, y también cómo se da la evolución de la normativa que se dictó para las empresas privadas. Revisar los estímulos que se dan, si son suficientes. Y, sobre todo, propender a fortalecer la previsión de los denominados “ajustes razonables”, que son los que pueden favorecer la inserción de las personas con discapacidad en el empleo. Entendemos que en ese tema hay poco desarrollo normativo y tal vez una mimetización total con la idea de la accesibilidad universal. Por lo que se hace necesario seguir avanzando en el desarrollo normativo para la implementación de políticas públicas, revisando y evaluando el impacto de las medidas adoptadas.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Muñoz, Alejandra (2013). Igualdad, discriminación y acción positiva, en rev. Der. Lab. T. LVI, enero - marzo 2013.
- Álvarez de la Rosa, Manuel (2020). El valor de la igualdad y el derecho del trabajo, Comares, Granada.
- Amartino, Mariana L. (2023). Aportes para pensar la inclusión laboral desde un enfoque interseccional de discapacidad y género, en Revista del Grupo de Estudios de Derecho Social, N°4, mayo 2023.
- Atienza, Manuel (1996). Un comentario al caso Kalanke, en Doxa, 19, 1996, pág. 119. <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141943.pdf>.
- Barbagelata, Héctor Hugo (2004). El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales, en rev. Der. Lab., Tomo XLVII, N° 214, Abril - Junio 2004.
- Barbagelata, Héctor Hugo (2009) El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales, FCU, Montevideo.
- Barretto, Hugo (2002). Capacitación y poderes del empleador: Admisibilidad de una responsabilidad contractual genérica del empresario. Rev. Der. Lab., Tomo XLV – N° 207, julio – setiembre 2002.

- Barretto, Hugo (2008). Dimensiones del derecho a la igualdad en el mundo del trabajo, en El principio de igualdad en la teoría del derecho y la dogmática jurídica, FCU, Montevideo.
- Barretto, Hugo (2011). El concepto de diferencia en la relación de trabajo. Su consideración original como asimetría de poder y su declive hacia el consenso y la no discriminación. Rev. Der. Lab., Tomo LIV – N° 244, octubre – diciembre 2011.
- Bidart Campos, Germán J (2006).
 - “Manual de la Constitución reformada” Tomo I. Ediar, Buenos Aires.
 - “Manual de la Constitución reformada” Tomo II. Ediar, Buenos Aires.
- Cámara de Representantes. Repartido N° 769, de setiembre de 2006, Comisión de Legislación del Trabajo de la Cámara de Representantes.
- Cámara de Representantes. Repartido N° 1525 de Cámara de Representantes de marzo de 2009. Carpeta 3147 de 2009
- Cámara de Senadores. Repartido N° 730, octubre de 2018, Carpeta 1084/2018.
- Charrutti Garcén, María del Luján (2011). “El derecho al trabajo. Derecho social fundamental” en Libro de Ponencias de las XXII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en homenaje al Prof. Oscar Ermida Uriarte. FCU, Montevideo.
- Dubet, Francois (2012). Repensar la justicia social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades. Siglo XXI Editores, Buenos Aires.
- Dubet, Francois (2021). ¿El fin de la sociedad de clases? en Revista Nueva Sociedad, N° 292/Marzo - Abril 2021.
- Dworkin, Ronald (2012). Una cuestión de principios. Siglo XXI Editores, Buenos Aires.
- Ermida Uriarte, Oscar (2011). “Meditación sobre el derecho del trabajo”. FCU, Montevideo.
- Emmenegger Giambiassi, María Elena; Legnani Píriz, Bernardo; Carrerou,¹³⁰

Caseras, Mariana (2021) Derechos de las personas con discapacidad. La Ley Uruguay, Montevideo.

- Esteban Legarreta, Ricardo (2020). La ley N° 19.691 de promoción del trabajo de las personas con discapacidad. Algunas reflexiones desde la experiencia española. Rev. Der. Lab., Tomo LXIII– N° 278 - 279, abril – setiembre 2020.
- Ferrajoli, Luigi (2019). Manifiesto por la igualdad, Trotta, Madrid.
- Garmendia Arigón, Mario (2003). La formación profesional en el Derecho Laboral Uruguayo, en Derecho de la formación profesional en Uruguay. CINTERFOR, Montevideo.
- Garmendia Arigón, Mario (2007). “El período pre-contractual laboral” en revista Derecho Laboral- Tomo L-N° 228-Octubre-Diciembre, 2007.
- Garmendia Arigón, Mario (2022). “El período pre-contractual laboral” en Revista Derecho del Trabajo, Año X- N° 37 – octubre/diciembre 2022.
- Goldstein, Eduardo (2009) “La discriminación racial por origen nacional y etnia en las relaciones laborales”. FCU, Montevideo.
- Guanche Marrero, Alberto (1993). “El derecho del trabajador a la ocupación efectiva”. Editorial Civitas, S.A., 1ª edición, Madrid.
- Gutiérrez Colominas, David . La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español.
- Hidalgo Cuadra, Ronald (2014) “La discriminación positiva. Comentarios al caso Regens of the University of California V. Bakke”. Revista Jurídica Ius Doctrina, N° 10, 2014, 1 – 16. Costa Rica. Material conseguido en el sitio web:<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/15616/14969>
- Iglesias, Leticia (2016). Trabajo y discapacidad. Revista Derecho del Trabajo, Año IV- N° 13 – octubre/diciembre 2016.
- Iglesias, Leticia (2019). El establecimiento de cuotas como medida de acción afirmativa en la contratación laboral. Revista Derecho del Trabajo, Año

VII- Nº 22 – enero/marzo 2019.

- López López, Adriana. “Sobre la promoción del trabajo para personas con discapacidad. Primeros comentarios de la Ley Nº 19.691” en rev. Der. Lab. T LXI, octubre - diciembre 2018, pág. 707.
- Lyon - Caen, Gerard. ¿Derecho del trabajo o derecho del empleo? Evolución del pensamiento iuslaboralista. Estudios en homenaje al Prof. Héctor Hugo Barbagelata (1997). FCU, Montevideo.
- Mangarelli, Cristina (2018). Trabajo y discapacidad, en Anuario Uruguayo Crítico de derecho de familia y sucesiones, FCU, Montevideo.
- Mantero de San Vicente, Osvaldo (2015). Derecho Sindical. Montevideo, FCU, 2a edición actualizada por Becerra, Rodolfo y Nicolliello, Ariel.
- Mora Cabello de Alba, Laura (2017). El futuro del trabajo que queremos hoy, en El futuro del trabajo que queremos, Bomarzo, Albacete.
- OMS (2001). Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud.
- ONSC (2024) <https://www.gub.uy/oficina-nacional-servicio-civil/comunicacion/publicaciones/ingreso-personas-discapacidad-estado-2024>
- O Reilly, Arthur (2007). El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidad, OIT, Ginebra.
- Palacios Rizzo, Agustina (2008). El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Cinca, Madrid.
- Pérez Pérez, Jorge (2014). Discapacidad y acción positiva: Incentivación de la contratación laboral y cuotas de reserva de empleo. Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona.
- Plá Rodríguez, Américo. Los principios del derecho del trabajo. Edición al cuidado de Hugo Barretto Ghione. Clásicos jurídicos uruguayos (2015), FCU, Montevideo.
- Pisarello, Gerardo (2007). Los derechos sociales y sus garantías.

Elementos para su reconocimiento. Trotta, Madrid.

- Pintos Casañas, Emanuel (2024). La discriminación estructural como categoría jurídica autónoma. FCU, Montevideo.
- Preciado Domenech, Carlos Hugo (2016). Igualdad y no discriminación en el derecho de la Unión Europea, Bomarzo, Albacete.
- Raso Delgue, Juan (2022). Despido del trabajador con discapacidad, en “El Despido. Estudio sobre el despido común y dieciséis regulaciones especiales de indemnización”, FCU, Montevideo.
- Rueda Monroy, José Antonio (2021). La reserva de empleo para las personas con discapacidad en España. Consideraciones y propuestas desde el modelo relacional de la discapacidad. Ediciones Laborum, Murcia.
- Ruiz Miguel, Alfonso (1996). La discriminación inversa y el caso Kalanke en Doxa, 19. Material consultado en el sitio web: [file:///C:/Users/Valued%20Customer/Downloads/la-discriminacin-inversa-y-el-caso-kalanke-0%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Valued%20Customer/Downloads/la-discriminacin-inversa-y-el-caso-kalanke-0%20(1).pdf).
- Saba, Roberto (2016). Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados? Siglo XXI editores, Buenos Aires.
- Sastre Ibarreche, Rafael (1996). El derecho al trabajo. Trotta, Madrid.
- Zubillaga, Ignacio (2015). Discriminación precontractual, en Revista derecho del Trabajo, Año III, N°6, enero/ marzo 2015.