

Ana Rivas y Rosina Rossi 

Tutela especial ante el despido de personas con discapacidad en Uruguay: realización del principio de progresividad

Special Guard Against the Dismissal of People With Disabilities in Uruguay: Realization of the Principle of Progressivity

Proteção especial contra a demissão de pessoas com deficiência no Uruguai: realização do princípio da progressividade

Resumen: En el presente trabajo se analiza el despido del trabajador discapacitado establecido por la Ley N.º 19.691 como realización del principio de progresividad, articulándolo dentro del ordenamiento jurídico nacional e internacional como una tutela especial y relevando su relacionamiento con las demás tutelas especiales previstas en nuestro país en casos de despidos en situación de vulnerabilidad.

Palabras clave: principio de progresividad, discapacidad, tutela especial de la persona con discapacidad, despido especial de persona con discapacidad, Registro Nacional de Personas con Discapacidad.

Abstract: This paper analyzes the dismissal of the disabled worker established by law n.º 19.691 as a realization of the principle of progressivity, articulating it within the national and international legal system as a special guardianship and revealing its relationship with the other special guardianships provided in our country in cases of dismissals in vulnerable situations.

 Ana Rivas: Docente de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (UdelaR). Docente de la Escuela Judicial del Uruguay, Centro de Estudios Judiciales del Uruguay. Juez letrado de Primera Instancia de Trabajo, Poder Judicial. ORCID: 0000-0002-8945-0926

 anarivas966@gmail.com

 Rosina Rossi: Profesora adjunta de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (UdelaR). Ministro del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1.er Turno. Docente y directora de la Escuela Judicial del Uruguay, Centro de Estudios Judiciales del Uruguay. ORCID: 0000-0002-6332-4657

 m.rosina.rossi@gmail.com

Keywords: *principle of progressivity, disability, special guardianship of the person with disabilities, National Registry of People with Disabilities.*

Resumo: *Este artigo analisa a demissão do trabalhador com deficiência estabelecido pela Lei n.º 19691 como uma realização do princípio da progressividade, articulando-o no sistema jurídico nacional e internacional como tutela especial e revelando sua relação com as demais tutelas especiais previstas em nosso país em casos de demissões em situações vulneráveis.*

Palavras-chave: *princípio de progressividade, deficiência, tutela especial da pessoa com deficiência, destituição especial da pessoa com deficiência, Registro Nacional de Pessoas com Deficiência.*

Recibido: 20200618

Aceptado: 20200702

Introducción

La reciente proliferación normativa en Uruguay, que atiende la realidad de la existencia de personas con discapacidad en la comunidad, conviviendo, interactuando, entablando relaciones jurídicas, provoca considerarla en perspectiva temporal y sustantiva, así como en relación a su inserción en el ordenamiento jurídico vigente.

Este impulso normativo se constata también en la tríada dignidad-discapacidad-trabajo, con la particularidad adicional de que está llamado a incorporarse a una disciplina jurídica como el Derecho del Trabajo uruguayo caracterizada por la dispersión y multiplicidad de fuentes de producción heterónomas y autónomas, la lagunosidad, así como por la labor de sistematización realizada por la dogmática luego de recogida por la jurisprudencia, a través de un minucioso hilado de reglas y principios.

En efecto, el Derecho del Trabajo uruguayo se ha caracterizado por la ausencia de codificación o cualquier forma de compilación normativa (Rodríguez Gustá, 2016), situación que potencia la labor —habitual— de articulación que realiza la doctrina (Barbagelata, 2009, 36).

En esta tarea, y con el propósito de abordar los advenimientos normativos en torno a la tríada mencionada y especialmente en cuanto a la garantía instrumentada para la tutela de la permanencia en el trabajo, la mirada en perspectiva permite descubrir que tal impulso normativo se inspira en el principio de progresividad. Tan es así, que lo realiza en soluciones concretas y va pautando nuevos horizontes de tutela a conquistar.

De allí que el propósito del presente estudio consista en recalcar en la tutela especial contra el despido del trabajador con discapacidad y apreciarlo en su articulación con el ordenamiento jurídico, de forma de demostrar que, efectivamente, constituye un mojón que hace latir el principio de progresividad. Debe decirse que el enfoque solo podrá ser teórico en la medida que atento a la reciente aprobación de la ley 19.691 no existen antecedentes jurisprudenciales.

Para ello se abordará: (I) el principio de progresividad y su alcance, (II) la discapacidad y su necesidad de protección, (III) marco teórico normativo de la tutela a personas con discapacidad, (IV) principios de aplicación: interpretación e integración de la tutela contra el despido de personas con discapacidad en Uruguay, (V) marco normativo nacional de la tutela especial ante el despido de personas con discapacidad, (VI) el ámbito subjetivo de aplicación, (VII) el ámbito objetivo de aplicación, y finalmente (VIII) las conclusiones que permite la mirada en perspectiva.

I. El principio de progresividad y su alcance

El principio de progresividad de los derechos humanos se infiere del art. 2 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social...

y del art. 26 de la Convención Americana de los Derechos Humanos:

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

La idea de progresividad está unida a la de efectividad plena de los derechos humanos. La progresividad atañe al momento a partir del cual el Estado parte ha de comenzar a cumplir con las obligaciones convencionales que asumió. Respetar y garantizar esos derechos en cuanto a su contenido mínimo son obligaciones que los

Estados deben observar de forma inmediata. La progresividad es la que apunta a la efectividad plena, y alude a la dinámica y al sentido que debe guiar el cumplimiento, esto es, el constante perfeccionamiento (Gialdino, 2013, 99)⁽¹⁾.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, en tanto, reconocen derechos y sujetan a los Estados a la obligación de respetarlos y garantizarlos con desarrollo progresivo. Esta afirmación reconoce su fundamento principal en que el propósito de la Convención, conforme indica el art. 1, es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente.

En definitiva, Uruguay, como signatario de ambos instrumentos, asumió la obligación de desarrollar progresivamente obligaciones consistentes en construir mecanismos adecuados que logren promover, respetar y garantizar el goce pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad. La noción de progresividad, aunque admite gradualidad, supone la obligación del Estado de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los derechos económicos sociales y culturales y la prohibición de regresividad.

Los dos instrumentos internacionales imponen a los Estados obligaciones de adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de estos derechos y para garantizar su ejercicio sin discriminación. Se trata de la adopción de medidas apropiadas, en el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “hasta el máximo de sus recursos”, y, en el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, “en la medida de los recursos disponibles”. De todos modos, los dos alcances importan en tanto la valoración de la satisfacción de la obligación de cada Estado se deba medir en el contexto de las posibilidades de cada uno; admitiendo la gradualidad, así como la diversidad de contenidos de las medidas, teniendo en cuenta las que sean apropiadas en cada Estado. Estas mismas consideraciones habilitan inferir que en ciertos casos los Estados deberán adoptar medidas de inmediato e independientemente de los recursos de que dispongan, en cinco esferas: eliminación de la discriminación; derechos económicos, sociales y culturales no sujetos al logro progresivo de la efectividad; obligación de “adoptar medidas”; prohibición de medidas regresivas, y obligaciones mínimas esenciales. Rolando Gialdino expresa al respecto que la obligación esencial del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales no es la de proporcionar salud,

alimentos, vivienda, abrigo, educación, etc., sino la de instituir un régimen en el cual las personas puedan establecer una relación digna con esos bienes. Ello quiere decir, en este caso, crear las condiciones para que los individuos, mediante sus propios medios, puedan satisfacer sus requerimientos de salud, alimentos, vivienda, abrigo, educación, etc. En consecuencia, solo determinadas situaciones extremas pondrán en juego las arcas estatales. Situaciones estas que se configuran cuando las personas, por razones ajenas a su voluntad, se ven impedidas siquiera del goce mínimo de los derechos económicos, sociales y culturales.

II. La discapacidad y su necesidad de protección

La protección integral de las personas con discapacidad se ha transformado en un verdadero deber que se ha tratado de saldar a nivel internacional en las últimas décadas. Conforman el 15 % de la población mundial y su tendencia es ir en aumento, según señala la OMS en su “Informe mundial sobre la discapacidad”, producto del envejecimiento de la población. Es por ello que todas las personas sufrirán en algún momento una discapacidad transitoria o permanente, ya que es parte de la condición humana; discapacidad que puede ser de los más variados tipos y orígenes, por lo que debemos valorar esta situación en su real magnitud. Ello lleva a la necesidad de apreciar el universalismo de la discapacidad, lo que no supone estándares de calificación, sino la comprensión de que varía según las épocas, las sociedades, la cultura, además de la propia situación y experiencias individuales de la persona con discapacidad.

A su vez, la gran mayoría de las personas con discapacidad son objeto de discriminación social, cultural, política y económica. Se encuentran generalmente en nivel de pobreza y desamparo. En el campo laboral se hallan normalmente desempleadas o con empleos informales; ello conlleva un costo para la sociedad ya que supone desaprovechar un potencial productivo importante, que de otra forma redundaría en un beneficio de todos si tenemos en cuenta los gastos de prestaciones y pensiones que se generan. Es en función de esta problemática que la ONU, en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, del año 2006, señala la importancia “de incorporar las cuestiones relativas a la discapacidad como parte integrante de las estrategias pertinentes de desarrollo sostenible” y del punto de vista humano, “reconociendo también que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano” (Gialdino, 2013, 88).

Hoy por hoy, los organismos internacionales han centrado su atención en este grupo humano, cuya condición no es ajena a nadie, con el objetivo de lograr su “emancipación” y “suprimir los obstáculos que les impiden participar en las comunidades, recibir una educación de calidad, encontrar un trabajo digno y lograr que sus voces sean escuchadas”, como única forma de lograr las perspectivas de desarrollo, mejores y más duraderas (Chan y Zoellick, 2011).

III. Marco teórico normativo de la tutela a personas con discapacidad

El problema grave de nuestro tiempo, en relación con los derechos humanos, no es el de su reconocimiento y fundamento, sino el de su efectiva protección. El problema no es filosófico, sino jurídico, y, en un sentido más amplio, político. Más que de clasificarlos se trata de saber cuál es el modo más seguro de garantizarlos para impedir que sean violados (Bobbio, 1991, 14). De allí, la ineludible presencia de las garantías adecuadas, que no son otra cosa que técnicas previstas por el ordenamiento jurídico para reducir la distancia estructural entre la normatividad y la efectividad, y por tanto para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales (Ferrajoli, 2004).

Esta es la razón por la cual el marco teórico no solo está conformado por instrumentos —universales, regionales y nacionales— que reconocen derechos fundamentales, sino también por otros, incluyendo los de fuente autónoma, que persiguen la tutela efectiva a través del pleno goce de ellos.

En cuanto a los derechos de las personas con discapacidad, una mirada en perspectiva del marco teórico referido a las dos áreas provoca dos inferencias. Una, que las personas con discapacidad, para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se mantuvieron durante largos años en un plano de “invisibilidad”, lo que da cuenta de que incluso los Pactos de 1966 omitieron toda referencia expresa (Gialdino, 2013, 189). Y la otra, que ilustra que todos los instrumentos universales y regionales alcanzados han ido ampliando tanto el concepto como la protección.

Recientemente la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas por Resolución 61/106, de diciembre de 2006, instala el modelo de “discapacidad basado en derechos humanos”. Esta Convención sienta bases más firmes de la protección de la persona con discapacidad, estableciendo que su objetivo es “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos

y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”⁽²⁾.

Asimismo, califica a las personas con discapacidad con una marcada mayor amplitud respecto de los instrumentos anteriores. Estas personas “(...) 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 las demás”. Esta definición es la adoptada por la Ley N.º 18.651 de Protección Integral de las Personas con Discapacidad en su art. 2 que expresa 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.

En el ámbito laboral, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) dio los primeros pasos hacia la tutela de las personas con discapacidad a través de Recomendaciones. En el año 1944 aprobó la Recomendación n.º 71 sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz), por la cual “los trabajadores discapacitados, cualquiera que sea el origen de su invalidez, deberían disponer de amplias facilidades de orientación profesional especializada, de formación y reeducación profesionales y de colocación en un empleo útil”. Y en 1955 aprobó la Recomendación n.º 99 sobre la adaptación y readaptación profesionales de los inválidos.

El interés continuo de la OIT por los trabajadores con discapacidades se reflejó en el art. 13 del Convenio Internacional de Trabajo (CIT) n.º 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivencia, que establece en las condiciones prescriptas que todo Estado miembro deberá: a) proporcionar servicios de readaptación profesional que, cuando sea posible, preparen a una persona incapacitada para reanudar sus actividades anteriores, o, si esto no fuera posible, para ejercer otra actividad lucrativa que se adapte en la mayor medida posible a sus calificaciones y aptitudes, y b) tomar medidas para facilitar la colocación adecuada de trabajadores discapacitados⁽³⁾.

En el año 1983 aprobó la Recomendación n.º 168 y el CIT 159 sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) (1983), ratificado por Uruguay en 1988, referido a las personas inválidas, a las que considera aquellas “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”. Obliga a los Estados a establecer políticas de readaptación de las personas inválidas, promoviendo las oportunidades de empleo, en igualdad de condiciones que los demás trabajadores. Esta exigencia de mantener la igualdad de trato y de oportunidades supone una acción positiva que evite su discriminación, ya sea por su propia discapacidad como por cualquier otra causa, lo que expresamente señala en su art. 4, y se encuentra amparado por la previsión del CIT 111, que en su art. 5 justamente señala que los casos y las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones no se consideran como discriminatorias. El CIT 159 se complementa con la Recomendación n.º 99 sobre adaptación y readaptación de las personas inválidas, y la 150, sobre el desarrollo de los recursos humanos.

Más recientemente, en el año 2013 y en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), se firma el Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso. Por este tratado se autoriza a los Estados parte que por medio de su legislación nacional dispongan excepciones o limitaciones a los derechos de autor relativa al derecho de reproducción, el derecho de distribución y el derecho de puesta a disposición del público, tal como lo establece el Tratado de Derechos de Autor, para facilitar el acceso a las obras a las personas con las discapacidades que identifica.

A nivel regional, cabe señalar la última Declaración Sociolaboral del Mercosur (2015) que prevé expresamente la situación de las personas con discapacidad, estableciendo su derecho a una vida digna y sin discriminación, y a su inserción laboral y social. Para ello los Estados parte se comprometen a adoptar “medidas efectivas” que aseguren que las personas con discapacidad puedan desempeñar una actividad productiva en condiciones de trabajo decente.

Asimismo, en la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, desarrollada en Brasilia (Brasil) en el año 2008, se aprobaron las denominadas “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad”. Por este instrumento, que tiene valor de Acordada dentro del Poder Judicial de Uruguay⁽⁴⁾, se busca que los operadores y servidores judiciales otorguen “a las personas en condiciones de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares”, implementándose políticas públicas que garanticen su acceso efectivo a la justicia sin discriminación alguna. Dentro de estas

condiciones de vulnerabilidad se encuentra la discapacidad, definida, en la sección 2 núm. 3, como “la discapacidad 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”. En función de ello, dispone que deberán ofrecerse las condiciones necesarias para garantizar su acceso a la justicia, de tal forma que les permita “utilizar todos los servicios judiciales requeridos”, asegurando las condiciones ambientales, de tal forma que se garantice su “seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación”.

En aplicación de este marco normativo internacional es que en el ámbito nacional se sancionan un conjunto de disposiciones que persiguen, a través de distintos mecanismos, la tutela efectiva, tanto general como en áreas especiales, de las personas con discapacidad. En tal sentido, la ley 16.095 creó un sistema de protección integral de las personas con discapacidad; la ley 16.736, en el art. 768, creó el Registro Nacional de Discapacitados; la ley 18.651, que derogó la ley 16.095, recreó, ampliándolo, el sistema de protección integral de los derechos de las personas con discapacidad tanto en cuanto a reconocimiento de derechos como a instrumentos de realización efectiva, entre los cuales contiene, en el capítulo VIII, disposiciones encaminadas al fomento del trabajo; y la nueva ley 19.691, vigente desde el 29.10.2018, que se aboca enteramente a la promoción del trabajo para personas con discapacidad.

La protección de las personas con discapacidad no solo abarca al trabajador discapacitado, sino también a aquellos trabajadores que tienen hijos o familiares discapacitados en el marco de la ley 19.691, a quienes se amplía la licencia especial para controles médicos que otorgaba el art. 61 de la ley 18.651 por el art. 1 de la ley 19.729 (Durán y Vallejo, 2019).

En el enunciado del marco teórico no puede faltar la referencia al dictamen del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, del 31.8.2016, que realiza observaciones a Uruguay sobre la protección nacional y la armonización de la legislación con la Convención.

Ahora bien, la regulación nacional da cuenta de la asunción del Estado de la creación y articulación de un conjunto de derechos y sus garantías para las personas con discapacidad. De todos modos, en la regulación nacional el titular de tales derechos es la persona con discapacidad que, además de ser este un dato de la realidad, se encuentra registrada y calificada como tal. La panoplia de derechos

garantizados por las leyes 18.651 y 19.691 reclaman las dos exigencias: estado de discapacidad y registro en el Registro Nacional de Personas con Discapacidad, que funciona en la órbita de la Comisión Nacional Honoraria de Discapacitados (art. 768 de la ley 16.736).

IV. Principios de aplicación: interpretación e integración de la tutela contra el despido de personas con discapacidad en Uruguay

De la consideración individual y en conjunto de los instrumentos internacionales y nacionales se infieren los principios sobre los que se edifica todo el sistema de protección, que, además de justificarlo, operan como lineamientos para la interpretación e integración.

La piedra fundamental consiste en la dignidad de la persona humana, que, por otra parte, es el fundamento de otros principios (Ermida Uriarte, 2011, 9), según reconocen con entera claridad los preámbulos de un conjunto de instrumentos: Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Convención de Derechos del Niño, Convención contra la Discriminación Racial, Convención Americana de Derechos Humanos (Gialdino, 2013, 5), Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

De esta panoplia se infieren un conjunto de principios, a saber:

I) El principio pro persona de la Declaración de los Derechos de los Impedidos de Naciones Unidas 1975, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas de 2006, aprobada por Uruguay por la ley 18.418.

II) El principio de igualdad de condiciones con los demás y no discriminación (igualdad de condiciones “con los demás” que no se ven alcanzados por la discapacidad, por lo que sienta el principio de la igualdad sustantiva y no meramente formal, o desigualdad compensatoria), de la Declaración de los Derechos de los Impedidos de Naciones Unidas 1975; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas de 2006, aprobada por Uruguay por la ley 18.418, cuyo art. 1 de la ley 18.651 refiere a “estímulos que permitan neutralizar...”.

III) El principio de igualdad con el contenido concreto de los “ajustes razonables” a los que refiere el art. 2 inc. 3.º de la Convención. En el área laboral correspondería incorporar al concepto las acciones positivas –a las que refiere el CIT 111–, en el sentido de hacer los cambios o modificaciones o adaptaciones razonables a la discapacidad.

IV) El principio de acceso a un trabajo digno y acorde y a la conservación del empleo que surge de la Declaración de los Derechos de los Impedidos de Naciones Unidas 1975; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas de 2006, aprobada por Uruguay por la ley 18.418; el CIT 159, sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas.

V) El principio de inclusión plena y efectiva que se infiere de la Declaración de los Derechos de los Impedidos de Naciones Unidas 1975; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas de 2006, aprobada por Uruguay por la ley 18.418.

VI) El principio de efectividad-progresividad que surge del Preámbulo de la Carta de Naciones Unidas; Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

VII) El principio de protección al trabajo que deriva del art. 53 de la Constitución, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Preámbulo de la Constitución de la OIT, y las leyes 18.651 y 19.691.

La identificación de los principios permite individualizar razones argumentativas de peso para guiar al intérprete en la atribución de sentido del marco normativo, así como en la solución de lagunas, y para testear la suficiente justificación a la hora de resolver problemas prácticos.

V. Marco normativo nacional de la tutela especial ante el despido de personas con discapacidad

Dispone el art. 9 de la ley 19.691 que:

En caso de producirse el despido de una persona con discapacidad incorporada en un empleo por aplicación de la presente ley, el mismo deberá obedecer a

una causa razonable, relacionada con la conducta del trabajador o basada en las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, u otra de entidad suficiente para justificar la decisión adoptada. En caso contrario, el empleador deberá abonar un importe equivalente a seis meses de salario más la indemnización legal que corresponda.

En todos los casos, el empleador deberá, dentro del término de tres meses a contar de dicho despido, contratar a otra persona con discapacidad en sustitución del empleado cesado, en las condiciones previstas en el inciso primero del artículo 1º de la presente ley, salvo cuando el despido hubiere obedecido a la supresión del puesto de trabajo por reestructura de la empresa y sin perjuicio de la obligación prevista en el artículo 1º de la presente ley.

El art. 9 de la ley 19.691 presenta un doble contenido. Por un lado, reglamenta la tutela de la estabilidad del trabajador con discapacidad y por otro vincula la hipótesis de despido de un trabajador con discapacidad a la promoción del trabajo de las personas con discapacidad, a través del mandato de incorporación de otro (Ferrizo Izemendi, 2019).

VI. El ámbito subjetivo de aplicación

1. A quién protege del despido

Las personas protegidas por el sistema uruguayo, que se conforma con todos los instrumentos nacionales e internacionales, son las calificadas como personas con discapacidad por el art. 1 de la ley 18.651, debiendo reunir un conjunto de condiciones. Unas tienen que ver con su estado real de capacidad, y otras, con la acreditación y calificación de ese estado, a saber:

a) Personas con discapacidad, entendiendo por tales las que padezcan o presenten una alteración funcional, permanente o prolongada, física (motriz, sensorial, orgánica, visceral), mental (intelectual y/o psíquicas), que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral (art. 2 ley 18.651).

b) Empleadas en la actividad privada, con o sin apoyo (art. 4 inc. 1º ley 19.691), y en caso de ser con apoyo, brindado por operadores laborales sufragados por el Ministerio de Desarrollo Social (art. 5 y 6 ley 19.691) o por otro tipo de apoyos(5).

c) Personas inscriptas en el Registro Nacional de Personas con Discapacidad que funciona en la Comisión Nacional Honoraria de Discapacitados (art. 768 de la ley 16.736, art. 49 inc. Final de la ley 18.651 y 8 de la ley 19.691).

d) Personas que hubieran sido incorporadas al empleo por aplicación de la ley 19.691 (art. 9).

e) Personas que reúnan condiciones y la idoneidad para el cargo (art. 1 ley 19.691).

Ahora, para beneficiarse también de la tutela contra el despido, a las condiciones que vienen de indicarse debe agregarse otra:

f) Ser sujeto pasivo del despido, vale decir, que la relación de trabajo haya finalizado.

Cabe cuestionarse si los trabajadores con discapacidad que ya se encontraban trabajando en la empresa antes de que la ley 19.691 entrara en vigencia podrían ser beneficiarios de la tutela especial a la estabilidad prevista en el art. 9.

La ley no prevé expresamente la situación de estos trabajadores; solo refiere a ellos en el art. 1, inciso final, en alusión a la forma de cómputo de las cuotas laborales para las empresas que ya tenían trabajadores discapacitados entre sus empleados. Vale decir, refiere a los trabajadores con discapacidad que ya trabajaban para un empleador antes de la vigencia de la ley 19.691 en forma lateral.

En efecto, en estos casos dispone que la empresa que cuenta con trabajadores discapacitados contratados con anterioridad podrá computarlos en el porcentaje exigido, siempre que cumplieren con “los requisitos establecidos en el artículo 1° e inciso final del artículo 8° de la presente ley”. Vale decir, que el trabajador con discapacidad ya estuviera inscripto en el Registro.

En función de ello, y de que el art. 1 refiere al concepto de discapacidad que describe el art. 2 de la ley 18.651, así como que el inciso final del art. 8 remite a la certificación del art. 49 de la misma ley, se infiere en definitiva que para que un empleador pueda hacer valer dentro de la cuota que disciplina el art. 1 de la ley 19.961 a personas con discapacidad que ya hubiera incorporado antes de su vigencia debería acreditar los siguientes requisitos:

- a) que sean personas discapacitadas entendiéndose por tales las afectadas con “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” (art. 2 ley 18.651);
- b) que reúnan las condiciones e idoneidad para el cargo (art. 1 ley 19.961);
- c) que cuenten con el certificado de inscripción en el Registro de Discapacitados que funciona en la Comisión Nacional Honoraria de la Discapacidad (inc. final del art. 49).

El punto se vincula con la interpretación del art. 9 que prevé un régimen especial de estabilidad, que cuando describe la hipótesis indica: “En caso de producirse el despido de una persona con discapacidad incorporada en un empleo por aplicación de la presente ley, el mismo...”; vale decir, que la interpretación aislada de la disposición normativa podría llevar a pensar que solo los trabajadores incorporados a la relación laboral por aplicación de la ley 19.691 serían titulares del derecho a la estabilidad en los términos del art. 9.

En cambio, la interpretación contextual y alineada con los principios protector y de conservación del empleo permitiría visualizar que resulta incongruente que la hipótesis del trabajador no incorporado al amparo de la ley 19.691 le reporte al empleador el derecho de considerarlo para la satisfacción de su obligación de cupos, pero no surte el mismo efecto tutelante para el trabajador con discapacidad. Como se ha dicho, principios que se infieren del art. 53 de la Constitución y de la Declaración de los Derechos de los Impedidos de Naciones Unidas 1975; Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad de Naciones Unidas de 2006 aprobada por Uruguay por ley 18.418; el Convenio Internacional de Trabajo n.º 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas.

Véase que el art. 1 inc. final dispone que:

Si dentro de la plantilla de la empresa ya existieren trabajadores con discapacidad al momento de los nuevos ingresos, se descontará el número de aquellos a los efectos del cálculo previsto en este artículo, siempre que dichos trabajadores cumplieren con los requisitos establecidos en el artículo 1º e inciso final del artículo 8º de la presente ley.

Si para satisfacer el cupo —en beneficio del empleador— resulta indiferente que el trabajador no hubiera sido incorporado al amparo de la ley 19.691, siempre que estuviera inscripto en el Registro, el mismo sin valor debe irrogársele en la interpretación de la hipótesis de la estabilidad.

La interpretación coherente y más protectora del propósito de tutelar el trabajo del trabajador con discapacidad certificada mediante la inscripción en el Registro, que Uruguay ha elegido hacerlo mediante la justificación del despido y la previsión de una reparación de los perjuicios por su pérdida equivalente en dinero y tarifada, arrojaría el siguiente panorama:

— el empleador se puede beneficiar con la inclusión en el cupo del trabajador incorporado antes de la vigencia de la ley 19.691 o aun después, pero sin que la obligación de cupo fuera exigible si el trabajador estaba registrado.

— el trabajador registrado se puede beneficiar de la estabilidad aunque hubiera sido incorporado antes de la vigencia de la ley 19.691 o aun después, pero sin que el empleador lo hubiera considerado en el cupo.

— la exigencia de que la persona con discapacidad hubiera sido incorporada en un empleo por aplicación de la presente ley debe leerse vinculada a la obligación del empleador prevista en el segundo inciso del art. 9. Vale decir, en punto a la obligación automática de contratar a otro dentro del término de tres meses a contar de dicho despido. Vale decir, la obligación de contratar a otra persona con discapacidad en sustitución del empleado cesado, en las condiciones previstas en el inciso primero del art. 1° de la presente ley, salvo cuando el despido hubiere obedecido a la supresión del puesto de trabajo por reestructura de la empresa y sin perjuicio de la obligación prevista en el art. 1° de la presente ley. Esto significa que si despedido este trabajador el número total de los incorporados en su plantilla lo requiere —de conformidad con el art. 1—, deberá hacerlo en el plazo de doce meses y no en el plazo de tres meses como indica el art. 9 inc. 2°.

En definitiva, es posible concluir que para la categoría de estos trabajadores también rige la necesidad de inscribirse en el Registro, tanto para el empleador que quiera beneficiarse por su inclusión en el cupo, como para el trabajador que quiera acceder a los beneficios de la ley.

En cuanto a la articulación entre la tutela de la estabilidad en casos de discapacidad “certificada por la Comisión Honoraria de Discapacitados” y por otros organismos, el art. 8 de la ley 19.691 dispone que la certificación de la discapacidad que realiza el Registro (art. 49 de la ley 18.651) no podrá extenderse a la determinación de discapacidades laborales que compete a otros organismos. Ello se dirige a articular la certificación prevista por la inscripción en el Registro que realizan el Banco de Previsión Social, en caso de enfermedad común y en el ámbito del decreto ley 14.407, y el Banco de Seguros del Estado respecto de la enfermedad profesional y el accidente de trabajo en el marco de la ley 16.074.

El especial interés que plantea este cruce de regulaciones radica en que también en estas hipótesis se ha regulado especialmente la permanencia en el trabajo. Estas disposiciones y la del art. 9 de la ley 19.691 tienen en común varios aspectos: a) persiguen tutelar un estado de discapacidad; b) crean una garantía de permanencia en el trabajo durante cierto tiempo; c) blindan la garantía mediante la tarifa de daños especiales que deberá el empleador en caso de incumplimiento; d) prevén causas de exoneración de la responsabilidad del empleador.

A su vez, se diferencian en cuanto a que la tutela de la estabilidad del art. 9 de la ley 19.691 no tiene plazo, y en las otras dos hipótesis se prevén plazos de treinta días (dec. ley 14.407) y ciento ochenta días (ley 16.074).

De allí el interés de analizar si en caso de trabajador con discapacidad, que además estuvo enfermo y amparado al BPS o se accidentó o padece una enfermedad profesional y ha sido amparado por el BSE, suma las tutelas especiales o son excluyentes. El análisis de los casos de cruce de tutelas al trabajo mediante la solución de la estabilidad cuya transgresión determina una reparación ficta en dinero, y las conclusiones sobre el producto de la interpretación de las disposiciones normativas que arroje esta labor hermenéutica, inexorablemente deberá constituir una concreción de los principios que informan el sistema de protección de las personas con discapacidad.

Veamos: la hipótesis de trabajador con discapacidad o en estado de discapacidad deriva de dos variables: una, el estado de discapacidad en los hechos, y otra, la inscripción en el Registro y por ende su certificación por este.

La tutela a su puesto de trabajo se concreta en la garantía que le pueda reportar una indemnización que deberá abonarle el empleador por un importe equivalente a

seis meses de salario más la indemnización legal que corresponda. A su vez, el empleador podrá exonerarse en caso de que justifique el despido en una causa razonable, relacionada con la conducta del trabajador o basada en las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, u otra de entidad suficiente en relación a aquel (art. 9 ley 19.691).

La hipótesis de trabajador enfermo –de enfermedad común– deriva de dos variables: una, el estado de enfermedad, y otra, haber seguido los mecanismos que prevé el dec. ley 14.407 que incluye la certificación otrora del mismo BPS y hoy de la Institución de Asistencia Médica que lo asista. La tutela del puesto de trabajo se concreta con la garantía que le puede reportar una indemnización que deberá abonarle el empleador por “el doble” de la indemnización por despido común o “normal”, si lo despide durante la enfermedad o dentro de los treinta días del reintegro luego del alta. El empleador se puede exonerar si demuestra la notoria mala conducta del trabajador o que el despido no estuvo directa o indirectamente vinculado con la enfermedad (art. 23 dec. Ley 14.407).

Por su parte, la hipótesis del trabajador enfermo –de enfermedad profesional–o accidentado deriva de dos variables: o bien que la enfermedad que padece conste en el listado de enfermedades profesionales que confecciona al BSE, o bien que haya padecido un accidente y que el BSE lo hubiera considerado accidente de trabajo.

La tutela del puesto de trabajo deriva de la obligación del empleador de readmitirlo en el mismo cargo que ocupaba una vez comprobada su recuperación, y de la prohibición de despedirlo durante los ciento ochenta días posteriores a su reintegro. En caso de que el empleador no respete esta obligación deberá abonarle una indemnización por despido equivalente al triple de lo establecido por las leyes laborales vigentes. El empleador podrá exonerarse de esta indemnización si justifica la notoria mala conducta del trabajador o causa grave superviniente (art. 69 ley 16.074).

Ahora bien, podría plantearse los siguientes casos de cruce de las hipótesis previstas en las tres disposiciones normativas citadas, que determinarían tomar partido acerca de cuál debería ser la tutela aplicable, tarea que, inexorablemente, debe estar iluminada por los principios sobre los que se construye cada instituto en juego.

a) Trabajador con discapacidad real y certificada por el Registro, incorporado al trabajo en el marco de la ley 19.691 o antes de su vigencia, que sufre una enfermedad común.

En caso de alta por el BPS y no reintegro, o de alta y reintegro pero despido antes de los treinta días, podría dar lugar a las siguientes posibilidades:

— si el empleador despide y no prueba causa razonable relacionada con la conducta del trabajador o basada en las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, u otra de entidad suficiente en relación a aquel, ni desvinculación de su decisión directa o indirecta con la enfermedad del trabajador o notoria mala conducta, tendría derecho a percibir ambas indemnizaciones especiales. Ello por cuanto cada una de ellas atiende a una hipótesis especial de tutela, y además este trabajador estaría padeciendo dos causas de vulnerabilidad. Una, derivada de su condición de persona con discapacidad, y otra, la de recientemente enfermo de enfermedad común.

— si el empleador despide y prueba las causas de exoneración previstas tanto en el art. 9 de la ley 19.691 como en el art. 23 del dec. ley 14.407 –causa razonable relacionada con la conducta del trabajador o basada en las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, u otra de entidad suficiente en relación a aquel, ni desvinculación relacionada con la enfermedad o notoria mala conducta del trabajador, respectivamente– no tendrá derecho a ninguna de las dos indemnizaciones especiales. En esta hipótesis debe pensarse que muy probablemente probando el empleador una causa que pueda calificarse como razonable esta podría absorber o bien la notoria mala conducta o la causa grave superviniente.

b) Trabajador con discapacidad real y certificada por el Registro, incorporado al trabajo en el marco de la ley 19.691 o antes de su vigencia, que sufre un accidente de trabajo.

En caso de alta por el BSE y no reintegro, o de alta y reintegro pero que es despedido antes de los ciento ochenta días, podría dar lugar a las siguientes posibilidades:

— si el empleador despide y no prueba causa razonable relacionada con la conducta del trabajador o basada en las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, u otra de entidad suficiente en relación a aquel, ni causa

grave superviniente o notoria mala conducta del trabajador, tendría derecho a percibir ambas indemnizaciones especiales. Ello por cuanto cada una de ellas atiende a una hipótesis especial de tutela, y además este trabajador estaría padeciendo dos causas de vulnerabilidad. Vale decir, la vulnerabilidad derivada de su condición de persona con discapacidad y la de recientemente accidentado o enfermo de enfermedad profesional.

— si el empleador despide y prueba las causas de exoneración previstas tanto en el art. 9 de la ley 19.691 como en el 69 de la ley 16.074 –causa razonable-relacionada con la conducta del trabajador o basada en las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, u otra de entidad suficiente en relación a aquél, ni causa grave superviniente o notoria mala conducta del trabajador, respectivamente– no tendrá derecho a ninguna de las dos indemnizaciones especiales. En esta hipótesis debe pensarse que muy probablemente, probando el empleador una causa que pueda calificarse como razonable, esta podría absorber o bien la notoria mala conducta o la causa grave superviniente.

VII. El ámbito objetivo de aplicación

1. De qué se lo protege

En cuanto a la conservación del trabajo, se protege a la persona con discapacidad a través de la exigencia de que las condiciones de accesibilidad (art. 7) se mantengan y no solo se cumplan en el momento del ingreso al empleo.

Y también se la protege contra “el despido” y mediante –al menos expresamente– una reparación en dinero que se suma a la “indemnización legal que corresponda”, que, interpretado en forma sistemática en relación al ordenamiento jurídico, habilita al menos dos inferencias: la primera, que la hipótesis refiere a una relación de trabajo sin término, en tanto despedir como acto rescisorio de la relación de trabajo que da lugar a una indemnización legal se limita a la vinculación “de carácter permanente” (arts. 1 de la ley 10.570 y 4 de la ley 10.489), y la segunda, que se excluyen otras causas de finalización de la relación de trabajo (como el abandono, la renuncia, el fallecimiento del trabajador)⁽⁶⁾.

Cabe cuestionarse si el ámbito objetivo admite la hipótesis del despido indirecto, que importa que la decisión de poner fin a la relación de trabajo provenga del trabajador pero motivada en el incumplimiento del empleador. Puede contestarse

afirmativamente como producto de interpretar la disposición normativa a la luz del principio protector, teniendo en cuenta que el giro legal indica “en caso de producirse el despido...”, sin aludir a una acción directa del empleador. Por otra parte, esta ha sido la postura jurisprudencial mayoritaria respecto de otras tutelas indemnizatorias especiales previstas para situaciones de vulnerabilidad del trabajador más próximas a la que se analiza, como en los casos del trabajador enfermo o accidentado.

2. Cómo se lo protege ante el despido

Dispone la ley 19.691 una protección consistente en exigir la causalidad limitada del despido y hacerlo más gravoso mediante la imposición de una indemnización especial que se suma a la común.

2.1. La interpretación del art. 9 de la ley 19.691, a la luz de los principios interpretativos y especialmente el de protección del trabajador con discapacidad, el de conservación del empleo y el de no discriminación, permite inferir que constriñe el poder de despedir del empleador, a través de la exigencia de la causalidad limitada.

Por su parte, el contraste entre la redacción del art. 9 de la ley 19.691 y otras que reglamentan tutelas especiales de la estabilidad laboral permite deducir interesantes derivaciones.

Como se ha indicado, Uruguay no ha ratificado el CIT n.º 158 que impone, entre otros aspectos, la obligación de causar el despido invocando y desgranando también el estándar de la “causa razonable”. Sin perjuicio de la ausencia de ratificación, a pesar de su temprano cumplimiento de la obligación de sumisión ante el órgano competente, que en Uruguay es el Poder Legislativo, puede entenderse que informa el ordenamiento interno en su condición de instrumento de vigencia objetiva en la OIT y por ende con respaldo en la comunidad jurídica universal. Esto significa que no se encontraría en situación de deudor ante la OIT por las obligaciones de informar que impone el convenio. Le reporta el mismo linaje su consideración por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Lagos del Campo vs. Perú, fallado el 31.8.2017⁽⁷⁾. De allí que, atento al linaje de disposición de *jus cogens*, resulta exigible en las relaciones de trabajo de cualquier naturaleza (Barretto Ghione, 2018).

A su vez, debe tenerse en cuenta también que Uruguay, primero, carece de una construcción normativa de la dogmática del despido determinando que sea la jurisprudencia la que haya intentado al menos parcial y asistemáticamente su formulación, y segundo, cuenta con un conjunto de disposiciones normativas disperso –desde el punto de vista temporal y de sus fuentes– que reglamentan la indemnización por despido así como puntuales tutelas a la estabilidad también para hipótesis puntuales (trabajador que padece enfermedad común, accidente de trabajo, trabajador que ejerce sus derechos sindicales, trabajadora futura o reciente madre, el trabajador víctima de acoso sexual, el testigo en la investigación de un caso de acoso sexual, entre otros)⁽⁸⁾.

Por cuanto viene de decirse, no puede pasar desapercibido que el art. 9 de la ley 19.961 plantee como motivo de exclusión de la tutela especial –económica– el estándar de “la causa razonable” condicionada a que esté relacionada con la conducta del trabajador o basada en necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, u otra de entidad suficiente para justificar la decisión adoptada⁽⁹⁾. De todos modos, el ordenamiento jurídico nacional reconoce otro antecedente similar, que es el del art. 2 de la ley 17.940 sobre tutela de la libertad sindical, que contiene la misma fórmula previendo como consecuencia que si el empleador prueba estos motivos de causa razonable, se desplace definitivamente la presunción de vulneración del derecho.

Las dos disposiciones tienen en común la modalidad de exoneración de responsabilidad del empleador cuando despide. Comparten también que la tutela de estabilidad carece de plazo, lo que las distingue de otras situaciones en que la protección contra el despido está sujeta a que este se produzca en determinado plazo.

Pues bien, una lectura precipitada podría conducir a identificar la tutela de la estabilidad prevista por el art. 9 de la ley 19.691 para el trabajador con discapacidad con la del art. 2 de la ley 17.940 para el trabajador que por el ejercicio de la libertad sindical se encuentre expuesto a particulares riesgos. Pero, a poco que se reflexione, se observan diferencias.

2.1.1. La ley 17.940, recogiendo las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos laborales (CIT 87 y 98, y Declaración Sociolaboral del Mercosur), prohíbe expresamente el despido a causa del ejercicio de la libertad sindical. El art. 9 de la ley 19.691 no prohíbe el despido, al menos expresamente.

2.1.2. La ley 17.940 admite el despido cuando, a pesar del ejercicio de la libertad sindical, esté motivado “en una causa razonable, relacionada con la capacidad o conducta del trabajador, o basada en las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, u otra de entidad suficiente para justificar la decisión adoptada”.

La ley 19.691 admite el despido cuando, a pesar de tratarse de una persona con discapacidad, obedece “a una causa razonable, relacionada con la conducta del trabajador o basada en las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, u otra de entidad suficiente para justificar la decisión adoptada”.

En el caso de la ley 17.940, la capacidad —que habrá de entenderse referida a la modificación o pérdida de la capacidad previa— constituye causa razonable del despido.

En el caso de la ley 19.961, la capacidad como causa razonable del despido no está prevista expresamente, pero podría cuestionarse si la discapacidad podría ingresar por la causalidad residual de “necesidad...de entidad suficiente”.

La respuesta no es sencilla. Por un lado se podría sostener que no se incluye la capacidad porque, justamente, se trata de personas con discapacidad. Por otro, habría que tener en cuenta que no toda discapacidad es incompatible con el cargo. Así, por ejemplo, una persona discapacitada motriz puede cumplir funciones administrativas con normalidad, y su capacidad para el cargo es la misma que la de cualquier otra persona. También puede darse el caso de que la persona con discapacidad pierda —a pesar del apoyo laboral, por su propia enfermedad— capacidades o aptitudes para el cargo, o que las exigencias del cargo se modifiquen por razones, por ejemplo, tecnológicas, que son inabarcables para la persona discapacitada.

En estos casos, el empleador podrá alegar la ausencia de capacidad, para lo cual, además, deberá demostrar que no tiene otro cargo en el cual colocar al trabajador, o que los cargos posibles ya están ocupados por otras personas. Cuanto viene de decirse, conduce a sostener que no podría aportarse una solución general, sino que, ante un eventual conflicto en torno a si la discapacidad constituye causa razonable de despido, correspondería considerarlo puntualmente y en relación sistemática con el conjunto de los aspectos mencionados.

2.1.3. La ley 17.940 establece una tutela procesal expresa y especial que concreta a través de dos instrumentos: uno, un proceso especial —el de los arts. 4 a 10 de la ley 16.011, que reglamenta la acción de amparo—, y otro, una presunción sim-

ple que releva de la carga de la prueba al trabajador y grava al empleador demandado con la invocación y prueba de hechos que, vinculados a algunas de las causas razonables previstas, logre la destrucción de la presunción de certeza de que el despido ha obedecido a motivos sindicales.

El art. 9 de la ley 19.691 no prevé un relevo de la carga de la prueba al trabajador; sin embargo, de la interpretación contextual de la disposición que impone una obligación —“...el mismo deberá obedecer a...”— se deduce que la consecuencia es la misma. En efecto, en la medida en que la disposición indica como causa de exoneración de la responsabilidad determinados hechos que podrá invocar el empleador, que además de regla habrían estado bajo la órbita de su poder de dirección, será él quien estará cargado con la prueba.

En consecuencia será el empleador que despide quien tendrá primero la obligación de invocar una motivación; segundo, no podrá cualquier motivación, sino una que se erija en causa razonable vinculada a la conducta del trabajador o basada en las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio u otra de entidad suficiente.

2.1.4. Las consecuencias del despido ilícito —vale decir, desoyendo las limitaciones— son diversas.

En el caso del trabajador despedido a causa del ejercicio de la libertad sindical, la consecuencia natural derivada de la prohibición de despedir, según expresamente indica la ley 17.940, apareja que su pretensión pueda ser la declaración de nulidad y el reintegro. Debe verse que la jurisprudencia implícitamente ha admitido que el reintegro constituya una opción del trabajador en la medida en que, aun luego de la vigencia de la ley 17.940, ha hecho lugar a los efectos reparatorios del despido antisindical amparando pretensiones de cobro de una indemnización especial y diversa a la indemnización por despido común, generalmente bajo la modalidad de calificar el despido como abusivo⁽¹⁰⁾.

En el caso del trabajador despedido a causa de su discapacidad, la consecuencia prevista en la ley 19.691 es la eficacia del despido, pero traerá aparejado el derecho a percibir una indemnización especial —que se sumará a la común— equivalente a seis meses de salario.

De allí que cuando la causa de vulnerabilidad del empleo del trabajador es la discapacidad, no se releva una prohibición expresa de despedir ni una previsión ex-

presa y especial en cuanto al proceso jurisdiccional y a la distribución de la carga de la prueba.

Ahora bien, la interpretación del art. 9 de la ley 19.691 en el contexto del ordenamiento jurídico y a la luz del principio protector del trabajador con discapacidad permite, sin embargo, matizar las diferencias en la entidad de la tutela de la estabilidad respecto de las dos causas de vulnerabilidad (el ejercicio de la libertad sindical de trabajadores que se encuentran especialmente expuestos y la discapacidad).

Primero. Como la tutela de las personas con discapacidad en todas las áreas, y por ende también en la de la relación de trabajo, constituye el complemento indispensable del derecho fundamental a su dignidad laboral, la técnica de la causalidad del despido exigiéndola divorciada de cualquier posible actitud discriminatoria, así como la consecuencia negativa ante la transgresión, permiten inferir la prohibición implícita.

Segundo. Cabría cuestionarse si la violación de la prohibición debe verse limitada a los efectos reparatorios previstos por el art. 9, o si, por aplicación de otras fuentes incorporadas al bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales, podría sumarse la opción de la declaración de nulidad del despido y la reposición al estado anterior, que en el caso consistiría en el reintegro.

Veamos. En sustento de la primera hipótesis —únicamente los efectos reparatorios del art. 9 de la ley 19.691— podría señalarse que sin perjuicio de la nulidad del despido discriminatorio —por la discapacidad— el ordenamiento jurídico nacional hizo la opción en cuanto a las consecuencias, articulando una indemnización en dinero especial y más gravosa que la común y correspondiente en caso de despido legítimo.

En sustento de la segunda hipótesis —además de los efectos reparatorios, los restitutorios propios de la declaración de nulidad— podría señalarse que el fundamento lo proporciona el derecho de los derechos humanos laborales en su linaje de *jus cogens* e integrante del bloque de constitucionalidad y por ende directamente aplicables en el orden interno —arts. 72 y 332 de la Constitución—, que permitiría ampliar la protección contra el despido por discapacidad; vale decir, promoviendo la declaración de nulidad del despido ejercido discriminatoriamente contra una persona con discapacidad y motivado en ella, y el reintegro⁽¹¹⁾. Esta interpretación abandonaría la solución de remedio - como expresamente dispuso la ley 19.691 - por una tributaria a la progresividad de la tutela efectiva y se pondría en línea con las mejores garantías del Derecho de los Derechos Humanos.

Tercero. En la medida en que la ley 19.691 impone la causalidad del despido limitándolo a determinados hechos —la conducta del trabajador, las necesidades de la empresa—, será el empleador quien estará gravado en el proceso jurisdiccional en cuanto a invocarlos y probarlos.

VIII. Conclusiones

Una mirada en perspectiva del ordenamiento jurídico uruguayo permite deducir que efectivamente el Estado ha realizado acciones positivas, tendientes a lograr, cada vez más, la plena eficacia de la tutela de las personas con discapacidad. Sin perjuicio de la dinámica cada vez más abarcadora en cuanto a aspectos generales, la progresividad también se visualiza en el ámbito laboral.

A la limitada situación de tutela de la discapacidad respecto del empleo en casos de enfermedad común y accidentes de trabajo y enfermedades profesionales del siglo XX, se agregó, en el presente, un abanico ostensiblemente más amplio. La ley 18.651 de marzo de 2010 (capítulo III, literal A, numeral 10) estableció un sistema de protección integral que persiguió neutralizar las desventajas que la discapacidad provoca; aproximó la calificación a la definición de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sin perjuicio de que la Observación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad lo entendió insuficiente.

En cuanto a la tutela laboral del trabajador con discapacidad, Uruguay fue instituyendo soluciones legislativas encaminadas a la profundización y ampliación de las ya existentes. Algunas, con impacto directo en el área laboral, y otras, indirecto. Entre las primeras, la ley 18.651 disciplinó mecanismos de fomento al trabajo de las personas con discapacidad: estableció la obligación del Estado de cuota a la hora de incorporación de trabajadores, estimuló la contratación de trabajadores con discapacidad en la actividad privada a través de una autorización al Poder Ejecutivo para exonerar de aportes patronales jubilatorios. La misma ley dispuso como obligación del Estado la formación profesional del trabajador discapacitado.

Posteriormente la ley 19.691 de promoción al trabajo de las personas con discapacidad estableció un conjunto de obligaciones para el empleador de la actividad privada: la cuota para la incorporación de trabajadores, la creación y mantenimiento de las condiciones de accesibilidad, la causalidad limitada del despido y el reemplazo del trabajador despedido por otro con discapacidad. Garantizó al trabajador la posibilidad de emplearse con un apoyo y articuló el sistema de apoyo laboral, pre-

vió una licencia extraordinaria para el trabajador con discapacidad. Además fomentó el empleo de personas con discapacidad mediante el tratamiento preferencial de las contrataciones del Estado respecto de empresas que las empleen; las exoneró de aportes patronales jubilatorios en forma gradual.

En especial la progresividad en la tutela al empleo se observa en su total dimensión si se contrasta la introducción de un sistema de causalidad del despido en un contexto en que no ha logrado la ratificación del CIT n.º 158 y que además encuentra el peso de la línea jurisprudencial mayoritaria que sostiene la libertad del despido. La causalidad de la rescisión del vínculo laboral, limitada, con el gravamen impuesto al empleador en cuanto a su invocación y prueba, redundante en una progresión de la tutela, al tiempo que hace eco de la Observación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, capítulo III literal B numeral 14.

Por su parte, entre las disposiciones que tutelan en forma indirecta la discapacidad puede mencionarse las licencias especiales previstas en el art. 61 de la ley 18.651 y en el art. Único de la ley 19.729. La primera prevé una licencia extraordinaria para el trabajador o trabajadora que tenga o adopte un hijo o una hija con síndrome de Down, parálisis cerebral u otras discapacidades sensoriales, físicas o intelectuales severas, y mientras lo tenga a su cuidado sin goce de sueldo durante un período de seis meses adicional a la licencia por maternidad o paternidad. Por su parte, la ley 19.729 prevé dos licencias especiales. Una, para el trabajador que tenga un hijo con discapacidad —conforme al régimen previsto en la ley 19.691—, de diez días anuales para controles médicos de ese hijo, con goce de sueldo. Y otra, para el trabajador que tenga un familiar con discapacidad o enfermedad terminal a cargo conforme a la ley 19.691, de 96 horas, que podrá ser usufructuada en forma continua o discontinua y de la cual el empleador deberá abonar lo correspondiente a 64 horas.

En definitiva, paso a paso, en progresión hacia la tutela cada vez mayor de las personas con discapacidad, considerando la promoción para su inclusión en el mundo del trabajo, y la protección especial de la permanencia, constituyen la realización del derecho a la igualdad sustantiva sin discriminación que concreta el principio de progresividad. Ha de esperarse con mucha expectativa que por la vía de la interpretación la jurisprudencia —que aún no existe debido a la reciente vigencia— pueda darle a la ley 19.691 la comprensión en el sentido de una real tutela judicial efectiva.

Referencias

- Barbagelata, H. (2009). *El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales*. Montevideo: FCU.
- Barretto Ghione, H. (2018). Dos tópicos desactualizados sobre el despido: la doctrina del abuso de derecho y el despido libre. *Revista de Derecho Laboral*, (270), 281.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema.
- Chan, M. y Zoellick, R. (2011). Prefacio al Informe Mundial sobre la Discapacidad, OMS.
- Durán, B. (2011). Acción de reinstalación de la ley 17.940 o pretensión reparatoria. ¿Una opción para el dirigente sindical despedido? *Revista de Derecho Laboral*, (244), 785.
- Durán, B y Vallejo, M. J. (2019). Licencias especiales en la actividad privada. Últimas leyes aprobadas (2017-2020). *Revista de Derecho Laboral*, (273), 71.
- Ermida Uriarte, Ó. (2011). *Meditación sobre el Derecho del Trabajo*. Cuadernillos de la Fundación Electra. Montevideo: FCU.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Ferrizo Izmendi, A. (2019). El despido del trabajador con discapacidad. *Revista de Derecho Laboral*, (274), 341.
- Gialdino, R. (2013). *Derecho internacional de los derechos humanos: principios, fuentes, interpretación y obligaciones*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- (s/f). Obligaciones del Estado ante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Revista IIDH*, (37), 88. www.corteidh.or.cr/tablas/08066-pdf.
- Panizza, C. (2017). *Los derechos laborales inespecíficos*. Montevideo: FCU.

Pompa, R. (2011). Estabilidad y tratados internacionales sobre derechos fundamentales de los hombres. *Revista de Derecho Laboral*, (244), 688 y ss.

Rodríguez Gustá, R. (2016). Codificación, descodificación y neoconstitucionalismo. *Revista de Derecho Laboral*, (262), 319.

Rosenbaum, J. (2012). No a la discriminación laboral: la aplicación inmediata de un derecho fundamental. *Revista de Derecho Laboral*, (248), 695 y ss.

Normas

Uruguay. Ley N.º 13.761, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Protocolo Adicional*. Diario Oficial, 11 julio 1969.

Uruguay. Ley N.º 15.737, *Convención Americana de los Derechos Humanos*. Diario Oficial, 8 marzo 1985.

Uruguay. Ley N.º 18.651. *Acoso sexual*. Diario Oficial, 9 marzo 2010.

Uruguay. Ley N.º 19.691. *Protección integral de las personas con discapacidad*. Diario Oficial, 8 noviembre 2018.

Uruguay. Ley N.º 18.418. Diario Oficial, 4 diciembre 2008.

Uruguay. Ley N.º 17.940. Diario Oficial, 2 enero 2006.

Ley N.º 10.570. Diario Oficial, 15 diciembre 1944.

Ley N.º 10.489. Diario Oficial, 6 junio 1944.

Ley N.º 16.074. Diario Oficial. 10 octubre 1989.

Decreto ley N.º 14.407. 22 julio 1975.

OIT CIT N.º 87 ratificado por Uruguay. 18 marzo 1958.

OIT CIT N.º 98 ratificado por Uruguay. 18 marzo 1954.

OIT CIT N.º 111 ratificado por Uruguay. 16 noviembre 1989.

OIT CIT N.º 158. No ratificado.

OIT CIT N.º 159 ratificado por Uruguay. 13 enero 1988.

Notas

¹ “Jorge Miranda y otros vs. El Salvador”, 20 de marzo de 2009. Conceptos similares vertió la Comisión en el caso Asociación Nacional de Exservidores del Instituto Peruano de Seguridad Social. Informe n.º 38/2009 Admisibilidad y fondo, caso 12.670.

² La importancia de esta convención se traduce en la cantidad de ratificaciones que ha tenido de los países miembros, entre los que se encuentra nuestro país, que la ratificó por Ley N° 18.418, de 20 de noviembre de 2008.

³ El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades. ISBN 978-92-2-320145-6.

⁴ Acordada N° 7647, comunicada por circular N° 34/09.

⁵ La redacción de la disposición permite inferir que podrían considerarse otros tipos de apoyo además del brindado por los operadores laborales a los que se refiere el art. 6 de la ley 19.961.

⁶ De todos modos, no sería dificultoso sustentar que un vínculo a término rescindido antes de su finalización, y por razones que pudieran valorarse como discriminatorias, podría dar lugar a una reparación especial por el daño moral padecido que se sumara a los salarios caídos.

⁷ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf

⁸ A ello se suma una preponderante corriente jurisprudencial que sostiene que en Uruguay existe un sistema de “despido libre”.

⁹ El CIT n.º 158 dispone: “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad

o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.

¹⁰ En posición contraria, Durán, B. (2011).

¹¹ El Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos ratificado por Uruguay por ley 16.519 prevé la obligación de los Estados de garantizar la estabilidad del trabajador mediante mecanismos reparatorios y restitutorios conforme dispone el art. 7.”