

El acceso al empleo público por las personas con discapacidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Límites y desafíos de un caso estructural desamparado

María Verónica Tarzia¹

Resumen Ejecutivo

Diagnóstico

La cuestión del empleo público como característica del derecho administrativo -y por supuesto, con competencia local- está atravesada por el reconocimiento del derecho humano al acceso igualitario al trabajo por las personas con discapacidad y la incorporación de la acción positiva prevista en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que establece un cupo del cinco por ciento para el acceso a puestos de empleo público por parte de miembros de este colectivo. Existe un caso estructural planteado y en trámite en la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que se encuentra desamparado y atraviesa importantes límites y desafíos para revertirlos.

Conclusiones y recomendaciones

Se señalan los hallazgos y una serie de recomendaciones asociadas a cada nodo temático en los que se detectó algún límite para afrontar:

- Problemas de legitimación para la ejecución de sentencia y consenso de estrategias por el grupo afectado.

- 1) Celebrar acuerdos de trabajo entre los operadores jurídicos que intervienen en representación de los titulares del derecho con su participación.
- 2) Exigir mayores esfuerzos de difusión del derecho y las posibilidades de acceso al registro de aspirantes y al caso estructural entre la población de la CABA.
- 3) Convocar organizaciones de la sociedad civil con representatividad para interesarlas en la participación procesal.

- Falta y falseamiento de información relevante que se encuentra en poder del GCBA.

- 1) Generar el acceso a la información a través de vías administrativas (ley 104) y judiciales como precondition para el cumplimiento de la sentencia.
- 2) Evaluar los ocultamientos de información en los que incurrió el GCBA sobre los puestos de trabajo realmente disponibles con anterioridad a la sentencia.
- 3) Propiciar una muestra de casos testigos.

- Falta de asunción de un rol protagónico por la jueza y omisión de respuestas estructurales.

- 1) Exhortar a la jueza de ejecución para que adopte un rol protagónico en la dirección del caso y diseñe respuestas de calibre estructural.

¹ Abogada (UBA), cursante de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA), desarrolla investigación y litigio estratégico en materia de derechos económicos, sociales y culturales, servicios públicos y usuarios, transparencia y anticorrupción y se desempeñó en la enseñanza del derecho.

- Problemas en el acceso a la justicia y representación legal por los afectados.

2) Invitar a la Defensoría Pública para que organice un programa de acceso a la representación legal para los afectados, con posible colaboración de organizaciones de la sociedad civil.

- Abandono de debates sustantivos sobre el contenido del derecho de acceder a empleos públicos y su armonización con otras garantías de raigambre constitucional.

1) A través del análisis de casos puntuales se podrá dar relevancia a los debates sustantivos que aún permanecen ausentes: equilibrar la interpretación de la condición de "idoneidad" y el derecho de acceder al empleo público; condiciones de adaptación y ascenso en la carrera administrativa; complementariedad en el acceso a otros derechos reconocidos a las personas con discapacidad.

- Ausencia de incidencia política

1) Invitar a los Jefes Comunes a difundir entre los vecinos de sus Comunas la existencia del derecho, el registro de aspirantes y el caso.

- Omisión del control legislativo

1) Invitar a la Legislatura para que proporcione la información en su poder y solicitarle que rinda cuentas sobre el cumplimiento de la competencia de control esgrimida en la ley.

I. Marco conceptual

En el marco de la agenda del Cuarto Congreso de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que fue titulado "*Los derechos humanos en el derecho local*" y en relación con los tópicos de su abordaje, la elección por el derecho de acceso al empleo público por las personas con discapacidad tiene una serie de motivos y la orientación que a continuación expongo.

En primer lugar, los derechos de las personas con discapacidad por su reciente reconocimiento en tratados de derechos humanos son los que requieren mayor atención de los activistas y operadores jurídicos para lograr su expansión. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo fue ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional y aprobada por el Poder Legislativo en el 2008. Por otro lado, la cuestión del empleo público como característica del derecho administrativo -y por supuesto, con competencia local- está atravesada por la incorporación de la acción positiva prevista en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CCABA) que establece un cupo para el acceso a puestos de trabajo en el ámbito público por parte de miembros de este colectivo

En este aspecto, desde el punto de vista constitucional, existen serios debates sustantivos que plantea la armonización de algunos derechos reconocidos en este tratado con las instituciones típicas del derecho público local, en especial, con la condición de idoneidad para el acceso al puesto que también tiene raigambre constitucional.

Desde la perspectiva de la política pública, repasar el cumplimiento del cupo laboral para personas con discapacidad es útil a fin de observar la dinámica del Poder Ejecutivo con las contrataciones de personal de planta permanente y mediante otras modalidades, y en definitiva, evaluar el funcionamiento de la burocracia estatal. En este orden de ideas, los derechos de las personas con discapacidad se potencian por la medida de acción afirmativa planteada en el texto constitucional pero encuentran su base en el principio de la igualdad genérica que prescribe el acceso a los empleos públicos, que fue citado anteriormente, por ende, el interés público del tema abordado trasciende al grupo protegido por esa acción.

Finalmente, no puede obviarse que existe un caso estructural planteado y en trámite en la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Una gran motivación para llegar a este trabajo fue conocer el devenir el caso y palpar las enormes dificultades que enfrenta. El análisis hacia el trámite judicial no es meramente coyuntural y tampoco provoca interés únicamente por su inclusión en la agenda de este evento académico. Las consecuencias de fondo de la existencia de un fallo definitivo que resolvió condenar al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) a cumplir con la acción positiva y estableció los términos en que debía realizarse ese cumplimiento repercute insoslayablemente en el contenido del derecho con incidencia colectiva. De allí que sea menester alertar sobre las responsabilidades institucionales que pesan sobre los jueces y otros funcionarios públicos que intervienen o podrían intervenir en la implementación de la política pública y en el caso; y responsabilidades éticas para los abogados y abogadas que plantearon las estrategias y continúan en la representación letrada de los afectados.

En síntesis, el trabajo pretende ser un disparador para dar visibilidad a un cúmulo de desafíos sustantivos y procesales que se presentan para expandir el derecho de acceso al empleo público por las personas con discapacidad, desde un particular enfoque que empalma estructuras del derecho constitucional, administrativo, de los derechos humanos y hasta de políticas públicas.

II. El caso "Barilá"

En el 2006, un año después del dictado de la reglamentación de ley 1502, se planteó una acción colectiva en fuero judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el objeto de lograr el cumplimiento de la política afirmativa para el acceso a puestos de empleo público por las personas con discapacidad expuesta en el art. 43 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la ley 1502. (En el Anexo se hace una breve mención a los antecedentes normativos del derecho en juego).

El caso en cuestión está caratulado: "**Barilá, Santiago c. GCBA s. Amparo**" (Exp. 22.076/0), en trámite ante el juzgado en lo contencioso administrativo y tributario n° 7, a cargo de la Dra. Lidia Ester Lago.

El amparo lo interpuso un abogado de la Ciudad de Buenos Aires invocando la legitimación amplia que otorga la CCABA para iniciar acciones populares, en el marco de una experiencia de trabajo pro bono.

Los pasos relevantes que transitó el caso fueron los siguientes:

Primera etapa: la decisión de fondo

Antes de llegar a una decisión definitiva, el caso transitó numerosas complicaciones e incluso se produjo un debate entre los tribunales de mayor jerarquía para arribar a la sentencia final.

El juzgado de primera Instancia rechazó *in limine* la acción de amparo por considerar que no se advertía que la omisión ilegítima que se le imputaba al Jefe de Gobierno afectara de modo suficiente, directo o sustancial en grado que le alcance a configurar un perjuicio al actor. Además de ello consideró que el Poder Judicial carece de facultades para el control, de otro órgano público del estado, como es el caso del Poder Ejecutivo.

La decisión apelada fue objeto de revocación por la Sala II de la Cámara de Apelaciones, en febrero de 2007, donde se destacó que la CCABA establece una democracia participativa y en virtud de ella cualquier habitante puede intervenir en la construcción del orden jurídico local. En lo estrictamente procesal, validó que cualquier persona con tal de que acredite su calidad de habitante está legitimada al margen del daño individual que le pueda causar la acción u omisión invocada y por ende correspondía admitir la legitimación del actor.

El trámite el caso continuó en el juzgado de primera instancia mediante la comparecencia del GCBA y la apertura a prueba. El 14 de febrero de 2008 se dictó sentencia en ese tribunal, rechazándose la demanda sin costas, con similares fundamentos al fallido rechazo *in limine*.

Una vez recurrida la decisión y en el seno de la Sala II, se realizó una audiencia que no tuvo éxito en la intención de arribar a acuerdos y se solicitaron informes al GCBA como medidas de mejor proveer. Finalmente, la apelación se resolvió a favor del actor, se revocó la sentencia de primera instancia, y se ordenó al GCBA para que en el plazo de 60 días adopte medidas concretas y efectivas para cubrir el cupo exigido por el art. 43 de la CCBA y la ley 1502. La Sala II manifestó, ante el recurso de aclaratoria que intentó la parte actora, que excedía el marco de su jurisdicción establecer en forma minuciosa de qué manera debe el GCBA incorporar a las personas con discapacidad.

Fue entonces el turno del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante TSJ) que se pronunció respecto al recurso de inconstitucionalidad que planteó la demandada. Admitió la afectación del derecho de defensa y la división de poderes y ordenó que antes de formular condena el *a quo* realizara el cruzamiento entre las vacantes disponibles en planta permanente, transitoria o contratados de cualquier especie que requieran servicios personales con el registro previsto en el art. 9 de la ley 1502, para así dejar establecido el universo de beneficiarios y permitir la eventual ejecución de la sentencia. A su vez, el TSJ destaca, obiter dictum, que la legitimación del actor culminaría en la etapa de la ejecución de la sentencia.

En la Sala II se solicitaron los informes que ordenó el Superior Tribunal sobre las vacantes en las funciones públicas y el registro de aspirantes. De esos informes surgió la cantidad de puestos de planta permanente que el GCBA declaró disponibles.² Asimismo, también se identificó al colectivo de aspirantes como los inscriptos a COPIDIS, que son 4600 personas aproximadamente.

En su fallo sobre la cuestión de fondo, que se dictó en abril de 2011, el tribunal expresó que el procedimiento para la designación de personas con necesidades especiales fue ignorado por parte del GCBA y que durante el juicio tuvo una escasa predisposición a brindar información completa sobre las vacantes disponibles de planta permanente. Lamentablemente, no fue posible revertir el falseamiento de la información, el fallo se basó en los datos existentes en la causa, es decir, alcanzó a los puestos informados por el GCBA.

En relación con las vacantes de planta permanente disponibles, condenó al GCBA para que en el plazo de sesenta días convoque a concurso (o al procedimiento que resulte adecuado conforme la naturaleza de la vacante) entre las personas inscriptas en la COPIDIS, a fin de cubrir cada uno de los puestos vacantes. Además se ordenó que el Gobierno se abstenga de promover cualquier tipo de concurso o procedimiento para cubrir vacantes sin antes cumplir con el deber legal enunciado en la ley 1.502 (art. 2) e instruir los procedimientos de selección entre las personas inscriptas en el registro de la COPIDIS. Existe una *obligación legal* para el cumplimiento de la ley y su reglamentación y se excluye toda posibilidad de actividad discrecional por parte del GCBA.

Para las contrataciones que no respondan a la modalidad de permanencia, se condenó al GCBA a seguir el procedimiento que se detalla a continuación: previo a celebrar contrato de cualquier naturaleza, la repartición de que se trate deberá solicitar la nómina de las personas inscriptas en la COPIDIS que cumplan con las condiciones e idoneidad para el cargo. Únicamente en el supuesto de no contar con personas inscriptas que observen dichos recaudos, y dejándolo

² Únicamente informó contar con las siguientes vacantes de planta permanente, a saber: a) Ministerio de Desarrollo Social: 1 cargo de asistente social b) Ministerio de Cultura: 1 chofer, 1 de periodista, 5 administrativos. c) Ministerio de Educación: 200 cargos de portero. d) Ministerio de Justicia y Seguridad: 1 cargo en la UAI y 1 cargo administrativo. e) Secretaría Legal y Técnica: 2 cargos personal de limpieza y 2 abogados. f) Ministerio de Hacienda: 12 cargos administrativos para atención al público y 6 administrativos. g) Ministerio de Salud: 2 cargos de administrativos y 2 cargos de choferes.

asentado por acto fundado de modo de deslindar las responsabilidades establecidas por el art. 15 de la ley 1.502, se podrá proceder a contratar personal al margen de esta manda.

Finalmente, como medidas de difusión y determinación de responsabilidades institucionales, el Tribunal resolvió: 1) Notificar en forma personal al Jefe de Gobierno el decisorio a los fines de que arbitre los procedimientos necesarios para el cumplimiento en los plazos señalados. 2) Ordenar al gobierno la difusión de la sentencia y que informe trimestralmente las medidas concretas y positivas que se vayan adoptando para el cumplimiento del decisorio. 3) Poner en conocimiento el decisorio a la Legislatura, a los fines del cumplimiento de la función que le asigna la ley 1.502.

Segunda etapa: la ejecución

A partir de esa resolución comenzó a litigarse un caso estructural sobre políticas de contratación de personal e integración laboral en la Ciudad de Buenos Aires. Una vez reconocido el derecho, la realidad presentó numerosas dificultades para que el caso tomara un rumbo decisivo.

Lo que sucede en el expediente dista considerablemente de la realidad del estado de las contrataciones en el GCBA. Entretanto se constituye el colectivo de legitimados para impulsar la etapa de ejecución, el GCBA realizó algunas presentaciones en las que "acredita el cumplimiento de la sentencia". Las medidas que informó como cumplimiento fueron las siguientes:

- El dictado del decreto 332/11 con el que el Jefe de Gobierno instruyó a la Secretaría de Recursos Humanos del Ministerio de Hacienda para que implemente las acciones necesarias que posibiliten substanciar en los organismos y entidades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires alcanzados por el artículo 2° de la Ley N° 1.502, los procesos para la cobertura de cargos vacantes entre las personas con discapacidad inscriptas en la Comisión para la Plena Participación e Inclusión de Personas con Discapacidad (COPIDIS), con observancia del recaudo de idoneidad, hasta completar el cupo del cinco por ciento (5 %) constitucionalmente previsto. Además, dispuso en esa Secretaría la autoridad de aplicación de la ley 1.502.

- La difusión de la sentencia que se concretó a través de la publicación en el Boletín Oficial, en medios de comunicación masiva y por correo electrónico a los inscriptos.

- Se acompañó, en diversas etapas, documentación sobre el inicio de un proceso de selección para cubrir doscientos puestos de auxiliar de portería en el ámbito, naturalmente, del Ministerio de Educación y luego un informe del avance del concurso en el que se señala que una vez vencido el plazo de inscripción y previo control de la documentación el Comité elaboró un acto de cierre de inscripción donde constato la nómina de 155 inscriptos al proceso de selección. Las entrevistas comenzaron el 19 de septiembre y se entrevistaron 112 postulantes.

III. Límites y Desafíos

En el contexto que se relato, es posible listar algunos límites y los desafíos que en consecuencia atraviesa el caso "Barilá". En cada uno de los nodos identificados como hallazgo o conclusión temática se formula una recomendación específica.

Problemas de legitimación para la ejecución de sentencia y consenso de estrategias por el grupo afectado

Las organizaciones no gubernamentales que trabajan temáticas sobre derechos económicos, sociales y culturales comenzaron a recibir consultas de las personas con necesidades laborales que querían participar del proceso. De allí comenzó a conformarse un grupo que en forma escalonada se constituyó como litisconsorte en el juicio para impulsar medidas de ejecución de la sentencia estructural. Esto era necesario porque la legitimación del

abogado actor estaba restringida en la etapa de ejecución de sentencia y al carecer de perjuicio individual no representaba la voluntad de las personas que integran el colectivo afectado.

Al mismo tiempo, las personas plantearon individualmente sus requerimientos de cumplimiento particular con razonable interés en solucionar su necesidad de fondo.

Si bien se aceptaron los litisconsorcios, aún no se ha resuelto sobre las ejecuciones individuales, a pesar de que fueron rechazadas algunas medidas cautelares individuales solicitadas con anterioridad al dictado de la sentencia.

Como se han identificado los problemas para hilvanar, consensuar y comunicar estrategias colectivas con los propios afectados y entre los operadores jurídicos, es recomendable que éstos últimos se comprometan en acuerdos de trabajo y de comunicación genuina a los afectados. También es recomendable convocar organizaciones de la sociedad civil con representatividad para interesarlas en la participación procesal.

En cuanto al colectivo conformado, más allá de los afectados hasta el momento no se presentó ninguna organización de la sociedad civil invocando la defensa de los derechos de incidencia colectiva del grupo incluido en la sentencia. Asimismo, a pesar de la restricción del universo de representados en el juicio (los inscriptos en COPIDIS) deben existir muchas otras personas que desconocen la apertura del registro y los términos de la sentencia pero que están en idéntica situación que aquéllos, es decir, conviven con alguna discapacidad y buscan su inserción laboral. Una interpretación conforme a los principios de igualdad y equidad nos llevaría a demandar mayores esfuerzos de difusión del derecho y equilibrar las posibilidades de acceso al registro y al caso.

Falta y falseamiento de información relevante que se encuentra en poder del GCBA

El GCBA aprovechó la dificultad de la organización de una estrategia colectiva por la parte actora y comenzó a acreditar supuestos actos de cumplimiento de la sentencia, pretendiendo agotar la cuestión con la mera apertura de un concurso para cubrir doscientos puestos de ayudantes de portería. A esos cumplimientos fotogénicos agregó algunas publicaciones realizadas internamente y externamente para difundir la existencia de la sentencia.

Fue muy fácil advertir los ocultamientos del GCBA en la provisión de información sobre las vacantes disponibles en el ámbito de la Administración de la Ciudad.

Desde la fecha de notificación de la sentencia han sido publicados por el Departamento de Recursos Humanos del GCBA innumerable cantidad de puestos disponibles para ser ocupados por personal que revista el carácter de permanente o transitorio dentro del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.³ Si bien las búsquedas internas no han sido contempladas del decisorio en vías de cumplimiento, lo cierto es que alerta sobre un posible déficit de información imputable a la parte demandada sobre la cantidad de puestos disponibles y sus respectivas modalidades de contratación. La puesta en marcha de búsquedas internas puede perjudicar el cumplimiento de la sentencia, por la falta de información existente no es posible controlar si tales ofertas corresponden a puestos que podrían estar abarcados por la decisión judicial bajo su ejecución.

Por otro lado, desde la fecha de la sentencia –y luego del dictado del decreto del Jefe de Gobierno que ordenó a los organismos su observancia- se detectaron numerosas resoluciones que autorizaban la contratación de personal mediante locación de servicios que incumplen la sentencia, pues, no se trataría de personas con discapacidad y tampoco se habría cumplido con el dictado del acto administrativo que fundamente la falta de aspirantes en el registro de COPIDIS con “idoneidad” suficiente para el puesto. Con esto también nos anticipamos al debate sobre el significado y alcance del término “idoneidad” que es un ámbito no explorado por la demanda y la sentencia, como se verá a continuación.

La recomendación en este aspecto consiste en generar el acceso a la información a través de vías administrativas (ley 104) y judiciales como precondition para el cumplimiento de la

³ Todas esas búsquedas internas se encuentran publicadas en: <http://www.mibuenosairesweb.gob.ar/>

sentencia, evaluar los ocultamientos de información en los que incurrió el GCBA sobre los puestos de trabajo realmente disponibles con anterioridad a la sentencia y propiciar una muestra de casos testigos.

Falta de asunción de un rol protagónico por la jueza y omisión de respuestas estructurales. Problemas en el acceso a la justicia y representación legal por los afectados.

La jueza –ahora de ejecución- había rechazado la acción en dos oportunidades: al inicio de la acción, negando la legitimación activa, y al dictar la sentencia definitiva. No obstante, aunque haya pronunciado su opinión jurídica contraria al progreso de la acción y del fondo, la falta de asunción de un rol protagónico, como corresponde a los jueces en casos estructurales, le es reprochable. Pero no únicamente por estar al frente de un caso estructural debe arbitrar medidas de ejecución más eficaces sino también porque el grupo afectado cuenta con 4.600 personas que tienen un debilitado acceso a la representación legal y la posibilidad de ejercer su derecho en la realidad depende de las decisiones que la jueza defina. En este aspecto, el caso es constitutivo del derecho.

Sobre este acápite es menester resaltar la postura de la Sala II en su sentencia del 14/04/2011 definió el rol que debería asumir el tribunal que interviene en el caso, en un mandato que la jueza a quo debería tomarse en serio:

"Que, previo a ingresar al análisis de lo que es materia de decisión, cabe recordar que determinados litigios, por su complejidad, adquieren particularidades específicas, que exigen diversas intervenciones de los tribunales y, en consecuencia, no se agotan en un único acto jurisdiccional que extingue el litigio. La reciente jurisprudencia de la Corte Suprema marca, en tal sentido, una línea jurisprudencial sumamente clara (entre otros, in re 'Mendoza, Beatriz', pronunciamientos del 20/6/2006 y 8/7/2008)... En los que se pretende la implementación de una política pública fundada en una explícita directriz constitucional, la "... sentencia no es una, sino varias; no es típica, sino atípica; el proceso no se extingue sino que continúa. Podríamos decir que son procesos de larga duración en la medida en que el tiempo es inherente a su ejecución, ya que es imposible o hasta inconveniente resolver la situación con una medida inmediata y drástica" (Lorenzetti, op. cit., p. 113). A su vez, las intervenciones de los órganos de justicia han de estar direccionadas a procurar alcanzar una solución estructural al conflicto. El proceder de los tribunales de justicia, a diferencia de lo que sucede en los procesos tradicionales ideados a partir de la relación "deudor – acreedor", adquiere, naturalmente, otra dimensión, cuya complejidad desborda los lineamientos clásicos, en sentido que la satisfacción de la pretensión pueda llegar a resultar efectiva, a partir de un único acto jurisdiccional. En rigor, las decisiones judiciales relativas a la implementación de políticas públicas, exige de decisiones progresivas, tendientes a concretar, en forma efectiva, el mandato constitucional."

En este sentido, la exhortación es hacia la propia magistrada para adopte un rol protagónico en la dirección del caso y diseñe respuestas de calibre estructural.

Por otro lado, por imperio de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad el derecho de acceso a la justicia está fortalecido. El artículo 13, primer párrafo, expresa que "los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, **incluso mediante ajustes de procedimiento** y adecuados a la edad, **para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos**, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares."

La gravitación del derecho de acceso a la justicia fortalecido autorizaría formular una recomendación en el sentido de que sea la Defensoría Pública para que organice un programa de acceso a la representación legal para los afectados, con posible colaboración de organizaciones de la sociedad civil.

Abandono de debates sustantivos sobre el contenido del derecho de acceder a empleos públicos y su armonización con otras garantías de raigambre constitucional

A pesar de tratarse de un caso estructural, quizá por las dificultades para la participación o la falta de debate colectivo previo a la iniciación del proceso, se escatimaron discusiones sustantivas sobre las razones de la discriminación en el acceso al trabajo para las personas con discapacidad y sobre el contenido del derecho a la inclusión laboral que debe revertir esa situación de discriminación.

Por ejemplo, no se profundizó en eliminar la vaguedad del concepto de "idoneidad" como requisito para la incorporación a un puesto de empleo público e interpretarlo en forma acorde a los tratados internacionales de derechos humanos. Las dos normas que establecen la prioridad en el acceso al cargo por las personas con discapacidad mencionan que debe acreditarse la idoneidad específica y en relación con los requerimientos del puesto.⁴

Es decir, una lectura distraída de las normas ubicadas en un sistema podría llevar a soluciones injustas. Por ejemplo, la interpretación de las cláusulas constitucionales y los términos del art. 5° de la ley 1.502 y de la ley 471 sobre Relaciones Laborales en la Administración de la Ciudad de Buenos Aires, podría tornar equiparables las condiciones de idoneidad exigidas entre quienes compiten por una vacante sea que atraviesen o no una discapacidad. Inclusive podría adentrarse en una contradicción normativa si se agrega la pauta del art. 6 de la ley 1.502, si se aplica un estándar según el cual el privilegio en el acceso al puesto con respecto a otra persona se produce si la persona con discapacidad demuestra que posee una "capacidad" sea apta para realizar la tarea. No existen casos jurisprudenciales puedan anticipar visiones sobre este punto en conflicto entre la norma constitucional que dispone la idoneidad como una única condición de ingreso al empleo público (y la interpretación que este concepto conlleva) y la que establece la acción positiva en defensa de los derechos de las personas con discapacidad. Esta es una discusión ausente del debate y también amerita una profunda revisión de las normas locales sobre empleo público.

Tampoco se han discutido las estrategias razonables en el marco de una acción positiva para fomentar la adaptación al iniciar el empleo y garantizar condiciones equitativas a las personas con discapacidad para potenciar sus opciones de ascenso en la carrera administrativa.⁵ Las mismas razones de interpretación constitucional desarrolladas en el párrafo anterior merecen una re-lectura de las normas de derecho público pertinentes.

⁴ El art. 5° de la ley 1.502 expresa: "Prioridad. A los fines del efectivo cumplimiento de lo previsto en el artículo 4° de la presente ley, las vacantes que se produzcan en las jurisdicciones y entidades enunciadas en el artículo 2°, deberán prioritariamente ser cubiertas por las personas con necesidades especiales que **acrediten las condiciones de idoneidad para el puesto o cargo que deba cubrirse.**"

El art. 6°: "Prohibición. En ningún caso podrá establecerse preferencia alguna respecto de la tipología de la discapacidad, **siendo única condición que la capacidad del aspirante permita el ejercicio de la función a desempeñar**"

La cláusula transitoria prescribe: "En tanto no se realicen concursos que permitan el ingreso a la Planta Permanente, cuando se deban cubrir cargos mediante la modalidad de contratos de locación de servicios en las jurisdicciones y entidades enunciadas en el artículo 2°, párrafo primero, la incorporación de personas con necesidades especiales será obligatoria, **siempre que reúnan las condiciones de idoneidad conforme a lo previsto en el artículo 5° de la presente Ley**, hasta cubrir el cupo del cinco (5) por ciento calculado sobre la base de la totalidad del personal contratado."

⁵ La ley 1.502 contiene una única norma referida al desenvolvimiento de las personas con discapacidad dentro de la carrera administrativa. El artículo 13 dispone: "Beneficios. Los trabajadores con necesidades especiales que prestan servicios en la planta permanente de las jurisdicciones y entidades enunciadas en el Art. 2° y que hayan presentado el certificado de discapacidad emitido por autoridad competente, así como también aquellos que lo presenten dentro de los ciento ochenta (180) días de su publicación, gozarán de los siguientes beneficios: a) Prioridad para ocupar cargos que deban cubrirse por concurso a igual puntaje sobre los demás postulantes; b) Prioridad para su reubicación cuando pasen a disponibilidad como consecuencia de la reestructuración o disolución de las dependencias en donde presten servicios."

Finalmente, en el juicio no se cruzó información relacionada con el grado de acceso a otros derechos sociales que pertenecen al mismo grupo afectado y que podrían mejorar ostensiblemente si las personas accedieran a un empleo formal y viceversa.⁶

Una solución estructural debiera contemplar todas estas aristas, entre otras.

Ausencia de incidencia política. Opción: comunas

La ausencia de incidencia política contribuye notablemente a la falta de avance del caso. No resulta sorprendente si se tiene en cuenta que falta la representación de una organización de la sociedad civil que motorice el reclamo y aún porque en los mismos sectores de la oposición política a la gestión podrían encontrarse resistencias en la implementación de una política de contrataciones más transparente e inclusiva.

Por otro lado, la norma constitucional y su reglamentación legal obligan al Poder Judicial y al Poder Legislativo a implementar la misma acción positiva que es muy probable que no haya sido cumplida en ninguno de los dos poderes, en ese contexto los controles inter-poderes podrían ceder su rigor. En el punto siguiente se apuntará la omisión del control legislativo.

En estos contextos, además de los puntos de atención en el trámite judicial que apunté precedentemente, la apertura a la participación comunitaria de los propios afectados podría empezar a destrabar el debate real en la arena política. Es recomendable invitar a los Jefes Comunales a difundir entre los vecinos de sus Comunas la existencia del derecho, el registro de aspirantes y el caso.

Omisión de control del Poder Legislativo

La CCABA estableció la competencia del Jefe de Gobierno para designar a los agentes y funcionarios públicos. No obstante, el Poder Legislativo tiene su injerencia en la política de personal de la administración local a través de la aprobación del Presupuesto de Gastos y Recursos y de la cuenta de inversión de su ejecución.

Asimismo, en la ley 1.502 se le asignó a la Legislatura una función de control especial en cuanto al cumplimiento de la acción positiva que aquí se comenta. El art. 14 indica lo siguiente:

"La Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires incluirá en cada uno de los planes anuales de la Auditoría General de la Ciudad, el control del cumplimiento de la presente Ley. Asimismo, las jurisdicciones y entidades enunciadas en el artículo 2° deberán confeccionar y remitir a la Legislatura, en ocasión de estimar sus gastos anuales o efectuar sus balances, sus respectivas nóminas de puestos ocupados, vacantes y altas y bajas de empleados de Planta Permanente producidas durante el período, consignando quienes tienen necesidades especiales."

En cuanto al control parlamentario mediante la asistencia de la AGCABA, existe un único informe de auditoría aprobado en el 2010⁷ que abarcó el monitoreo del cumplimiento de la ley

⁶ En la primera versión de la relación enunciada es visible la relación entre el acceso a empleos formales dentro de la Administración Pública por las personas con discapacidad con las condiciones de disfrute del derecho a la salud, por ejemplo, teniendo en cuenta el estado actual de debilitamiento de los programas de acceso a prestaciones de salud que administra el mismo GCBA (gestiona el Programa Federal de Salud a través de la Agrupación de Salud Integral) en una ecuación económica que además facilitaría al Estado cumplir con la obligación de proveer prestaciones de salud adecuadas porque los beneficiarios serían aportantes al sistema de seguridad social.

En la segunda versión podemos enunciar cómo un transporte accesible beneficiaría la inserción laboral de las personas con discapacidad, al respecto, el Comité DESC mencionó en términos negativos que "... el hecho de que los gobiernos no puedan ofrecer medios de transporte que sean accesibles a las personas con discapacidad reduce sobremanera las posibilidades de que esas personas puedan encontrar puestos de trabajo adecuados e integrados, que les permitan beneficiarse de las posibilidades de capacitación educativa y profesional, o de que se desplacen a instalaciones de todo tipo. De hecho, la existencia de posibilidades de acceso a formas de transporte apropiadas y, cuando sea necesario, adaptadas especialmente, es de importancia capital para que las personas con discapacidad puedan realizar en la práctica todos los derechos que se les reconoce en el Pacto." (Observación General n° 5, punto 23).

⁷ Proyecto N° 8.09.0. Informe Final de Auditoría: "Control del Cumplimiento Ley 1502" disponible en www.agcba.gov.ar.

1.502 en el GCBA, desde la sanción de esa norma hasta el mes de diciembre de 2009, cuya principal conclusión resaltó lo siguiente:

"A pesar de las acciones llevadas a cabo hasta la fecha para dar cumplimiento con la Ley 1502, al mes de junio de 2009 el cupo de agentes con necesidades especiales, representa el 1.6% del personal en planta permanente del GCBA, siendo inferior al 2% obligatorio a la fecha y al 5% exigible a octubre de 2010."

En los Presupuestos aprobados para los ejercicios 2011, 2012 y el que se debate en el 2013, para posibilitar el cumplimiento de esta se incluyó una disposición en la que se dispone que "los órganos de gobierno, organismos de control y organismos descentralizados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deben remitir trimestralmente a la Secretaría Legal y Técnica del Poder Ejecutivo, para su publicación en el Boletín Oficial de la Ciudad, un listado que detalle nombre y apellido, monto, tiempo de locación y funciones de las personas físicas contratadas para prestar servicios técnicos, profesionales u operativos."

Sin perjuicio de las herramientas brindadas en estas disposiciones, la información contenida en el informe de auditoría sobre el tema y a pesar de haber recibida la comunicación oficial del dictado de la sentencia estructural, no se perciben acciones institucionales concretas de parte del Poder Legislativo, en términos orgánicos, para impulsar un cambio en la actitud del GCBA. La inclusión de este actor en el proceso es también recomendable para que proporcione la información en su poder y solicitarle que rinda cuentas sobre el cumplimiento de la competencia de control esgrimida en la ley.

ANEXO NORMATIVO

Desde la reforma constitucional de 1994 las acciones afirmativas forman parte de las medidas que el Poder Legislativo debe adoptar en protección del derecho de igualdad. El art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional establece 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". Esta cláusula garantiza una nueva dimensión del derecho, que complementa el principio de no discriminación tradicionalmente protegido en el art. 16. En relación con el acceso al empleo público, en el orden federal, la expresa mención de las personas con discapacidad como un grupo prioritario para la elaboración de acciones afirmativas es un componente para la interpretación de la expresión sobre la admisibilidad del empleo con la única condición de la idoneidad.

En el bloque de constitucionalidad también se encuentra la observación general n° 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, emitida en el marco del Pacto San José de Costa Rica, que debe ser guía para la interpretación constitucional, conforme a la doctrina señera de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El punto 9) del documento mentado menciona a los Estados Parte que "en el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido, la obligación consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas. Esto significa en la casi totalidad de los casos que se necesitarán recursos adicionales para esa finalidad, y que se requerirá la adopción de una extensa gama de medidas elaboradas especialmente."

Finalmente, durante el 2008, se ratificó y aprobó la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, que contiene un capítulo referido al derecho al trabajo. En particular, el art. 27 expresa lo siguiente: "1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público."

La Organización Internacional del Trabajo ha elaborado un instrumento referido a los derechos laborales de las personas con discapacidad, entre ellos, el Convenio N° 159 (1983) sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, que a su vez fue citado por el Comité des en la observación general n° 5.

En consonancia, la CCABA, sancionada en 1996, es decir, con mucha anterioridad a la adopción del tratado internacional en la materia, incorporó las normas relativas a la inserción laboral de las personas con discapacidad por cuya implementación se gestó el caso que aquí se comenta. En efecto, el art. 43 incluye una medida de acción positiva y asegura un cupo del cinco por ciento del personal del Sector Público local para las personas con discapacidad, con incorporación gradual en la forma que la ley determine. En la misma cláusula garantiza "un régimen de empleo público que asegura la estabilidad y capacitación de sus agentes, basado en la idoneidad funcional. Se reconocen y organizan las carreras por especialidad a las que se ingresa y en las que se promociona por concurso público abierto."

Conforme a la organización institucional del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, corresponde al propio Jefe de Gobierno, el nombramiento de los funcionarios y agentes de la administración (art. 104, inc. 9).

Existe una Ley n° 447/00 denominada "Marco de las políticas para la plena participación e integración de las personas con necesidades especiales"

En el 2004 se dictó la ley 1502 que reguló el sistema de incorporación y su reglamentación se dictó mediante el decreto 812/05. Es decir, la política de acción afirmativa comenzó su implementación nueve años después de la sanción del texto constitucional. A su vez, desde la vigencia de la ley, se estableció un plazo para el cumplimiento en fases graduales que pospuso la efectividad de la política. A la actualidad, ese plazo se encuentra completamente vencido. Por otro lado, el organismo creado para aplicar la política de integración fue la Comisión para la Plena Participación e Integración de las Personas con Discapacidad (COPIDIS). Se analizarán los aspectos sustantivos de la ley en los capítulos referidos a los desafíos que presenta el cumplimiento de la política.

Finalmente, en el bagaje general de normas involucradas, también se debe citar a la Ley de Relaciones Laborales en la Administración Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley n° 471) y el reglamento que establece las condiciones de acceso y ascenso en la carrera administrativa (decreto n° 986/04).