

## “La Discriminación originada en causas o motivos de salud”

Por CARLOS A. TOSELLI<sup>1</sup>

Sumario: 1. Introducción. 2. Diversos Supuestos. 3. Casos de Protección Especial.- 4. Un caso para meditar: La discriminación a futuro. El proyecto Genoma Humano. 5. Herramientas del Discriminado a la hora de la reclamación. 6. Conclusiones.

### **1. Introducción:**

Argentina, como integrante del concierto de naciones civilizadas ha suscripto numerosos tratados y convenios que tienen como eje punible la conducta discriminatoria. En ese sentido merecen destacarse el Convenio 111 sobre Empleo y Ocupación que señala que la discriminación en el empleo significa cualquier diferenciación, exclusión o preferencia sobre la base de raza, sexo, color, religión, opiniones políticas, extracción social o nacionalidad que tenga por resultado la eliminación o violación de oportunidades a trato igualitario, con relación al empleo o en el ejercicio de la profesión. La discriminación también incluye cualquier otra diferenciación, exclusión o preferencia que tenga por resultado la violación o frustración de iguales oportunidades a trato respecto del empleo o en el ejercicio de la profesión. No se considerará discriminatoria la diferenciación, exclusión o preferencia basada en las calificaciones requeridas para un empleo específico.

A su vez la declaración Socio Laboral del MERCOSUR dispone: Art. 1: Todo trabajador tiene **garantizada** la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión en razón de raza, origen nacional, color, sexo u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social o familiar, en conformidad con las disposiciones legales vigentes.

Como se puede advertir de la mera lectura del texto mercosureño se desprende una diferencia sustancial por cuanto se exige un rol activo estatal y un claro derecho a peticionar de aquel trabajador que fuera víctima de la conducta disvaliosa.

La obligación de garantía es estatal a través de actos de sus tres poderes, es decir el legislativo mediante el dictado de normas de fuente heterónoma que hagan efectiva la garantía proclamada, a más de la debida verificación de cumplimiento de dichas normas a través de la

---

<sup>1</sup> Magistrado de la Sala Décima de la Cámara del Trabajo de Córdoba desde setiembre de 1.991.- Profesor de la Universidad Nacional de Córdoba.- Doctor en Derecho.- Profesor de Postgrado en Universidades Estatales y privadas.-

actividad inspectiva estatal, en su labor de policía del trabajo y también en función de la actividad jurisdiccional de protección de este derecho humano fundamental.

La intensidad de dicha protección radicará en la interpretación que desde el Poder Judicial se haga del conjunto normativo y de su aplicabilidad, lo que no resulta ocioso ante la discusión sustentada por algunos doctrinarios de prestigio en la disciplina de que dicho plexo normativo (a mi entender claramente prevalente en función de la jerarquía constitucional) cedería o mínimamente sería desplazado por el contexto hermético del Derecho Laboral que permitiría la extinción incausada del vínculo mediante el pago de una tarifa legal y que habilitaría al empleador en el ejercicio de tal facultad extintoria mantener oculta la causa eficiente de su decisión de finiquitar la relación laboral.

Hemos sostenido de manera enfática que es necesario un cambio en la conciencia jurídica del operador del derecho, internalizando que las normas internacionales que han sido incorporadas con rango constitucional (las enumeradas) y jerarquía supra legal (los restantes tratados de Derechos Humanos) son derecho positivo argentino y por lo tanto aplicable en todos los supuestos en que subsuman al caso en análisis, sin cortapisas, prejuicios o reclamaciones de un dualismo jurídico que en la realidad se torna innecesario en razón de la positivización antes aludida en atención a la norma constitucional de inserción<sup>2</sup>.-

Dentro del contexto de normas incorporadas con rango constitucional y en el aspecto vinculado a hacer efectiva la protección que estamos analizando merece destacarse el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en cuanto dispone:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley **prohibirá** toda discriminación y **garantizará** a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Si alguna duda quedaba al respecto en cuanto a la operatividad de dicho dispositivo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en la Parte III referida a la observancia, aplicación e interpretación de los tratados, dispone en su art. 27. “El derecho interno y la observancia de los tratados. **Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un**

---

<sup>2</sup> En: “LAS NORMAS INTERNACIONALES COMO FUENTE DEL DERECHO DEL TRABAJO Y SU APLICACION JURISDICCIONAL” publicado en la Revista del Equipo Federal del Trabajo Nro. 39.- Año 2.008.-

**tratado**".- En razón de tal contundente definición creemos que la premisa de hermeticidad cede, cuando se logre acreditar el acto vedado por la legislación internacional que nuestro país ha suscripto, ratificado e incorporado a su texto constitucional.-

Y ello es así por cuanto como se señalara en la Convención Constituyente de 1.994, "los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona, conforman una obligación para todos, erga omnes, y todo Estado debe estar jurídicamente interesado en la protección del derecho del hombre. El Estado no puede sustraerse de su responsabilidad con el pretexto de que es un ámbito –esencialmente- de su competencia nacional, con un concepto antiguo de la soberanía, porque, de lo que se trata, es de la protección internacional. La persona es el sujeto del Derecho Internacional"<sup>3</sup>

Bueno es reiterar en este punto lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al expresar que cuando el país ratifica un tratado internacional **se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que el tratado contemple**, obligación cuyo incumplimiento puede originar la responsabilidad internacional del Estado"<sup>4</sup>.-

También debe tenerse en cuenta como lo ha expresado el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba que "respecto del valor de los pactos internacionales en materia de derechos humanos y su efecto operativo y multiplicador en los más diversos aspectos de la vida humana, en que la dignidad del hombre se ve afectada, se ha abierto una constante y sostenida jurisprudencia tanto en ámbitos americanos como europeos. En cuanto al deber emergente del art. 2º del Pacto de San José de Costa Rica, de adecuación de la legislación interna al texto de la convención, **el mismo puede ser cumplido por la jurisprudencia y no únicamente por la legislación formal**. Ello así puesto que esa norma define la obligación de dictar medidas legislativas o de otro carácter, para cumplir el propósito de adecuación"<sup>5</sup>.-

Lógicamente que admitir esta postura implica no solamente un juicio axiológico del Magistrado actuante, sino naturalmente que el mismo se enrola en lo que se ha denominado el "activismo judicial".-

Si acordamos que esto es así en el contexto general del Derecho, en el aspecto específico del Derecho Laboral ante los conflictos de interpretación normativa, en aquellos casos en que efectivamente se

---

<sup>3</sup> CAFIERO JUAN, Convención Nacional Constituyente, Diario de Sesiones, p. 2829, citado por LIVELLARA, Carlos Alberto: "Derechos y Garantías de los Trabajadores incorporados a la Constitución reformada", Ed. Rubinzal Culzoni, Noviembre de 2.003, p. 24

<sup>4</sup> C.S.J.N. – Sentencia de fecha 26-12-1995, Autos: "Méndez Valles Fernando c/ Pescio, A.M. S.C.A.".-

<sup>5</sup> T.S. Justicia: Autos: "Banco del Suquía S.A. c/ Tomassini Juan Carlos" (Sentencia de fecha 20 de octubre de 1.999 -L.L.C. 2.000, p. 279/280).-

pueda señalar tal hipótesis por la igualación de rangos de las disposiciones normativas involucradas, habrá de estarse al principio protectorio, eje central de esta disciplina y hacer jugar de manera decisiva y efectiva la aplicación de la regla de la norma más favorable al trabajador como hiposuficiente de ese relación desigual, tan desigual en este aspecto que estamos tratando que en muchos casos se llega a la no contratación o al desahucio por causa de incapacidades o padecimientos de los dependientes, o como veremos infra, de la mera posibilidad de adquirir tales patologías.-

Ante ello y como desarrollaremos en extenso, en tal hipótesis sostenemos que operará un desplazamiento de la tarifa legal hacia la opción que la víctima reclame del daño padecido y que en definitiva podrá derivar en una indemnización monetaria cuantificada en función de las probanzas que pueda armar respecto de la magnitud del mismo y supletoriamente será la tarifa legal o la posibilidad de requerir el cese de la conducta discriminatoria y consecuentemente la única posibilidad válida en ese contexto que es ordenar la incorporación, promoción o reincorporación del trabajador así relegado, perseguido o postergado.

En lo que es motivo de este trabajo, es decir la discriminación originada en el estado de salud, o más precisamente en el trabajador con salud disminuida o afectada por patologías de origen médico, entendemos que las normas regulatorias supra transcriptas y también las leyes 23.592 y 20.744 (en sus arts. 17 y 81), son disposiciones de textura abierta, ya que tanto la normativa internacional como la local si bien hacen referencia a las conductas discriminatorias más reconocidas, dejan claramente abierta la posibilidad de inclusión de otras posibilidades que revelen el encuadre en la conducta punida o cuestionada.

Así lo ha señalado la jurisprudencia nacional al establecer que la enumeración de los motivos de discriminación que formula la L.C.T. es meramente enunciativa y no taxativa, lo cual significa que está incluida en la prohibición toda distinción que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato fundado en un motivo arbitrario, como puede ser el aspecto físico o el hecho de que el dependiente padeciese una enfermedad con la eventual inconveniencia en la prosecución del contrato laboral<sup>6</sup>.-

## **2. Diversos Supuestos**

### **a) En la etapa precontractual:**

Indudablemente que si bien no es de fácil constatación, en muchas ocasiones acontece que luego de avanzado el proceso de selección, al tener que realizar el postulante su examen preocupacional se detecta

---

<sup>6</sup> Conf. GARCIA MARGALEJO, de su voto en autos: "ROSSI, Rodolfo c/ Orígenes AFJP S.A.", sentencia de fecha 6-5-2005.-

alguna afección que, a juicio del evaluador, puede tener alguna implicancia negativa en el desenvolvimiento del puesto laboral y generalmente frustra la posibilidad de acceso al empleo.-

En ese sentido entre los precedentes importantes en la materia merece destacarse el dictado por la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil<sup>7</sup> que señaló la aplicación de las normas antidiscriminatorias en la etapa precontractual de selección de personal, haciendo referencia al prudente manejo que debe observarse durante ese proceso de casting, en salvaguarda de derechos fundamentales del postulante y de su intimidad, de lo que se desprende que el derecho a la libertad de contratación de la empresa debe cotejarse con el derecho del postulante a no verse privado al acceso a un puesto de trabajo por motivos discriminatorios, definiendo como tales a aquellos no vinculados con la "aptitud", "idoneidad" o "perfil" requeridos funcionalmente por el empleo en juego<sup>8</sup>.-

Conforme hemos señalado al respecto, la posibilidad de la existencia de conducta discriminatoria en la etapa precontractual obliga al empleador a utilizar un "criterio neutro, predicable por igual para todas las personas, sin incurrir en discriminaciones directas, así como también evitar discriminaciones indirectas o de impacto adverso"<sup>9</sup>.-

Debe quedar claro que el hecho de padecer una enfermedad o incapacidad, como principio general no obsta a la admisión al empleo, salvo que exista alguna incompatibilidad entre la patología detectada y la labor a cumplir.- Esta es la misma respuesta que se da en el Derecho Francés al establecer como excepción al ingreso "la ineptitud constatada por la medicina laboral"<sup>10</sup>

Postulamos que en esta variante al afectado por la conducta discriminatoria le quedarán abiertas diversas posibilidades procesales. Así la más común será que opte por el resarcimiento del daño padecido incluyendo en ello tanto al daño material, con especial referencia al lucro cesante futuro y a la pérdida de chance, pero también al daño moral.- Además, sostenemos que otra variante de alternativa será peticionar la efectiva **incorporación** al puesto laboral y no simplemente un resarcimiento de daños (más allá que al ser opción de la víctima podrá incluso ejercitar ambas pretensiones de manera **conjunta**).-

Ello será así en aquellos casos en que por ejemplo, exista un único puesto a cubrir, que para el aspirante revista mayor importancia que la faz patrimonial resarcitoria, p. ej. un cargo de docente titular en una

---

<sup>7</sup> Sentencia de fecha 30-9-2003 en autos: "R., L.F. c/ Trenes de Buenos Aires S.A."

<sup>8</sup> TOSELLI, Carlos A.; GRASSIS Pablo M., FERRER, Juan Ignacio: "Violencia en las Relaciones Laborales", Ed. Alveroni, Agosto de 2.007, p. 142.-

<sup>9</sup> TOSELLI, CARLOS ... op. cit. p. 144.-

<sup>10</sup> Artículo L 122-45 Code du travail francés.

universidad privada, una selección para una vacante de conductor televisivo o radial, una selección de modelaje para potenciarse como "la imagen visible o conocida" de determinado producto comercial.- Como se ve de la simple enumeración efectuada, las hipótesis son múltiples, dependiendo en cada caso de la casuística y de la situación particular del afectado y lógicamente de las posibilidades probatorias de vincular causalmente (demostrar el nexo de causalidad adecuada) entre la enfermedad detectada, comunicada o conocida y la decisión de no avanzar en la contratación del discriminado o de impedir que continúe el proceso de selección, sin que se pueda sostener la existencia de causa objetiva que amerite tal modo de resolución empresarial.-

#### **b) Durante la ejecución del contrato de trabajo:**

Ello abarca diversos supuestos, ya que en la legislación argentina coexisten dos subsistemas de cobertura de daños en la salud del trabajador, por cuanto a la par de la ley 24.557, existen los artículos de la Ley de Contrato de Trabajo que regulan el supuesto de enfermedades y accidentes inculpables (arts. 208 a 213).-

El problema más serio que se plantea es en aquel caso del trabajador que ha padecido un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, por cuanto al ser el deudor de su prestación dineraria la Aseguradora de Riesgos del Trabajo su contrato laboral ingresa en un cono de sombras, especialmente en aquellos supuestos en que el grado de incapacidad determina el período de provisoriedad (más del 50% de incapacidad de la total obrera), ya que hasta tanto no exista un dictamen definitivo permanente (parcial o total) que puede dilatarse hasta el plazo máximo de sesenta meses, no solamente el trabajador afectado carece de la posibilidad de pago único (de \$ 30.000 o \$ 40.000) según su grado de incapacidad, sino que su contrato laboral normalmente queda en suspenso, amparándose la empresa en el no otorgamiento de tareas en el hecho de que, mientras dure la provisoriedad, la A.R.T. abona la prestación dineraria que constituye el sustituto del salario y por otro lado que al carecer del dictamen que otorga el carácter definitivo de su patología no resulta exigible verificar la posibilidad de reubicación.-

Desde ya destacamos que esta afirmación no resulta ajustada a la realidad, y termina generando una discriminación salarial hacia el trabajador enfermo, ya que si bien percibe prestación dineraria de parte de la A.R.T. (o de la propia empresa si estuviera autorizada a funcionar como autoasegurada), dicha prestación dineraria no es equivalente a su haber mensual, ya que toma en consideración en un caso el Ingreso Base Mensual multiplicado por el porcentaje de incapacidad (para las incapacidades parciales superiores al 50% de la t.o.) o bien el 70% del Ingreso Base Mensual (para el caso de las incapacidades totales) por períodos que pueden extenderse 36 o más meses (si la incapacidad fuera total).-

A más de ello debe destacarse que el Ingreso Base Mensual, al tomar a los fines de su cálculo a los salarios del año anterior a la primera manifestación invalidante, constituye un parámetro válido en un modelo de país de inflación cero y negociación colectiva salarial paralizada, pero absolutamente desfasado de la realidad que toca vivir en esta Argentina del año 2.008 con alto índice inflacionario (más allá de la credibilidad o incredulidad que resulte de los índices oficiales) y con negociaciones paritarias salariales que pactan incrementos escalonados para ser aplicados durante el año negociado.-

Sobre el particular y tomando en consideración esta circunstancia, ha habido pronunciamientos que se han pronunciado sobre la inconstitucionalidad de tal modo de reparar al trabajador enfermo o accidentado por causa de la prestación laboral señalando: "resulta claramente reprochable desde el punto de vista constitucional por cuanto dispone para el trabajador accidentado un importe inferior al que normalmente le correspondería como contraprestación por su labor. En tal sentido, comparto la postura del Dr. Antonio Vázquez Vialard, quien sostiene que "...la diferencia que se produce, a nuestro juicio, no tiene justificativo válido. Como lo hemos afirmado, el fundamento jurídico de tal prestación lo es la situación de incapacidad en que se halla el trabajador, en virtud de una circunstancia que el ordenamiento jurídico le imputa al empleador (en el caso, subrogado -en sus obligaciones por la ART-). Por lo tanto parecería que no tiene sentido que durante ese lapso el trabajador se vea afectado por un déficit en su "ingreso de bolsillo", que tiene carácter alimentario, en virtud de una causa que no le es, en absoluto, imputable, y que la norma asigna a la responsabilidad del empleador. Consideramos que en el caso, el procedimiento que establece la normativa contenida en la ley 24.557 presenta un déficit que se traduce en una situación -que puede ser grave- de irrazonabilidad. Por lo tanto a nuestro juicio, en la medida que la diferencia resulte significativa estaría legitimada por esa causa la declaración de inconstitucionalidad de la norma, en cuanto el trabajador percibe un importe inferior al que le correspondería como salario laboral" (Antonio Vázquez Vialard, Revista de Derecho Laboral 2002-1,pág.1719). En el caso el infortunado trabajador ve claramente afectada su remuneración mensual de \$600, reconocida expresamente por la empleadora (ver fs. 50), por una prestación (\$226,58), que no alcanza siquiera a la mitad del ingreso mensual que tiene carácter alimentario, lo cual se traduce en una situación de irrazonabilidad tal que me lleva sin más a confirmar la declaración de inconstitucionalidad de la mentada previsión de la L.R.T.. Dicho esto, sostengo que la única prestación económica válida que debe recibir el trabajador durante el período en el cual está impedido de concurrir al trabajo (incapacidad laboral temporario) **no es otra que la que le correspondía como remuneración**, es decir \$600, base de cálculo que también ha de tomarse en cuenta a los efectos de cuantificar el resarcimiento por incapacidad parcial definitiva" <sup>11</sup>.-

---

<sup>11</sup> C.N.A.T., Sala V, autos: "LUCERO CRISTIAN GUILLERMO C/ PROVINCIA ART. SA Y OTRO S/ DESPIDO" – Sentencia de fecha 5 de Julio de 2.006.-

De igual manera el suscripto ha señalado: "Compartiendo plenamente dicho criterio (el de Lucero c/ Provincia A.R.T.) sostengo que en el presente, se debe hacer lugar a la demanda condenando a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo a abonar a la actora, la diferencia entre el sueldo que le correspondía percibir conforme su categoría y antigüedad, en el período Enero de 2.005 a Julio de 2.005, si se hubiera encontrado en actividad en la empresa donde aconteció el siniestro, incluyendo en dicho monto lo correspondiente a antigüedad, premios, tickets canasta, adicionales no remunerativos y cualquier otro concepto que hubiera venido percibiendo con normalidad en el período anterior al siniestro y los que se hubieran determinado que debían ser percibidos por los trabajadores en actividad de conformidad a normas legales o convencionales para el período de reclamo y en un todo de acuerdo con lo prescripto por los arts. 7 y 8 de la L.C.T<sup>12</sup>".-

En esa línea de reparar la discriminación salarial que se le produce al trabajador enfermo debe recordarse el plenario 208 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de fecha 22-9-1975, en los autos: "SARTIRANA HUGO R. C/ LAVADERO ELECTRICO X", que dejó de lado el texto literal del art. 8 inc. d) de la ley 9688 en cuanto disponía para el período de los primeros 30 días el pago del 75% del salario, mandando a pagar el salario completo por no encontrar argumentos razonables que justificaran tal proceder.-

Así se estableció la siguiente doctrina plenaria: "El trabajador accidentado debe percibir durante su incapacidad temporal (art. 8 inc. d) ley 9688), el salario que percibía al momento de producirse el infortunio conforme al convenio de aplicación, o el superior en su caso y corresponde su incrementación con los aumentos que para el período de inactividad dispusieran las leyes, convenios colectivos de trabajo o decisión del empleador".-

Obviamente que al margen de estas cuestiones remuneratorias, que no son menores, en el contrato de trabajo, en función de la necesidad del salario por parte del trabajador, ya que es su único medio de subsistencia, debe señalarse que el padecimiento de enfermedades por parte del trabajador genera, casi de manera simultánea, con su consolidación o su conocimiento cuando se trata de enfermedades inculpables, postergaciones en la posibilidad de promoción, como si el hecho de portar una afección o haber sufrido un accidente fuera un estigma descalificante que invalida la experiencia o los conocimientos del afectado o bien como una manera preventiva por parte del empleador, por posibles secuelas reales o imaginarias que pudieran (también hipotéticamente) mellar el rendimiento del trabajador o hacer incurrir al

---

<sup>12</sup> C.Trab. Córdoba, Sala X, Tribunal Unipersonal Dr. Carlos A. Toselli, Autos: "MOLINA NORMA GRACIELA C/ LIBERTY ART S.A. LEY 24557" (Expte Nro 31175/37) – Sentencia de fecha 10 de abril de 2.007



mismo en ausencias laborales que afectaran el ritmo de producción en este esquema deshumanizado de creación y apropiación de riqueza.-

**c) En el momento de la extinción del vínculo**

Es el momento más crítico de la discriminación, por cuanto no sólo el trabajador ha visto minada su capacidad laboral como consecuencias de las afecciones que padece, sino que además al ser expulsado de su puesto laboral es lanzado de manera inerme para tener que competir con personas de menor edad, mayor capacitación, conocimiento tecnológico y por sobre todo sanos física y psíquicamente.-

En tales condiciones, el accionar patronal resulta repudiable, ya que el trabajador no sólo deja de percibir su salario de subsistencia, sino que además en el período de tres meses posteriores al distracto, pierde la obra social (art. 10 inc. a de la ley 23.660) y ve ciertamente afectada su posibilidad de continuar aportando para poder acceder a la jubilación.- Destaco que no se considera en esta hipótesis el supuesto previsto en el art. 212, 4to párrafo, por cuanto en tal caso el contrato de trabajo se extingue de pleno derecho por imposibilidad de su continuidad, en atención al grado de incapacidad que porta el dependiente y que debiera implicar que dicho trabajador pueda obtener sin solución de continuidad el retiro por invalidez previsto en la ley 24.241.-

Señalo que en este análisis no estoy tomando en consideración aquellas afecciones consideradas sensibles y que tienen protección especial, lo cual será analizado en el punto siguiente, sino simplemente aquellas hipótesis de disminución de la capacidad laborativa y en la cual el empleador teniendo tareas compatibles con el estado de salud no las otorga (art. 212, 3er párrafo L.C.T.).-

La solución dada por la ley de contrato de trabajo, como respuesta tasada, resulta insuficiente y mezquina, ya que únicamente analiza (y parcialmente) el acto ilícito extintorio, pero no avanza sobre la conducta discriminatoria que trasunta tal accionar, teniendo presente que como ha sostenido la Cámara Federal de la Plata, en un precedente que será analizado infra "quien tiene necesidad de ayuda, no debe ser rechazado, sino acogido y protegido"<sup>13</sup>.-

En uno de los precedentes más importantes sobre el particular, la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo descalifica la postura patronal, confirmando el fallo de primera instancia que había establecido una sanción por daño moral hacia a un trabajador que había sido despedido casi inmediatamente después de haber hecho conocer que padecía de cáncer y que debía someterse a un tratamiento de quimioterapia.-

---

<sup>13</sup> C. Fed. De la Plata, Sala II, Sentencia de fecha 18-11-1999, autos: "CARABALLO LUIS E. C/ Y.P.F.".-

En esa línea afirma la Vocal de Primer Voto, Dra. García Margalejo, que la facultad de la empleadora de despedir con el único pago de la indemnización tarifada es así, siempre y cuando esa conducta se ciña exclusivamente al ámbito estrictamente laboral y no cuando lo exceda y se incurra en una conducta particularmente disvaliosa por padecer el actor una enfermedad terminal, pues la segregación laboral en semejantes circunstancias violenta el principio de no discriminación amparado por la Constitución Nacional en sus arts. 14 bis y 16<sup>14</sup>.-

La fundamentación jurídica de la reparación está dada en la naturaleza extracontractual del daño ocasionado, derivado de un accionar con connotaciones discriminatorias hacia su trabajador.- Si bien en dicho precedente se dispone la patrimonialización del daño, es indudable que ello opera de tal manera en atención a las especiales circunstancias del caso (padecimiento de una enfermedad terminal por parte del afectado) y por la opción realizada por la víctima, pero nada impediría, en nuestra opinión, que otro trabajador despedido "por causa de la enfermedad que lo aquejaba", requiriera y así se ordenara su reincorporación, ya que el accionar discriminatorio constituye un acto ilícito que debe ser reparado reponiendo las cosas al estado anterior al acto lesivo (art. 1.083 del C.C.) y en tales condiciones, la necesidad de seguir contando con un salario mensual y por sobre todo con la cobertura médica de la obra social, en muchas ocasiones puede revestir mayor importancia para la víctima que la reparación contractual o extracontractual del daño determinado.-

Ese fue el modo en que se resolvió un caso de un trabajador despedido por estar afectado de hepatitis crónica por virus C, ya que allí se dispuso su reincorporación anulando el despido incausado y descalificando la aludida denuncia del contrato laboral por causas de reestructuración empresarial, no acreditadas en el proceso, máxime cuando el despido opera el día posterior al de la entrega por parte del trabajador de su historia clínica.- En dicho precedente se dispuso de oficio el pago de los salarios caídos desde el distracto anulado y hasta la reincorporación como compensación por el daño material padecido. No hubo condena por daño moral, presumiblemente por cuanto no había sido requerido y para no violentar el principio de congruencia<sup>15</sup>.-

### **3. Casos de Protección Especial:**

Si bien en el punto desarrollado supra, hemos analizado someramente la discriminación originada en el estado de salud del dependiente o del aspirante a serlo, según las diversas etapas en que se pueda encontrar el

---

<sup>14</sup> C.N.A.T., Sala V, Sentencia de fecha 6-5-2005 en autos: "ROSSI, Rodolfo c/ Orígenes A.F.J.P. S.A.".-

<sup>15</sup> Cámara de Apelaciones de Rosario, Sala III, en autos: "Regí, Germán c/ Trasener S.A.", sentencia de fecha 28-10-2007.-

contrato de trabajo, existen cuatro hipótesis donde el legislador ha otorgado protección especial a los sujetos comprendidos en las normativas especiales que regulan afecciones puntuales o la situación de discapacidad certificada por organismos competentes.-

**a. Diabetes:**

La situación aparece contemplada a través de la ley 23.753, al disponer en su art. 2 que "la diabetes no será causal de impedimento para el ingreso laboral, tanto en el ámbito público como en el privado".-

Posteriormente a ello, por medio de la ley 25.788 se dispuso que el desconocimiento de este derecho será considerado acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592.-

Este agregado refuerza la tesitura de la aplicación de la ley antidiscriminatoria a la esfera de las relaciones laborales, por cuanto, si no se interpretara así, sería una incoherencia que solamente se aplicara a los grupos que padecen enfermedades sensibles y no así al resto de los trabajadores a los que pudiera haber sido negado su ingreso, postergados o cesados por los padecimientos físicos o psíquicos que padecen.

Para que no tipifique la conducta discriminatoria es necesario que se realice la Junta Médica prescripta por el art. 3 que determine que en el caso concreto la afección que padece el postulante o el dependiente, según la hipótesis que estamos analizando conforma un impedimento para la prestación de las tareas ofertadas o asignadas<sup>16</sup>.-

En un precedente donde se analizó un despido en período de prueba derivado del hecho del padecimiento de esta afección por parte de la trabajadora se admitió el reclamo de reparación civil, entendiendo que cualquiera fuera la hipótesis (no contratación o extinción en período de prueba por haber tomado conocimiento del padecimiento de la diabetes) ello implicaba una flagrante violación del postulado de la conservación del puesto de trabajo.- Es interesante señalar que en el mentado precedente se destacó que era irrelevante y no constituía elemento atenuante del obrar empresarial el que la trabajadora hubiera ocultado su condición de diabética en su requerimiento del puesto laboral, ya que se sostiene que "si se dictó una ley para proteger la admisión en los empleos de las personas con diabetes, es justamente porque han sufrido

---

<sup>16</sup> Dicha norma dispone: "El Ministerio de Salud y Acción Social dispondrá la constitución de juntas médicas especializadas para determinar las circunstancias de incapacidad específica que puedan presentarse para el ingreso laboral, así como para determinar incapacidades parciales o totales, transitorias o definitivas que encuadran al diabético en las leyes previsionales vigentes y en las que, con carácter especial, promueva el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo a la reglamentación".-

discriminación por esa causa”<sup>17</sup>.- Agregando, que en definitiva la no comunicación de su estado diabético era una forma de prevenir el daño, a más de preservar la privacidad del afectado.-

Del mismo modo, en dicha hipótesis la reincorporación no resultaba posible por la naturaleza del instituto en cuestión (período de prueba) pero el obrar ilícito patronal determinó el resarcimiento mandado a pagar<sup>18</sup>.-

## **b. Sida**

Esta patología, Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida o AIDS, conforme sus siglas en inglés, es considerada como el peor flagelo del siglo que pasó y por lo general provoca un fuerte rechazo hacia el afectado, en muchos casos simplemente por desconocimiento y temor al posible contagio por la mera presencia (que no existe) o por la fuerte influencia del entorno socio cultural, cuando se sospeche que la infección puede derivarse de consumo de drogas o de conductas sexuales diferentes (aunque existen diversas causas de contagio, a más de las enunciadas supra).-

Ello motiva la protección especial para esta patología y de esa manera la ley 23.798 declara de interés nacional la lucha contra la misma con un amplio espectro que va desde la detección, investigación de sus agentes causales, etc. hasta requerir un avance en la información de la población tendiente a evitar su propagación.-

El art. 2 de la ley especifica que los artículos de la misma y sus normas reglamentarias deberán ser interpretadas de modo tal que bajo ningún aspecto pueda: a) afectar la dignidad de la persona; b) producir cualquier efecto de marginación, estigmatización, degradación o humillación.-

Por su parte el decreto reglamentario 1294/91 prescribe que “para la aplicación de la ley y de la presente reglamentación deberán respetarse las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por ley 23.054 y de la ley Antidiscriminación Nro. 23.592”.-

De la misma manera se sostuvo que también resulta violatorio el art. 17 de la L.C.T., al expresarse que: “el incumplimiento por el empleador del deber de otorgar tareas al dependiente que padece serología positiva para el virus de la inmunodeficiencia humana y no está incapacitado para

---

<sup>17</sup> C.N.Civil, Sala H, Sentencia de fecha 4-9-2000, autos: “SENDOYA Josefina O. c/ Travel Club S.A.”

<sup>18</sup> Ver POSE, Carlos: “Protección del trabajador diabético frente a la discriminación empresarial” (D.T. 2001-A-783).-

desarrollar sus labores habituales, torna procedente la reparación del daño moral, en cuanto viola el principio de no discriminación...<sup>19</sup>.-

La Corte Suprema de Justicia de la Nación cuestionó de manera contundente la discriminación efectuada contra un subcomisario portador del virus HIV al disponerse de manera carente de justificación su pase a retiro al señalar: "toda restricción o limitación al derecho del trabajo en aquellos casos en que las consecuencias de la infección ... no afecten concretamente las aptitudes laborales -o no se hayan agotado las posibles asignaciones de tareas acordes a la capacidad- ni comprometen la salud de terceros, constituye una conducta discriminatoria que el orden jurídico debe hacer cesar por medios idóneos"<sup>20</sup>.-

Con idéntico criterio argumental se sostuvo: "No resulta razonable, el sugestivo despido del actor, después de haberse mantenido con licencia durante largos meses y que al encontrarse en condiciones de ser reincorporado, se prescindiera de sus servicios. Coincidió... en que el despido se motivó al comprobarse que el actor es portador asintomático del virus de la inmunodeficiencia humana, lo que constituye un acto discriminatorio concretado a raíz de una condición relacionada con su estado físico, carente de fundamento y por consiguiente arbitrario, menoscabante de su derecho de trabajar, que ha merecido el repudio de nuestra legislación vigente (conf. leyes 23.592, 23.798, su decreto reglamentario 1244/91, y arts. 43 y 75 incs. 19 y 22 de la Constitución Nacional) y que le ha ocasionado un daño moral resarcible"<sup>21</sup>.-

Otro punto de relevancia en este aspecto, es que salvo que se involucren actividades que puedan estar vinculadas con prestaciones a la salud o que de alguna manera entre en juego la protección de la salud pública, no resulta posible exigir la realización de este tipo de exámenes y que se prohíbe, en concreto, en función de la normativa aplicable, la realización de los mismos sin el **conocimiento del sujeto**<sup>22</sup>, a fin de preservar su derecho a la intimidad y a no ser revelado un dato sensible que puede desencadenar una conducta discriminatoria, tal cual se refiere en el antecedente jurisprudencial vinculado con Diabetes, rememorado supra.-

### c. **Epilepsia:**

La normativa que regula el caso es la ley 25.404 de redacción muy similar a la vinculada con la protección para la persona que padece de diabetes, ya que al igual que en aquella otra normativa dispone que la epilepsia no será considerada impedimento para la prestación de tareas laborales, incluyendo en ello postulación, ingreso y desempeño laboral

---

<sup>19</sup> C.A.C.C. 1 – Mar del Plata, Sala II, Autos: "J.J. c/ M.H. S.A." sentencia de fecha 10-8-2000.-

<sup>20</sup> C.S.J.N. autos: "B.R.E. c/ Policía Federal Argentina", sentencia de fecha 17-12-1996.-

<sup>21</sup> C.N.Civ, Sala A, Autos: B.W.R. c/ Establecimiento Agropecuario El Aguara S.A. CEMA s/ Daños" – Sentencia de fecha 6-11-1998.-

<sup>22</sup> Art. 6 del Anexo I del Decreto 1244/91.-

del epiléptico, con la sola excepción de las limitaciones y recomendaciones que surjan del certificado médico prescripto en dicha normativa, a requerimiento del afectado (art. 7).-

El art. 8 especifica que: "En toda controversia judicial o extrajudicial en la cual el carácter de epiléptico fuere invocado para negar, modificar y extinguir derechos subjetivos de cualquier naturaleza, será imprescindible el dictamen de los profesionales afectados al programa a que se refiere el artículo 9º de la presente, **el que no podrá ser suplido por otras medidas probatorias**".

El art. 5 por su parte remarca que el desconocimiento de los derechos laborales por parte de empleadores será considerado acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592, lo que despeja cualquier tipo de duda en cuanto a los alcances del acto cuestionado.-

#### **d. Ley General de Protección a los Discapacitados – Ley 22.431**

El concepto de discapacitado está definido por la misma norma al establecer: "**Art. 2º** A los efectos de esta ley, se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral".

Por su parte en materia laboral se señala: "**Art. 10.** Las personas discapacitadas que se desempeñen en los entes indicados en el art. 8º, gozarán de los mismos derechos y estarán sujetas a las mismas obligaciones que la legislación laboral aplicable prevé para el trabajador normal".-

Los entes referenciados comprende al Estado Nacional, a sus empresas descentralizadas, autárquicas y también a las empresas beneficiarias de concesiones de servicios públicos<sup>23</sup>, las que como medida de acción afirmativa a favor de los discapacitados tienen un cupo del 4% para mantener en su dotación.-

En un fallo de claridad meridiana sobre el tema se expresa: "Si bien en el art. 10 de la ley 22.431 se establecen iguales derechos –y no mejores derechos- entre los trabajadores discapacitados y los demás del plantel, hay una protección adicional a favor de los primeros, que resulta de la obligación de ocuparlos en la proporción legalmente establecida sobre la totalidad del personal dependiente. Tal protección atenúa, en el caso, la falta de estabilidad laboral que consagra el derecho vigente y que, en principio, permite al patrón despedir a su dependiente aún sin justa causa pagándole las indemnizaciones de ley... De allí que la atenuación

---

<sup>23</sup> De igual modo las legislaciones provinciales y municipales contemplan de manera muy similar normas de protección para los discapacitados y de favorecimiento para su ingreso al puesto laboral.-

de la potestad del empleador de despedir al trabajador discapacitado... dentro del límite cuantitativo impuesto por la ley 22.431, conduce a la admisión, **tan solo de un despido con justa causa....** En las condiciones del caso concreto, un despido injustificado no resulta admisible, y por lo tanto el empleador sigue obligado a ocuparlo... Hasta tanto en la empleadora no quede cubierto el porcentaje del 4% de personas discapacitadas en el plantel, **el método adecuado de protección requiere un plus de intervención**, conservando el puesto del discapacitado, su carácter de empleo protegido<sup>24</sup>.-

#### **4. Un caso para meditar: La discriminación a futuro. El proyecto Genoma Humano:**

El avance del desarrollo científico que ha permitido descifrar el genoma humano, plantea no pocas inquietudes en el ámbito de las relaciones laborales, por cuanto mínimamente entrarán en conflicto dos situaciones: a) el derecho del trabajador a preservar su intimidad, incluyendo en esta definición a los datos vinculados con potenciales enfermedades genéticas y b) el derecho empresarial a obtener rangos de probabilidad de la adaptabilidad del trabajador al puesto laboral que se está por asignar.-

Este tema que todavía en nuestro país parece un ensayo futurista, sin embargo, en la Comunidad Europea y en Estados Unidos ha generado un incipiente desarrollo vinculado con las posibilidades ciertas de conocer las tendencias posibles a contraer enfermedades, basado en elementos de predicción genética y lógicamente ello conlleva la posibilidad de que se planteen situaciones de neto corte discriminatorio, tanto en lo que hace a la admisión al empleo como a la promoción a puestos de mayor jerarquía o responsabilidad.-

En este sentido señala Carlos de Solá (en su momento responsable de la Sección de Bioética del Consejo de Europa)<sup>25</sup> que las razones por las que un empresario puede tener interés en conocer el previsible estado de salud futura del candidato a un empleo o a nuevas responsabilidades dentro de la empresa son diversas y así enumera:

- a) asegurarse que la persona a emplear goza de una salud suficientemente buena como para desempeñar las funciones que se le asignen.-
- b) poder prever o evitar el ausentismo laboral, por las consecuencias negativas en el costo de producción.-

---

<sup>24</sup> C.Fed. de la Plata, Sala II, Autos: “Caraballo Luis E. C/ Y.P.F.” – Sentencia de fecha 18-11-1999.-

<sup>25</sup> DE SOLA, Carlos: “Privacidad y Datos Genéticos – Situaciones de Conflicto”, Revista de Derecho y Genoma Humano, Nro. 2, Enero-Junio de 1.995, p. 157 y siguientes, Universidad de Deusto, Bilbao.-

- c) evitar el invertir en la formación de personas que a causa de una enfermedad ulterior no podrían dar utilidad a dicha formación, en general extensa y costosa.-
- d) evitar el aumento de las cotizaciones para seguros de enfermedades laborales, invalidez y defunción, en aquellos supuestos donde la cotización a abonar por el empleador difiera, en más o en menos, en función de los siniestros.-
- e) evitar que el empleado se vea sometido a determinadas condiciones laborales que, unidas a su predisposición genética pudieran contribuir a la aparición o agravamiento de ciertas enfermedades.-
- f) disminuir el riesgo de responsabilidad empresarial por daños causados a terceros a consecuencias de accidentes que el mal estado de salud del trabajador pudiera ocasionar.-

En este esquema, el trabajador aparece como el convidado de piedra y es allí donde se produce la tensión que mencionamos al comienzo de este análisis, es decir, hasta qué punto es factible de ser exigido por el empleador un examen de tal naturaleza y por el otro lado, cuáles son las consecuencias de la negativa del trabajador a admitir estudios de dicho calibre, que como ya vimos en el tratamiento del punto anterior, pueden significar la determinación de la propensión a contraer o padecer ciertas enfermedades consideradas sensibles legislativamente y que merecen protección especial.-

Sala Franco<sup>26</sup> sobre el particular si bien enfatiza que todo dependerá del avance de la investigación, expresa que el análisis del genoma puede proporcionar información relevante respecto de tres aspectos:

- a) tendencias a desarrollar enfermedades medioambientales, es decir vinculadas con el entorno, o simplemente, tendencias genéticas a desarrollar con una mayor o menor seguridad determinadas enfermedades.
- b) como indicativo de esterilidad en mujeres.
- c) en cuanto a la existencia de indicadores genéticos asociados en mayor o menor medida con aptitudes o ineptitudes para determinados tipos de trabajo.-

El distinguido catedrático español advierte que el problema principal radica en el posible uso de dicha información por parte del empresario, ya que en teoría existen diversos interesados potenciales en el conocimiento de la información genómica: el propio trabajador, otros trabajadores y terceras personas con las cuales aquel interactúa, la empresa y el Estado.-

---

<sup>26</sup> SALA FRANCO Tomás: "El Proyecto del Genoma y las Relaciones Laborales" - Revista de Derecho y Genoma Humano, Nro. 2, Enero-Junio de 1.995, p. 147 y siguientes, Universidad de Deusto, Bilbao.-



El primer aspecto de relevancia que marca es que el interés de la empresa esencialmente es para "justificar determinadas discriminaciones en la selección de trabajadores o en la movilidad posterior de los mismos para aumentar la productividad o reducir los costos sociales"<sup>27</sup>.-

Por otra parte, la habilitación de tal tipo de exámenes marcará un punto de inflexión entre quienes admitan su realización y quienes se nieguen a someterse al mismo, pues en tal variante, el empresario invocando su derecho a seleccionar el personal desplazará a quien no haya admitido tal estudio, lo que implica una clara presión indirecta por el posible rechazo al puesto requerido.-

Al respecto, Sala Franco se pronuncia por el dictado de una norma (de fuente heterónoma, convencional o derivada del contrato individual) que fije los límites a la información que puede ser requerida y a la utilización de la misma, remarcando en última instancia que "en una sociedad democrática, como principio general, el poder de la empresa debe necesariamente estar limitado y respetar por lo tanto, los derechos humanos fundamentales y entre ellos el derecho a la intimidad y a no ser discriminado por hechos íntimos conocidos"<sup>28</sup>.-

Compartimos tal razonamiento y como hemos señalado en el punto anterior al tratar lo atinente al desarrollo jurisprudencial vinculado con la realización de exámenes no autorizados por el afectado de Sida, el desplazamiento de quien se niegue a la realización de análisis que estamos tratando, demostrará un fuerte indicio de una actitud discriminatoria patronal, máxime cuando de lo que se está hablando es de una mayor o menor probabilidad o una determinada tendencia a contraer o padecer determinada afección.-

## **5. Herramientas del Discriminado a la hora de reclamar por sus derechos**

### **a. En la instancia administrativa:**

En ese sentido el afectado por cualquier acto que pudiera ser calificado como discriminatorio en razón de aspectos vinculados con la problemática de la salud (al igual que con relación a cualquier otra conducta discriminatoria) podrá presentar su reclamación ante el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo, creado por ley 24.515, con funciones de investigación para el cabal cumplimiento de la ley 23.592.-

---

<sup>27</sup> SALA FRANCO, Tomás: op. cit., pág. 148.-

<sup>28</sup> SALA FRANCO, Tomás: op. cit., pág. 150.-

Dicho organismo verificará la razonabilidad de la denuncia, si la admite correrá el traslado a la parte denunciada para que efectúe su descargo y podrá recibir informes técnicos, pericias y testimoniales, a fin de poder elaborar un **dictamen fundado** sobre la existencia o inexistencia del acto denunciado.-

En cuanto al valor del mismo, si bien no causa estado ni crea o modifica derechos y el valor de la prueba recolectada sólo es eficaz dentro de la instancia administrativa, a la luz de los precedentes en las causas "Parra Vera", "Arecco" y "Balaguer" dicho expediente conforma un indicio razonable para activar el desplazamiento del onus probandi, ubicándolo en cabeza de la patronal, que tendrá que justificar que su decisión de no incorporación, desplazamiento o extinción de vínculo tuvo como causa eficiente una diferente, objetivamente comprobable, de la denunciada como discriminatoria.-

Por último referido a este aspecto, debe tenerse presente lo resuelto por el máximo tribunal de la Nación al sostener: "...el punto central de la decisión impugnada se apoyó en que, aun cuando se hubiere considerado probable la existencia de un trato discriminatorio, cabría descartar sus efectos dañosos sobre la persona del trabajador porque éste habría soportado ese maltrato sin manifestar queja alguna hasta que fue despedido (v. fs. 312). **Sin embargo, se omitió en el pronunciamiento el trámite llevado a cabo ante el INADI mientras estaba vigente la relación laboral**, sin siquiera hacerse cargo de que el juez de grado lo tuvo expresamente en cuenta al hacer lugar al reclamo del actor (v. fs. 269, párrafo segundo)", Sobre la base de esos argumentos se descalificó la sentencia de Cámara y se ordenó se dicte un nuevo pronunciamiento<sup>29</sup>.-

## **b. En la instancia jurisdiccional**

### **1. Vías Procesales:**

Conforme lo sostenido por el pronunciamiento del Dr. Arias Gisbert, que se comparte, en la causa "Balaguer", si el afectado por el acto discriminatorio decide recurrir a la instancia jurisdiccional tendrá como primera alternativa el instar el amparo genérico prescripto por el art. 43 de la Constitución Nacional reformada, ya que expresamente está allí habilitado incluso cuando fuere necesaria la declaración de inconstitucionalidad (por ej. del art. 212, 3er párrafo o del art. 213 de la L.C.T.) si se sostiene que dichas normas permiten o autorizan al empleador a poder despedir a trabajadores enfermos o accidentados mediante el simple pago de la tarifa legal, cuando se advierta de manera objetiva que la conducta patronal reviste carácter discriminatorio.-

---

<sup>29</sup> C.S.J.N. Autos: "Recurso de hecho deducido por Alfredo Mateo Palmer en la causa Palmer, Alfredo Mateo c/ Kraft Suchard Argentina S.A." – Sentencia de fecha 3 de mayo de 2.007.-

De igual manera, el trabajador podrá decidir, por estrategia probatoria o por el tipo de reclamo que incoe, el planteamiento de una demanda laboral ordinaria de conocimiento, con o sin petición de la medida cautelar (ya sea de no innovar o innovativa, según el estado en que se encuentre la situación fáctica)

## **2. Reclamaciones:**

Hemos sostenido de manera reiterada que el encuadramiento del caso en análisis dentro de la conducta discriminatoria vedada por las normas internacionales y por la ley 23.592 produce una opción a favor de la víctima la que podrá reclamar el cese del acto discriminatorio, o bien el resarcimiento de los daños materiales y morales padecidos o ambas posibilidades.-

Dentro de esa línea entendemos que el afectado por la discriminación por causa de sus afecciones o incapacidades físicas o psíquicas podrá reclamar:

**1. El daño material:** Dentro de este concepto englobamos la indemnización por daños y perjuicios, teniendo como tarifa mínima la prevista en la Ley de Contrato de Trabajo por el despido incausado, o por la situación prevista en el art. 24 de la L.C.T., para aquellos casos de discriminación precontractual, los gastos incurridos por la ausencia de obra social de cobertura médica derivada de la privación del empleo, la pérdida de chance por el deterioro físico producido por la actitud discriminatoria, el daño psicológico derivado de haber padecido un acto discriminatorio y cuando otro daño se pueda fehacientemente demostrar.- Reiteramos que en este punto, la norma antidiscriminatoria desplaza a la tarifa legal, que únicamente queda como marco de referencia, dentro de lo que es la reparación contractual, pero sin cubrir todo el daño derivado del hecho ilícito que configura la conducta discriminatoria.-

**2. El daño moral:** La preservación de la dignidad humana constituye un valor central en cualquier país que se jacte de estar inserto en un Estado de Derecho en el concierto de las naciones civilizadas y su afectación merece la condigna respuesta jurisdiccional. Es sabido que la cuantificación del daño moral está derivada al prudente arbitrio del Magistrado, pero entendemos que en tales hipótesis la respuesta debe ser ejemplar, para que sirva de modelo a imitar y opere como una valla de contención ante la tentación de otros empleadores de realizar acciones similares.-

Al respecto el suscripto ha sostenido lo siguiente: "El resarcimiento por daño moral no puede tener entidad tal que implique la pérdida del emprendimiento productivo por parte del empleador pero tampoco puede ser de tan escasa significancia como para que no actúe como elemento disuasivo para ocasiones futuras.- En ese

sentido jurisprudencia a la que adhiero ha expresado: "si con motivo o en ocasión de la extinción del contrato de trabajo el principal comete un acto ilícito no representativo de una mera inejecución de las obligaciones derivadas de la relación laboral, configurándose los presupuestos de hecho a los que la ley imputa obligación de indemnizar (arts. 1109, 1067 y 1078 del C.C.), incurre en responsabilidad civil extracontractual en cuyo caso procede la reparación del daño moral ocasionado al dependiente. SCBA, L 38929 S 2-2-1988, Autos: "Blanco, Emilia c/ Malacalza, Héctor y otros/ Diferencia de sueldo" Ay S 1988-I, 38 SCBA, L 52020 S 3-8-1993" (Autos: "**DIAZ HECTOR J. C/ CLAUDIO LUIS MINA Y OTRA - DDA**" – **Sentencia de fecha 15 de octubre de 2.004**).-

### **3. La posibilidad de lograr la incorporación o reincorporación al puesto laboral:**

Hemos sustentado nuestra postura jurídica en que el acto discriminatorio resulta ser un acto nulo que carece de eficacia jurídica y que el ordenamiento positivo prescribe la posibilidad de volver las cosas al estado anterior al acto discriminatorio. Si esto es así, declarada la nulidad de dicho acto, y siempre enrolándonos en la posición de que por la norma se genera una opción a favor de la víctima (lo que resulta central porque de ese modo permite desplazar la tarifa tasada que es una **prerrogativa del victimario**), entonces el afectado de manera discriminatoria por problemas de afecciones en su salud podrá lograr la incorporación a la planta de personal que le fuera negada, la promoción que le fuera postergada o la reincorporación si se hubiera producido el acto extintorio.- Lógicamente que conjuntamente con ello se adosará la reclamación de los daños y perjuicios padecidos conforme lo desarrollado supra, cuya cuantía como mínimo si se dispone reincorporación, incorporación o promoción determinará el pago de los salarios dejados de percibir o de la diferencia salarial en el caso de ascensos injustamente postergados por causas de salud.-

### **6. Conclusiones**

- a) La conducta discriminatoria es una práctica abusiva que no puede ser tolerada no sólo porque así lo imponen las normas internacionales a las cuales nuestro país ha adherido, sino porque tal actitud afecta y afrenta a la dignidad humana de la víctima.-
- b) Si ello es así ante cualquier situación de discriminación, mucho mayor será el impacto de tal actitud disvaliosa cuando se enfrente con alguien que es "desechado" laboralmente por portar algún tipo de afección física o psíquica, sin que se haya probado objetivamente que

genere algún tipo de afectación en el desempeño del puesto laboral (tanto presente como futuro).-

- c) Las variantes de la discriminación por causa de afecciones en la salud puede operar en la etapa precontractual, por vía de postergación de ascensos en la etapa de ejecución del contrato laboral, o en los diversos modos de extinción con causalidad adecuada con la manifestación o conocimiento de la afección.-
- d) Ante tal hipótesis, corresponderá a la víctima afectada demostrar el umbral mínimo probatorio de conexidad, para generar con ello la inversión de la carga probatoria, debiendo en tal caso, el denunciado como discriminador acreditar la existencia de razones objetivas (que pueden ser funcionales, económicas, de perfil, etc.) que desactiven dicha presunción.-
- e) Postulamos que es de aplicación al caso la ley 23.592, desplazando de esa manera las hipótesis tasadas que plantea la legislación común (ley de contrato de trabajo) y que en tales casos cede la facultad empresarial de despedir libremente, por cuanto en dicha hipótesis esa libertad se transforma en arbitrariedad e irrazonabilidad.-
- f) Expresamos que dicha facultad no puede estar reñida con elementales preceptos que rigen la conducta humana. porque en definitiva la misma, como se ha sostenido en diversas ocasiones, no significa habilitar por parte del empleador un bill de indemnidad, que le permita dañar impunemente, sino que su conducta debe estar encuadrada dentro del principio de razonabilidad.-
- g) Dicho principio, como sostiene Quiroga Lavié y compartimos significa que "la comunidad para existir precisa que los individuos que la integran coincidan en la determinación de valores fundamentales de existencia, entre los cuales está el plexo de valores jurídicos, orden y seguridad, paz y poder, solidaridad y cooperación, todos en función del valor central: la justicia"<sup>30</sup>.-

---

<sup>30</sup> QUIROGA LAVIE, Humberto: "Derecho Constitucional", 3ra. edición, De Palma, Buenos Aires, p. 450.-