



Acción afirmativa para inclusión de personas discapacitadas en el mercado de trabajo de Brasil

por Elaine Nassif

En el mundo occidental, cuando pensamos en acciones afirmativas, siempre nos remetimos a la Ley americana de los Derechos Civiles de 1964, firmada por Lyndon Johnson, presionado por el movimiento negro liderado por Martin Luther King¹, que en 1965 daría origen a la Ley de cuotas raciales en las universidades

Entretanto, la India es el país con la más larga experiencia con política de acción afirmativa, pues las primeras medidas fueron introducidas bajo el dominio colonial británico en el inicio del siglo XX. Frente al monopolio de las oportunidades económicas e educativas abiertas por el Raj británico por los Brámanes, miembros de las castas más bajas y intocables (Dalits) produjeran una presión creciente para el establecimiento de reservas de vacantes para los no Brámanes en el servicio público y instituciones educativas, lo que acabó ocurriendo y se intensificó después de la independencia en 1947.

Conforme Sandel², las acciones afirmativas tienen por objetivo corregir desventajas históricas, como las que provienen de la esclavitud, o a corregir diferencias sociales actuales, como escuelas públicas de menor calidad que las privadas, o también a desenvolver conocimientos a partir de experiencias personales distintas.

Brasil tiene una población mestiza de indios, negros y blancos. En el mercado de trabajo, entretanto, no hay cotas para corregir diferencias históricas en relación a los negros e indios. Para las personas discapacitadas, entretanto, hay cuota legal.

Efectivamente, en Brasil existe la llamada “ley de cuotas” (art 93 de la Ley n. 8.213/91), que obliga a las empresas con 100 o más trabajadores a ocupar del 2 a 5% de sus puestos de trabajo con personas discapacitadas. Tal norma es imperativa e auto aplicable. Si no se cumple la obligación, debe ser condenada a cumplir la reserva legal bajo pena de multa.

Segundo los datos del Ministerio de Trabajo de 2015, el 92% de las personas discapacitadas que trabajan actualmente consiguieron acceso al mercado de trabajo en virtud de la Ley de Cuotas.

La Ley de Cuotas de las personas discapacitadas en la empresa es un excelente ejemplo de que las políticas de acción afirmativas pueden hacer en favor de combatir la discriminación, cuando se aplica en el campo de la eficacia horizontal de los derechos humanos.

Los argumentos más comunes utilizados por las empresas para incumplir la ley de cotas son: a) no hay personas discapacitadas calificadas para los puestos ofrecidos; b) el medio ambiente del trabajo de la empresa es de alto riesgo para la salud e seguridad del trabajo, no siendo posible emplear personas discapacitadas en este tipo de actividad (ej: minas, transporte, vigilancia, etc); c) no acudieran interesados a los anuncios puestos en los periódicos; d) en el cálculo de la cuota

¹ Interesante la película “Selma” para conocimiento de la lucha de los negros americanos por la igualdad.

² SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011 (Capítulo 7).

obligatoria deberían ser excluidos todos los puestos de trabajo incompatibles con todo tipo de discapacidad.

Tales argumentos dieron origen a la aplicación de la llamada “teoría de la reserva del posible”, o sea, la empresa solo sería obligada a cumplir la ley de cotas si existiesen las condiciones materiales para tal. Entretanto tales excepciones no están previstas en la Ley. Así mismo muchos jueces aceptan tales argumentos e liberan de cumplimiento a determinadas empresas, bajo las más variadas justificaciones.

Algunas de las justificaciones más utilizadas por los jueces que admiten la teoría de la reserva de lo posible son: a) la necesidad de protección de la salud de las personas discapacitadas, para que ellas no se expongan a los riesgos laborales; b) la obligatoriedad del propio Estado en formar a las personas con discapacidades para que la empresa le contrate en iguales condiciones como una persona sin discapacidad; c) la necesidad de probar que la empresa ha cometido algún tipo de discriminación en la contratación.

A toda evidencia, si la ley no prevé excepciones, el juez no podría crear excepciones para negar vigencia de la ley en cualquier caso. Se el juez interpreta diferentemente se puede decir que él tiene una ideología favorable a privilegiar la libre iniciativa, o tiene el desconocimiento sobre lo que son las acciones afirmativas, o ambas, e por último se puede decir que desconozca los problemas de los destinatarios de la tutela jurisdiccional en este caso: las personas discapacitadas.

Conforme enseña Jairo Néia LIMA³:

“La actual concepción de los derechos fundamentales implica la subordinación tanto del Estado como de los individuos en las relaciones privadas. Las principales teorías que profundizan en el estudio de esta temática pueden ser agrupadas en: teoría de la eficacia directa, o sea, los derechos fundamentales se aplican en las relaciones privadas independiente de cualquier intermediación del legislador; y teoría de la eficacia indirecta, donde los preceptos fundamentales son aplicables a las relaciones privadas solamente como parámetros interpretativos. La Corte constitucional brasileña fue llamada a pronunciarse conforme a este fenómeno y siguió la teoría de la eficacia directa”.

Una de las consecuencias de la teoría de la eficacia directa es el pro-activismo de la empresa contratante. Ella debe invertir en el reclutamiento y profesionalidad de la persona con discapacidad y debe promover su inclusión de modo definitivo, pues no puede bajar la cuota si no baja el total de empleados.

De nada serviría la acción afirmativa si las empresas exigiesen en la contratación de la persona discapacitada, la misma competencia y capacidad técnica presentada por las personas sin discapacidad. Eso sería tratar con igualdad a las personas desiguales, o como enseña Rawls⁴, con posiciones originales diferentes, que nunca podrían concurrir en igualdad.

Si, al contrario, una persona con discapacidad presenta un currículum más competitivo que una persona sin discapacidad, queda constatado independientemente de la cuota, la discriminación en razón de la discapacidad, lo que significa violación directa de los derechos fundamentales de la Carta Magna Brasileña (art. 7º, XXXI).

Elaine Nassif

Procuradora do Ministério Público do Trabalho (fiscalia)

No Brasil, especialista em Administração Pública, Mestre e Doutora em Direito Processual

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Sevilla

³ Disponible en <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/108> (ultima consulta en 21.4.16)

⁴ RAWLS, John. Teoría de la Justicia. Mexico, Madrid, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.