



FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Trabajo de Integración Final de Abogacía.

**“Evolución jurisprudencial del
despido por cuestiones de salud”**

Castillo María Isabel. LU: 1.026.258

Carrera: Abogacía.

Fecha de presentación: 15-sep-2014.

Seminario de práctica corporativa. Turno noche.

Índice.

Abstract.

Introducción 1

Desarrollo.

Contrato de trabajo. Relación de dependencia 3

Elementos 3

Caracteres 4

Aptitud laboral y discriminación por enfermedad 5

 El “derecho al trabajo” y el “derecho a la salud” 5

Igualdad 7

 Hacia una definición de igualdad de trato en el derecho del trabajo ... 7

Discriminación 9

 Un motivo (prohibido) determinante de la diferencia de trato 9

 Embates legislativos aislados para combatir la discriminación

 por enfermedad 10

**DESPIDO DISCRIMINATORIO POR CUESTIONES DE SALUD.
Autora: Castillo María Isabel.**

La ley 23.592 y el despido discriminatorio	14
La ley 23.592. Antecedentes	14
El despido discriminatorio en la jurisprudencia de la Corte Suprema ..	15
El caso “Álvarez, Maximiliano y otros v. Cencosud S.A s/ Acción de Amparo	15
Resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	16
Las acciones comprendidas en el artículo 1 de la ley 23.592	17
Actos discriminatorios	19
La prueba	20
La carga de la prueba	20
La prueba en el despido discriminatorio	21
La inversión de la carga probatoria	22
Jurisprudencia	23
Conclusión.....	27

Bibliografía.

INTRODUCCIÓN.

Cuando me dispuse a realizar mi trabajo de investigación final, quería elegir un tema común, un tema en donde la mayoría que lo leyera, sin necesidad de ser abogado, lo entienda: y que mejor tema que la discriminación. ¿Quién no ha escuchado o visto en la televisión, en la radio o en cualquier medio de comunicación el tema de la discriminación?

Es un tema que desde que tengo uso de razón lo escucho.

Los motivos de discriminación han aumentado considerablemente a lo largo de los años. la sociedad crece día a día y con ella los gustos, preferencias, y elecciones. Pero debido a que resultaría imposible abarcar todas las causales de discriminación y para ser más precisa delimité mi tema basándome en el despido discriminatorio por cuestiones de salud.

Elegí el tema por 3 razones puntuales.

1. La rama del derecho laboral es la que más me ha gustado en lo que voy de carreta.
2. Como dije anteriormente, quería un tema que todos lo conocieran, sin necesidad de aclarar mucho, por que cuando hablamos de discriminación, (cualquiera sea su causa) sabemos de lo que estamos hablando.
3. Y la última de las razones es que soy enfermera desde hace ya 8 años. Trabajo en la Guardia de Emergencias del Hospital de Agudos Dr. Ignacio Pirovano en donde atiendo a un promedio de 30 personas diarias con diferentes patologías, y veo lo difícil que es para ellas el llevar en adelante un tratamiento para su enfermedad, pero antes de esto, aceptarla. Teniendo esto en cuenta, el padecer que tienen tanto ellos como su familia es inmenso, y me parece sumamente hostil sumarle un despido injustificado que afecta su fuente de ingreso, pero aun mas importante, su psiquis y su moral.

El objetivo de investigación del trabajo es demostrar si existe una evolución jurisprudencial respecto de la tutela del trabajador despedido en razón de cuestiones relacionadas a su estado de salud.

La metodología a utilizar será a través de la metodología lógico dogmático, en donde se analizará la legislación, doctrina y evolución jurisprudencial.

Para ello realicé la lectura de doctrinarios como son la Dra. Pisacco Marina, los Dres. Grisolia Julio Armando, Tosto Gabriel, Samuel Osvaldo Mario, Fanjul, José Aurelio, entre otros doctrinarios que tratan el tema, así como también las leyes aplicables.

**DESPIDO DISCRIMINATORIO POR CUESTIONES DE SALUD.
Autora: Castillo María Isabel.**

En el inicio del trabajo se desarrollarán conceptos generales, pero necesarios para poder abordar, ya mas adelante lo que es el tema principal. Se analizaron diferentes fallos teniendo en cuenta los fundamentos que utilizaron los jueces, así como también las diferentes leyes que amparan al trabajador enfermo.

La hipótesis elegida, y que al final del trabajo, en mi conclusión podré establecer si es cierta o no, es que no ha habido evolución jurisprudencial respecto del despido a causa en cuestiones de salud. Creí importante hacer esta hipótesis porque considero que los jueces al fallar no han cambiado su modo de hacerlo, puesto que la normativa vigente desde hace ya 26 años es la misma, lo que no significa que sea ineficaz.

DESARROLLO.

Contrato de trabajo. Relación de dependencia.

Contrato de trabajo.

Comenzaremos la investigación, definiendo conceptos básicos que luego nos permitirán entrar al tema principal. Para ello se definirá el contrato de trabajo.

El art. 1137, CCiv, establece que “hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.”

El art 21, LCT dispone que:

“Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios a favor de la otra y bajo dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres.”

Elementos.

De la definición transcrita cabe destacar los siguientes elementos:

- 1) Existe un acuerdo de voluntades para que cada parte cumpla con sus obligaciones: cuando utiliza la expresión “se obligue” se refiere a que el contrato se perfecciona cuando las partes prestan su consentimiento.
- 2) Se trata de un servicio personal, lo cual define al trabajo como un “hacer infungible”: hace referencia a “una persona física”, descartando la posibilidad de que una persona de existencia ideal o jurídica preste el servicio.
- 3) No tiene relevancia la denominación asignada por las partes ni las formas, lo que se evidencia al consignar “cualquiera sea su forma o denominación”: el contrato es el acuerdo en sí mismo, sin formalidades; adquiere trascendencia el principio de primacía de la realidad y la presunción establecida en el art 23, LCT.

**DESPIDO DISCRIMINATORIO POR CUESTIONES DE SALUD.
Autora: Castillo María Isabel.**

- 4) No tiene importancia el plazo, existe contrato habiéndose celebrado por un plazo cierto o incierto, lo que queda evidenciado al consignar “durante un período determinado o indeterminado de tiempo.
- 5) El trabajador se obliga a poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo, que se plasma en “realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios”, lo que constituye un elemento esencial del contrato.
- 6) El empleador asume el compromiso del pago de una retribución –remuneración- por el trabajo recibido.
- 7) El trabajo se pone a disposición de la empresa de otro, y el empresario lo organiza, lo aprovecha y asume los riesgos del negocio.¹

Caracteres.

Los principales caracteres del contrato de trabajo son los siguientes:

1. Consensual: se perfecciona por el mero consentimiento entre las partes.
2. Personal: es personalísimo respecto del trabajador y se sustenta en las características personales del contratado.
3. Carácter dependiente del trabajo: existe una subordinación técnica, jurídica y económica entre el trabajador y el empleador. Comprende la facultad de dar órdenes, con el consecuente deber del trabajador de acatarlas, de este modo queda sometido a una organización del trabajo ajena, renunciando a su independencia.
4. De tracto sucesivo: se desarrolla por medio de prestaciones repetidas en el tiempo, es un contrato de ejecución continuada y no instantánea, aun en las modalidades de plazo determinado, en su ejecución opera una cooperación entre las partes para alcanzar el fin perseguido.
5. No formal: hay libertad de formas ya que –salvo algunas modalidades- no se exigen formas determinadas para su celebración.
6. Oneroso: tiene contenido patrimonial, el art 115, LCT establece que el contrato no se presume gratuito y el art 76 LCT dispone que el pago de la remuneración es una obligación esencial del empleador.

¹ GRISOLÍA, Julio Armando. *Manual de Derecho Laboral*. 5ta Ed. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 2009. Pág. 73.

DESPIDO DISCRIMINATORIO POR CUESTIONES DE SALUD.

Autora: Castillo María Isabel.

7. Bilateral y sinalagmático: hay reciprocidad en las posiciones jurídicas, los derechos y obligaciones del trabajador se corresponden con los del empleador y viceversa.
8. Conmutativo: hay equivalencia en las prestaciones, las ventajas para ambas partes no depende de un acontecimiento incierto.
9. Típico: tiene una regulación propia contemplada en la LCT que admite modalidades especiales relativas al tiempo o a la forma de la prestación de los servicios y que lo distinguen claramente de otros contratos. ²

Nuestro próximo paso será el ingreso del empleado a la empresa. ¿Qué pasos tiene que seguir el empleado? ¿Cuáles son los fines de los estudios pre ocupacionales? ¿Existe el test de aptitud laboral? Tratemos de buscarle una respuesta a estos interrogantes.

Aptitud laboral y discriminación por enfermedad.

El “derecho al trabajo” y el “derecho a la salud”.

“Cabe entender la eficacia de la garantía del “derecho al trabajo” en una de sus facetas mediante la realización de un test de aptitud laboral compatible con las tareas a desempeñar, - evitando toda posibilidad discriminatoria por razones de enfermedad- adecue el puesto de trabajo ofrecido a la categoría profesional y capacidad laboral del trabajador. Los exámenes médicos en salud, sustancialmente los pre ocupacionales y periódicos, constituyen una herramienta indispensable en la materia, y deben respetar la independencia del médico del trabajo, el secreto profesional y la intimidad del trabajador.”³

“Ello permitirá al médico del trabajo, en la etapa laboral de la persona, una evaluación integral de la salud, a nivel salud pública, a la vez que facilitar el acceso al puesto de trabajo requerido por el postulante, compatible con sus condiciones de salud (capacidad laboral). La vigilancia de la salud será, con posterioridad, otro instrumento indispensable (en lo sustancial, exámenes periódicos y control de riesgos laborales).”⁴

² Ibid. Pág. 74.

³ FANJUL, José Aurelio. *Discriminación por enfermedad en el derecho laboral*. 1º Ed. Buenos Aires. Ed. Astrea, 2013. Pág. 97.

⁴ Ibid. Pág. 98.

**DESPIDO DISCRIMINATORIO POR CUESTIONES DE SALUD.
Autora: Castillo María Isabel.**

En la legislación nacional, el artículo 1.071 bis del Código Civil (incorporado por ley 21.173) y con apoyo en el artículo 43 de la Constitución Nacional y la ley de hábeas data o de protección de datos personales 25.326.⁵

La Constitución Nacional consagra en sus artículos 14 y 14 bis el derecho que tienen todos los habitantes a trabajar, de asegurarles a los trabajadores condiciones dignas y equitativas de trabajo, igual remuneración por igual tarea, protección contra el despido arbitrario, y estabilidad del empleado público, entre otras. Pero nos interesan éstas en particular para poder abordar los posteriores temas.

⁵ *Ibíd.* Pág. 98.

Para seguir avanzando, nuestros próximos temas a desarrollar serán Igualdad y discriminación.

Igualdad.

“Atento a lo dificultoso de su acceso, si se pretende comprender el significado real de la igualdad de trato debemos reconocer desde el principio del análisis que, en primer lugar, “la exigencia de igualdad debe ser comprendida, en un sentido relativo” y que alcanza un contenido quimérico. La igualdad se aplica a todos los miembros de una clase determinados por ciertos criterios relevantes”⁶

En otras palabras, la igualdad es entre iguales. Igualdad en igualdad de condiciones.

Pues igualdad, en significado jurídico que se le adscribe al vocablo, no es equivalencia matemática o simétrica geométrica; no es igualitarismo. Hay diferencias justas que deben tenerse en cuenta, para no incurrir en el trato igual a los desiguales.⁷

Hacia una definición de igualdad de trato en el derecho del trabajo.

“Los hombres, cuando trabajan por cuenta ajena, se vinculan jurídicamente mediante un contrato. Es relación jurídica genera derechos y obligaciones, que se regulan en el marco del régimen laboral respectivo, evitándose las discriminaciones y estableciéndose pautas de buena fe y solidaridad en la interpretación, ejercicio y extinción del referido contrato. La ley pretende que exista igualdad y establece directivas para ello (arts. 17 y 81 LCT), pero no siempre estas directivas son aplicadas correctamente. La igualdad importa un grado suficiente de razonabilidad y de justicia en el trato que depara a los hombres. La igualdad de trato en el ámbito laboral traería aparejada la colaboración equitativa en las asistencias necesarias para las prestaciones de tareas, solidaridad en las diferencias y buena fe en la apreciación de la colaboración y la solidaridad. Es decir, un equilibrio solidario entre deberes y obligaciones del contrato específico que une a las partes.”⁸

⁶ SAMUEL, Osvaldo Mario. *Discriminación laboral*. 1° Ed. Buenos Aires. Editorial Astrea, 2012. Pág. 6.

⁷ *Ibíd.* Pág. 12.

⁸ *Ibíd.* Pág. 18.

**DESPIDO DISCRIMINATORIO POR CUESTIONES DE SALUD.
Autora: Castillo María Isabel.**

Se acepta que la igualdad es un principio del ordenamiento general del derecho, como, entre otros, la justicia, la razonabilidad, la equidad, la primacía de la realidad y la buena fe, adaptado al derecho del trabajo. El lenguaje de la igualdad es frecuente en el discurso jurídico laboral.⁹

En los últimos tiempos, la legislación, la doctrina y la jurisprudencia laboral se han detenido en el concepto opuesto a la igualdad: la discriminación. Igualdad y discriminación pueden ser vistos como conceptos de contenido opuesto, en la medida en que se acepte que toda discriminación importa considerar desigualdades y toda igualdad implica omitir discriminaciones.¹⁰

⁹ TOSTO, Gabriel. "El Principio de Igualdad en las relaciones laborales. La estructura del acto discriminatorio." *Revista de Derecho del Trabajo*, 2001. Ed. La Ley. Pág. 1665.

¹⁰ *Ibíd.* Pág. 1666.

Ya acercándonos más al tema, podremos hablar de discriminación. Pero de qué hablamos cuando hablamos de discriminación. ¿El mero hecho de diferenciar es discriminar?

Discriminación.

Podemos, en un principio decir que discriminar, significa separar, hacer una diferenciación en una y otra cosa.

Pero, ¿Qué significa en el mundo jurídico laboral discriminar?

“La doctrina laboral distingue las nociones de discriminación, igualdad de trato y su contracara, la desigualdad de trato. La discriminación se sitúa siempre en el plano de la antijuricidad, en tanto que el trato desigual puede ser causado o incausado e ilícito, no siendo el trato desigual ilícito identificable sin más con el trato discriminatorio en caso de no hallarse en su causación alguno de los criterios de diferenciación expresamente prohibidos en el ordenamiento jurídico. Otra diferencia que se marca tiene que ver con los distintos parámetros para configurar la conducta indebida en uno u otro caso. Se señala así que mientras el trato desigual requiere una comparación con un marco de referencia respecto del cual se genera esa diferenciación, en la discriminación se trata de constatar que la motivación de un acto es una de las causales prohibidas por el marco jurídico, sin necesidad de un cotejo relacional con otros.”¹¹

Un motivo (prohibido) determinante de la diferencia de trato.

“Para que nos encontremos frente a un acto u omisión discriminatoria el trato diferente que se dirige hacia la persona debe, a su vez. Reconocer su causa en un motivo prohibido. El sujeto discriminado debe pertenecer a un grupo (categoría) susceptible de discriminación, es decir, debe existir, una situación grupal *objetiva discriminable*, una razón de discriminar. En efecto, las prácticas discriminatorias no

¹¹ MAZA, Miguel Ángel. *Régimen de Contrato de Trabajo Comentado*. 1° Ed. Buenos Aires. Ed. La Ley, 2012. Pág. 305-306.

**DESPIDO DISCRIMINATORIO POR CUESTIONES DE SALUD.
Autora: Castillo María Isabel.**

tienen por objeto una persona sino una categoría de personas a las que se les adjudica un atributo por el hecho de pertenecer a esa categoría.”¹²

Al tratarse este trabajo de investigación del despido por cuestiones de salud, citaré algunas patologías y sus respectivas normativas vigentes.

“Si bien por cuestiones de difusión literaria o por ideas erróneas transmitidas de generación en generación, la discriminación por la pertenencia a una raza suele ser la más común o tratada en los libros sobre el tema. Sin embargo, en obras más modernas podemos encontrar estudios sobre discriminación por padecimiento de enfermedades – el sida, mal de nuestros tiempos, es una de las causales más citadas, tal como en otros tiempos lo fue la lepra- discriminación por el sexo, por padecer impedimentos físicos, por pertenecer a comunidades indígenas, por la calidad de extranjero, por nombrar los más habituales.”¹³

Embates legislativos aislados para combatir la discriminación por enfermedad.

1. “Epilepsia (ley 25.404). Se trata de una de las dolencias compatibles con la mayoría de los trabajos ofrecidos en el mercado laboral. No es contagiosa ni minusvalidante, no obstante, se incurre frecuentemente en una injusta discriminación laboral por enfermedad.

El desempleo de las personas con epilepsia es desproporcionadamente alto, debido a la ignorancia sanitaria o insuficientemente asesoramiento médico de la parte contratante.

El cumplimiento del mandato del constituyente de 1994 al Congreso Nacional de “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato” (artículo 75, inc 23 de la Constitución Nacional) y con respecto a las personas que padecen epilepsia, en 2001 se dictó la ley 25.404.

La norma garantiza a toda persona que padece epilepsia el pleno ejercicio de sus derechos, proscribire todo acto que la discrimine y dispone especiales medidas de protección que requiere su condición de tal. (artículo 1°, ley 25.404).”¹⁴

¹² PISACCO, Marina. *EL Despido Discriminatorio y el Derecho a la Estabilidad*. 1° Ed. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot, 2013. Pág. 79.

¹³ BRUTO, Liliana N. “Algunas referencias sobre la ley 23.592.” *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*. 1988. Ed. Adhoc. Pág. 803.

¹⁴ FANJUL, José Aurelio. Op cit. Pág. 108.

**DESPIDO DISCRIMINATORIO POR CUESTIONES DE SALUD.
Autora: Castillo María Isabel.**

Conforme el artículo 2° de la ley 25.404, La epilepsia no será considerada impedimento para la postulación, el ingreso y desempeño laboral. El artículo 3 establece que “todo paciente epiléptico tiene derecho a acceder a la educación en sus distintos niveles sin limitación alguna que reconozca como origen su enfermedad .

2. “Diabetes (leyes 23.753 y 25.788). Se trata de una patología que afecta a no menos de ciento cuarenta millones de personas en el mundo.

La discriminación por causa de enfermedad o condiciones de salud del trabajador, en cualquiera de las etapas vinculadas al segmento laboral, constituye una virtual “patente de corso” de las conductas antidiscriminatorias. Como es sabido, la legislación laboral sustantiva discriminatoria de la ley de contrato de trabajo (artículo 17) no contempla taxativamente el supuesto de discriminación por enfermedad.

Dicha legislación y su decreto reglamentario 1271/98 establecen la protección del trabajador diabético de todo tipo de discriminación, imponiendo que “la diabetes no será causal de impedimento para el ingreso laboral, tanto en el ámbito público como en el privado (artículo 2°, ley 23.753). con posterioridad, mediante la ley 25.788, el legislador agregó como segundo párrafo que “el desconocimiento de este derecho será considerado acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592.

En el leading case “Sendoya”, referido precisamente a la patología diabética, se señaló que la situación es semejante a la de las personas que padecen sida, respecto de las cuales la ley 23.798 y su decreto reglamentario 1244/91 determinan que no pueden ser obligadas a someterse al test de detección de esta enfermedad.

En el caso, el juez Kiper invocó como norma protectora la ya mencionada ley de hábeas data 25.326 que se refiere a la protección de datos sensibles de la persona involucrada.

También la justicia federal tuvo oportunidad de expedirse en el mismo sentido tutelar, en el caso “MOSQUEIRA”. Allí se dijo que, por tratarse de un derecho humano fundamental, era viable la vía procesal del amparo y que, aunque no se tratase del ingreso a un “ámbito laboral” propiamente dicho (instituto de formación profesional de la Prefectura Naval Argentina), una interpretación teleológica de la norma era la de proteger al enfermo de diabetes de aquellos actos que lesionen sus derechos por el hecho mismo de la enfermedad.

**DESPIDO DISCRIMINATORIO POR CUESTIONES DE SALUD.
Autora: Castillo María Isabel.**

Se pretende evitar-dijo la Cámara- que por padecer la enfermedad el sujeto sea excluido de esferas donde puede desarrollar sus capacidades.”¹⁵

3. “Sida (ley 23.798 y decreto reglamentario 1244/91). Esta norma de 1990, que declaró de interés nacional la lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, al señalar pautas de hermenéutica, vedó en su artículo 2° las siguientes posibilidades:
 - a) Afectar la dignidad de la persona.
 - b) Producir cualquier efecto de marginación, estigmatización, degradación o humillación.
 - c) Incursionar en el ámbito de privacidad de cualquier habitante de la Nación argentina.”¹⁶

Con posterioridad la ley 24.445, de 1995, incluyó la cobertura de dicha patología entre las prestaciones obligatorias que deberán incorporar aquellas obras sociales beneficiarias del fondo de redistribución del Seguro Nacional de Salud .

Lo que pretende la normativa específica es tratar de aminorar toda posibilidad discriminatoria, encubierta, tutelando en particular la postulación; estabilidad y extinción de la relación laboral.

“Se procura blindar el derecho del trabajador contra dicha posibilidad, que conlleva lisa y llanamente un despido discriminatorio fundado en las condiciones de salud, enfermedad o discapacidad. Se afirma que el despido discriminatorio vulnera el derecho fundamental de los trabajadores a no ser discriminados, ilícito éste escindible de aquellas violatorias de los derechos al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario; “de manera tal que la sanción jurídica contra el acto discriminatorio y extintivo de la relación laboral no puede ser subsumida en las normas de la ley de contrato de trabajo que consagra el régimen de indemnización tarifada del despido”.¹⁷

4. “Enfermedad de Chagas. La derogada ley 22.360, de 1980, reglamentada por el decreto 1451/82 de prevención y lucha contra el mal de Chagas, establecía para el ingreso laboral la obligación de efectuar reacciones serológicas para determinar la infección chagásica, así como exámenes complementarios que permitiesen el diagnóstico de enfermedades vinculadas. Se establecía, igualmente, que la sola

¹⁵ Ibíd. Pág. 110-112.

¹⁶ Ibíd. Pág. 113.

¹⁷ Ibíd. Pág. 114.

**DESPIDO DISCRIMINATORIO POR CUESTIONES DE SALUD.
Autora: Castillo María Isabel.**

serología reactiva no podría constituir elemento restrictivo para el impedimento al trabajo (artículo 7°). En la anterior tipología legal de la ley 22.360, la obligación de realizar reacciones serológicas para determinar la infección chagásica, potenciaba, paradójicamente, su utilización como instrumento discriminatorio. Se ha producido una sabia rectificación con la derogación de dicha ley y la sanción de la nueva ley 26.281 que en lo sustancial veda expresamente la realización de reacciones serológicas para determinar la infección en los aspirantes a cualquier tipo de empleo o actividad.”¹⁸

¹⁸ Ibíd. Pág. 114-115.

La ley 23.592 y el despido discriminatorio.

La ley 23.592. Antecedentes.

“El 5 de septiembre de 1984 el Poder Ejecutivo Nacional remitió a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación el primer proyecto de ley sobre “prohibición y sanción de actos discriminatorios” que obtuvo, con importantes modificaciones, sanción de esa Cámara en la sesión del 27 de junio de 1985. Una vez remitido el mencionado proyecto a la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, fue girado a las comisiones de Asuntos Constitucionales, la Legislación General y de Derechos y Garantías. No obstante, éste quedó pendiente y, en consecuencia, perdió estado parlamentario. En el ínterin el diputado Lorenzo Cortese presentó en su respectiva cámara un nuevo proyecto de ley con un texto similar al del Poder Ejecutivo Nacional. En este contexto, y ante la finalización del período ordinario de sesiones del Congreso, el Poder Ejecutivo Nacional lo convocó a sesiones extraordinarias incluyendo como uno de los puntos a tratar las “distintas formas de discriminación” del expediente n° 445-D-1987. Sin embargo, en el Senado, y encontrándose en curso las sesiones extraordinarias de referencia, el senador Fernando de la Rúa, el 22 de diciembre de 1987 presentó, a su vez, otro proyecto que es el que, finalmente, se convirtió en la ley 23.592.”¹⁹

Al remitirme a la norma y leer el primer artículo de la ley, pude observar algo que me llamó la atención.

ARTICULO 1°.- Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

¹⁹ PISACCO, Marina. Op. cit. Pág. 123.

**DESPIDO DISCRIMINATORIO POR CUESTIONES DE SALUD.
Autora: Castillo María Isabel.**

A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

Como vemos, entre los motivos citados no se encuentra el de la enfermedad. Entonces, la pregunta es: ¿Se aplica esta ley a los despidos por enfermedad?

Pero primero veamos si la ley es aplicable al derecho laboral.

El despido discriminatorio en la jurisprudencia de la Corte Suprema.

El caso “Álvarez, Maximiliano y otros v. Cencosud S.A s/ Acción de Amparo.

Pasaré a narrar los hechos sucedidos en el caso.

Eran 6 trabajadores que se desempeñaban en la categoría laboral de asesores en la firma Cencosud SA, que explota los Hipermercados Easy y Jumbo, el Shopping Unicenter y los supermercados Disco.

Como se encontraban fuera del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de Trabajo 130/75 de empleados de comercio, decidieron formar el Sindicato de Empleados Jerárquicos de Comercio, que fue inscripta el 30 de marzo de 2006.

El 25 de octubre de 2006, el presidente de la comisión, intimó a la empleadora al pago de las diferencias salariales correspondientes a su nueva categoría laboral. El 22 de noviembre de 2006 fueron despedidos por la empresa sin expresión de causa.

Los trabajadores despedidos alegaron ser discriminados y pidieron declarar nulos los despidos y la reincorporación, invocando la ley 23.551 (Ley de Asociaciones Sindicales) en sus artículos 47, 48, y 52. Estos artículos prevén lo siguiente:

1. Todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la presente ley, podrá recabar el amparo de estos derechos ante el tribunal judicial competente.

**DESPIDO DISCRIMINATORIO POR CUESTIONES DE SALUD.
Autora: Castillo María Isabel.**

2. Los representantes sindicales en la empresa elegidos de conformidad con lo establecido en el artículo 41 de la presente ley continuarán prestando servicios y no podrán ser suspendidos, modificadas sus condiciones de trabajo, ni despedidos durante el tiempo que dure el ejercicio de su mandato y hasta un año más, salvo que mediare justa causa.
3. Los trabajadores amparados por las garantías previstas en los artículos 40, 48 y 50 de la presente ley, no podrán ser suspendidos, despedidos ni con relación a ellos podrán modificarse las condiciones de trabajo, si no mediare resolución judicial previa que los excluya de la garantía, conforme al procedimiento establecido en el artículo 47.
4. La violación por parte del empleador de las garantías, dará derecho al afectado a demandar judicialmente, por vía sumarísima, la reinstalación de su puesto, con más los salarios caídos durante la tramitación judicial, o el restablecimiento de las condiciones de trabajo.

Como vemos no basaron su petición en la Ley antidiscriminación. Esta norma fue aplicada *ex officio* por los tribunales inferiores, invocando el principio *iura novit curia*.

Ante esta circunstancia, la empleadora interpone recurso extraordinario federal, invocando que aplicar esta norma significaba una violación al principio de congruencia. La Corte lo declaró inadmisibile.

Resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Corte Suprema entendió que correspondía determinar si:

1. La ley 23.592 era aplicable a la relación de trabajo privada y,
2. La reinstalación dispuesta por la norma en su artículo 1° resultaba compatible con los derechos de libertad de contratar y de ejercer la industria lícita consagrados en la Constitución Nacional en los artículos 14, 14 bis y 16.

Ante todo la Corte Suprema de Justicia de la Nación establece que la ley 23.592 rige en el ámbito de las relaciones laborales.

El fundamento que utiliza es que la norma antidiscriminatoria, tiene como fin tutelar la dignidad de la persona, mediante la aplicación del principio de igualdad y la prohibición de discriminar ilícitamente.

**DESPIDO DISCRIMINATORIO POR CUESTIONES DE SALUD.
Autora: Castillo María Isabel.**

La mayoría del tribunal, manifiestan que existen tres razones fundamentales que permiten llegar a la conclusión de la aplicabilidad de la ley 23.592.

1. Nada hay en el texto de ley, ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario.
2. La proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como “santuarios de infracciones”. Es decir que se reprueba en todos los casos.
3. La ley es por demás apropiada y necesaria en el ámbito de la relación laboral, pues ésta presenta una especificidad que la distingue de muchos otros vínculos jurídicos.

Lo que se plantea en el caso concreto así como algunos doctrinarios es el alcance de la norma.

Pasaremos a ampliar este tema.

Las acciones comprendidas en el artículo 1 de la ley 23.592.

El artículo 1° de la ley 23.592, en su primer párrafo, establece “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y reparar el daño moral y material ocasionados”.

“La norma habilita el ejercicio de dos acciones, no excluyentes entre sí, y que, por ende, pueden ser deducidas por el damnificado en forma conjunta:

- a) Una acción destinada a que se deje sin efecto el acto discriminatorio o, en su caso, se ordene su cese “y”
- b) Una acción de reparación de los daños y perjuicios causados.

La conjunción copulativa “y” refleja la clara intención del legislador de permitir obtener la reparación del daño (moral y material) siempre, es decir, tanto si se solicita la nulidad del acto discriminatorio o el cese de un comportamiento de tales características. Nos interesa referirnos a la primera de las acciones que contempla

**DESPIDO DISCRIMINATORIO POR CUESTIONES DE SALUD.
Autora: Castillo María Isabel.**

la norma y que hemos individualizado bajo la letra a): la dirigida a que se deje sin efecto o se cese en la realización del acto discriminatorio.”²⁰

“Una primera aproximación nos obliga a destacar que, ante la utilización de la conjunción disyuntiva “o” que utiliza la norma, ambas acciones si son excluyentes entre si. O sea, o se peticiona que se deje sin efecto al acto discriminatorio o, bien, se cese en su realización, hipótesis que tendrá lugar si la discriminación consiste en hechos u omisiones reiterados y destinados a prolongarse en el tiempo.

En nuestra opinión, los dos presupuestos previstos en el artículo 1° de la ley 23.592 están destinados a conjurar comportamientos discriminatorios diferentes. A saber:

- (a) Aquellos casos en los cuales el proceder discriminatorio asume la forma de un único acto jurídico, ya pasado y en el que la conducta lesiva (que puede consistir en un hacer o un no hacer) se produjo en un determinado momento y que, como tal, puede ser “dejado sin efecto”; o,
- (b) Aquellos supuestos en los cuales la conducta discriminatoria es continuada, es decir, tiene lugar a través del tiempo, sin solución de continuidad, es decir, tiene lugar a través del tiempo, sin solución de continuidad, y es mantenida al momento de accionar, y respecto a la cual se pretende obtener una orden judicial para que se “cese en su realización”.²¹

Sigamos analizando la ley antidiscriminación.

El artículo 2 establece elevar en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o Leyes complementarias cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. En ningún caso se podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate.

²⁰ Ibíd. Pág. 141.

²¹ Ibíd. Pág. 142

**DESPIDO DISCRIMINATORIO POR CUESTIONES DE SALUD.
Autora: Castillo María Isabel.**

El artículo 3 dispone que serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. Así como también establece que en igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o iniciaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas.

Actos discriminatorios.

El 5 de marzo de 1997 se sancionó la Ley 24.782.

Esta ley, declara la obligatoriedad de exhibición, en locales bailables, de recreación, salas de espectáculos, bares, restaurantes u otros de acceso público, del texto del artículo 16 de la Constitución Nacional, juntamente con el de la Ley 23.592, que se modifica por la presente.

El artículo 1 incorpora como artículo 4° a la Ley 23.592 y establece

Se declara la obligatoriedad de exhibir en el ingreso a los locales bailables, de recreación salas de espectáculos, bares, restaurantes u otros de acceso público, en forma clara y visible el texto del artículo 16 de la Constitución Nacional, junto con el de la ley.

El artículo 2 incorpora como artículo 5° a la Ley 23.592, que el texto señalado en el artículo 1 tendrá una dimensión, como mínimo de treinta centímetros (30) de ancho, por cuarenta (40) de alto y estará dispuesto verticalmente.

En el mismo al pie, deberá incluirse un recuadro destacado con la siguiente leyenda: "Frente a cualquier acto discriminatorio, usted puede recurrir a la autoridad policial y/o juzgado civil de turno, quienes tienen la obligación de tomar su denuncia"

La prueba.

“La prueba es la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios establecidos por la ley, y tendiente a crear la convicción judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones o defensas.”²²

La carga de la prueba.

“Las reglas sobre la carga de la prueba son, pues, aquellas que tienen por objeto determinar cómo debe distribuirse, entre las partes, la actividad consistente en probar los hechos que son materia de litigio. Tales reglas, sin embargo, no imponen deber alguno a los litigantes. Quien omite probar, no obstante la regla que pone tal actividad a su cargo, no es pasible de sanción alguna. Sólo ocurre que se expone al riesgo de no formar la convicción del juez sobre la existencia de los hechos de que se trate, y, por consiguiente, pues, como toda carga procesa, un imperativo del propio interés. En principio la carga de la prueba incumbe a la parte que afirma, de modo tal que el acto debe probar su pretensión y el demandado sus defensas.”²³

Entonces, como se afirma, en principio quien alega tiene que probar. ¿Pero este principio, es también aplicable en la prueba del despido por causas de salud?

²² PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Ed.18°. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot, 2004. Pág. 392.

²³ *Ibíd.* Pág. 398.

La prueba en el despido discriminatorio.

Respecto de la carga probatoria en las acciones por discriminación, nos será muy útil desarrollar el leading case "Sendoya Josefina O. c/ Travel Club S.A".

El voto del Dr. Kiper expresa:

"Si se tiene en cuenta que la no discriminación es un principio que cuenta con sustento constitucional, cuando el trabajador se siente discriminado por alguna de las causa, el "onus probandi" pesa sobre el empleador.

Como la ley 23753 no considera al padecimiento de diabetes como un obstáculo para el trabajo, el trabajador no tiene necesidad de manifestar la existencia de la enfermedad." ²⁴

El voto de la Dra. Gatzke Reinoso de Gauna expresa:

"La única forma de que el empleador justifique que la diabetes padecida por el trabajador es invalidante es a través del dictamen en ese sentido de las juntas médicas previstas por el artículo 3º de la ley 25753, pues la ley no dispone ese procedimiento con carácter facultativo sino que lo hace con carácter obligatorio."²⁵

²⁴ Sendoya Josefina O. c/ Travel Club S.A – CNCIV. 2000. (En línea). Consultado el día 1-sep-2014. [www.relaciondetrabajo.com].

²⁵ *Ibíd.*

La inversión de la carga probatoria.

“La praxis jurisprudencial nacional se inclina por este criterio adjetivo, que responde a la moderna doctrina de la carga dinámica de la prueba (debe probar quien mejor posicionado se halla para hacerlo y, en el caso puntual, quien se halla en condiciones de acreditar una distinta causal de despido).

Resulta, pues, equitativa y razonable la aplicación de la moderna doctrina procesal utilizada en recientes y trascendentes decisorios judiciales, en cuando a que, a partir de una realidad indiciaria, la figura procesal de la presunción y la distribución de la carga probatoria posibilitan eficazmente la tutela requerida por el ordenamiento sustantivo.

Precisamente, la doctrina laboral, al referirse a la discriminación arbitraria (“por enfermedades sensibles”) “que pueden suscitarse tanto al inicio de la relación laboral individual o durante el desarrollo y también al tiempo de su extinción, señala la conveniencia de su utilización, en procura de arribar a la verdad real u objetiva, a fin de obtener el dictado de una sentencia justa.”²⁶

²⁶ FANJUL, José Aurelio. Op cit. Pág. 117

Jurisprudencia.

“Se encuentra a cargo de la demandada probar que el actor, enfermo asintomático de sida, quien había alcanzado un alto grado de posibilidades para ser contratado, y sorteado satisfactoriamente los exámenes psicológicos y físicos pre ocupacionales, no reunía “el perfil requerido para el puesto”. C. Nac. Civ., sala E, 30/8/2003, “R., L.F. v. Trenes de Buenos Aires S.A.”²⁷

“La existencia de diabetes no puede constituir impedimento alguno para que el trabajador acceda a un puesto de trabajo, salvo que el empleador acredite que la enfermedad es invalidante, siguiendo el procedimiento que a tal fin establece la ley 23.753 (del voto de la Dra. Gatzke Reinoso de Gauna, por la mayoría). C. Nac. Civ., sala H, 4/9/2000. “Sendoya, Josefina O. v. Travel Club SA”.²⁸

“El breve lapso transcurrido entre el día que al trabajador se le efectúa el primer estudio atinente a verificar si era portador de HIV y la fecha en que recibe la comunicación del despido directo arroja una fuerte presunción – en el marco legal previsto por el art. 163, CPCCN- de que la causa del despido ha sido la enfermedad del trabajador. Máxime si la empresa usuaria no demostró la reestructuración empresaria que invoca como fundamento de la medida decisoria y no se advierte – en hipótesis- cuál habría sido la razón para efectuar los controles médicos que estaba realizando al trabajador. Cuando un trabajador es despedido por ser portador de HIV, difícilmente ha de encontrarse una prueba clara, categórica, puesto que se trata, por un lado de aquellas que comprometen el secreto médico y, por lo tanto, difícilmente cualquier perturbación en su mantenimiento resulte documentada o pasible de tales probanzas; por el otro, en tanto se apunta a actos de discriminación, prejuiciados, sucederá lo mismo. Por ello asumen relevancia las directivas contenidas en el art. 163 del Código Procesal, en cuanto autorizan al juez a tener en cuenta “las presunciones no establecidas en la ley”. C. Nac. Civ., sala C, 17/12/1999, “M.M.A v. Bagley SA y otro”.²⁹

²⁷ GRISOLÍA, Julio Armando. Op cit. Pág. 854.

²⁸ *Ibíd.* Pág. 854.

²⁹ *Ibíd.* Pág. 855.

Fallo reciente.

“La Justicia continúa aplicando, cada vez con mayor énfasis, el concepto de daño moral y antidiscriminación a la hora de aplicar condenas a las empresas. En esta oportunidad, obligó a una compañía a abonarle más de \$180.000 a una empleada portadora sana del virus HIV que fue despedida. De acuerdo a lo que surge de la lectura del fallo, la empleadora alegó que se encontraba en un proceso de reestructuración al momento de decidir romper el vínculo laboral, pero no pudo acreditarlo fehacientemente. El caso reafirma la tendencia de los tribunales laborales en hacer lugar a los reclamos de los trabajadores hacia sus ex empleadores **argumentando daño psicológico y moral.**

La trabajadora ingresó a la empresa como vendedora de los productos. Al poco tiempo, y debido a la crisis económica que atravesaba el país, la compañía decidió desvincularla por baja en la producción. **A los pocos meses, la firma dispuso su reingreso.** Durante mucho tiempo, se desempeñó no sólo como vendedora, sino también como encargada y capacitadora de cursos, entre otras tantas actividades. Además del sueldo, recibía una cierta cantidad de dinero en concepto de viáticos. A fin de mes, debía rendir cuentas, y si se pasaba de la suma acordada, debía soportar el excedente con su propio bolsillo. Repentinamente, se enfermó y, los médicos **le informaron que era portadora asintomática del virus de HIV.** El miedo a la discriminación era cada vez más grande. Por ese motivo, decidió no informar de su enfermedad. En esa época, entró a trabajar una persona con la cual —por motivos laborales— comenzó a reunirse todos los días. Esta cercanía personal generó una confianza tal, que podría decirse que la relación se transformó en una amistad. Cierta día, en un momento de angustia, la trabajadora **decidió contarle a su compañero el problema de salud que venía sufriendo.** A partir de allí todo cambió. El problema era que el circunstancial confidente ocupaba un rango superior dentro de la estructura de la compañía. A los pocos días, le comunicaron que la línea

**DESPIDO DISCRIMINATORIO POR CUESTIONES DE SALUD.
Autora: Castillo María Isabel.**

de venta que tenía a su cargo se iba a discontinuar y que pasaría a desempeñarse como personal de ventas.”³⁰

“De a poco, la fueron bajando de categoría y terminó como promotora. Ante esa situación, una persona le ofreció su automóvil, pero su jefe –con el cual había mantenido esa relación de cuasi amistad- le comunicó que ya no era necesario, porque lo que precisaba era una persona con una cartera de clientes. La trabajadora le respondió que contaba con una cartera propia en Capital, Gran Buenos Aires y en el sur del país. Sin embargo, **su superior le dijo que, en realidad, la empresa necesitaba plantel de empleados del sexo masculino.** Al poco tiempo, **la firma le comunicó que prescindían de sus servicios por reestructuración** del área en la se desempeñaba. Frente a estos hechos, la empleada se presentó en los tribunales donde reclamó las diferencias salariales originadas por la indemnización del artículo 245 de la LCT (previsto para la ruptura injustificada de los contratos laborales). **La empresa desconoció todos los hechos invocados por la trabajadora.** En su escrito, la compañía manifestó que el despido se resolvió a una **decisión empresarial basada en una reestructuración del área** en donde se desenvolvía la dependiente y allí se le ofrecieron otras tareas. Como ésta no aceptó, se dio por terminado el vínculo laboral ya que era imposible mantenerle el puesto original. El juez de primera instancia **decidió rechazar la demanda**, por considerar que la trabajadora no resultó acreedora de las diferencias salariales reclamadas con relación al rubro indemnización por despido de la LCT ni los resarcimientos mencionados así como tampoco hizo lugar al daño moral y psicológico. En consecuencia, **la empleada reclamó ante la Cámara de Apelaciones** por la sentencia de primera instancia. Allí, señaló que se fijó su antigüedad, ante la extinción de la relación de trabajo por reestructuración, desde la fecha del segundo ingreso. Los jueces confirmaron la sentencia.

³⁰ IPROFESIONAL. *Indemnizarán con \$200.000 a una empleada despedida por discriminación laboral.* (En línea). Consultado el día 3-sep-2014. [www.iprofesional.com]

**DESPIDO DISCRIMINATORIO POR CUESTIONES DE SALUD.
Autora: Castillo María Isabel.**

Sin embargo, con respecto a **la multa del artículo 1º de la Ley 25.323, los camaristas estimaron que resultaba aplicable** ya que se trató de una relación laboral, cuya disolución -despido directo- acaeció de un modo que generó el derecho a percibir la indemnización del art. 245 de la LCT. Apeló el fallo porque se rechazó el reclamo por daño moral y daño psicológico. Adujo que **su despido obedeció a una actitud discriminatoria por su condición** de ser portadora del virus de inmunodeficiencia humana (VIH). Los jueces analizaron las declaraciones de los testigos, quienes señalaron que la empresa tenía conocimiento de la enfermedad de la dependiente cesanteada. En estos casos, por el principio de la carga dinámica de la prueba, la empresa debió demostrar que no discriminó al romper el vínculo laboral. Como no lo pudo acreditar, los jueces la condenaron. El problema se dio al determinar el monto que debía corresponder para resarcir al mismo. En ese sentido, los camaristas señalaron que "tanto la indemnización por despido arbitrario, como las agravadas son, en general, tarifadas. Se tiene en cuenta el salario, la antigüedad y en su caso la existencia de la condición que radica en la presunción legal (despido por maternidad, por matrimonio, entre otros)". En este caso, el trabajador basó su reclamo en la Ley 23.592 (antidiscriminatoria), donde **no se tiene en cuenta la tarifa** y, además, el "discriminador será obligado, a pedido del damnificado, a reparar el daño moral y material ocasionado, lo que remite directamente a los parámetros del Código Civil, y dicha reparación será calculada por el juez".

31

“Al momento de determinar la cuantía de la sanción, señalaron que **la desvinculación se efectuó sin justa causa, basada en la discriminación** llevada a cabo por la empresa. En consecuencia, consideraron que la trabajadora resultó acreedora de una reparación, con fundamento en el artículo 1º de la ley 23.592, la que, teniendo en cuenta los elementos aportados -daños y perjuicios evaluados en razón del salario percibido, categoría, edad, dolencia, enormes dificultades para obtener un nuevo empleo, proyecto de vida etc.- fijaron en concepto de daño moral la suma de \$ 100.000 y por daño psicológico \$ 80.000. Estos rubros se sumaron a los

³¹ Ibíd.

**DESPIDO DISCRIMINATORIO POR CUESTIONES DE SALUD.
Autora: Castillo María Isabel.**

correspondientes al resarcimiento previsto en los artículos 1 (\$ 6.147) y 2 (\$4.183) de la Ley 25.323.”³²

³² *Ibíd.*

Conclusión.

Ya finalizado el trabajo de investigación y releído unas cuantas veces puedo llegar a sacar varias conclusiones.

La ley antidiscriminación pese a ser una norma general, se aplica al derecho laboral. Pero en ésta no se encuentra establecida en su artículo 1, la discriminación por causas de enfermedad, o salud. Pero de todos modos los jueces la aplican en situaciones en donde el empleado es despedido sin justa causa, y con presunción de que es por estado de salud.

Entonces se puede evidenciar que si el legislador tiene que aplicar esta ley al ámbito laboral, es por que a nivel particular falta la regulación legal que establezca con precisión la discriminación a causa de una enfermedad y sus consecuencias jurídicas.

La discriminación por causa de enfermedad no siempre se manifiesta con el despido del trabajador. Algunos empleadores, (quizá asesorados jurídicamente) sabe las consecuencias que conlleva si despide a un trabajador que padece una enfermedad. Es por esto, que parte de los empleadores, decide no despedir al trabajador, pero si someterlo a actos humillantes y hostiles, que lo afectan moral y psíquicamente.

Cuando hablo de conductas humillantes y hostiles me refiero a disminuir la categoría de trabajo, cambiarle las tareas, colocarlo en una oficina sin acceso a ventanas, ni iluminación natural, hacer que solo ese empleado utilice un baño, y alejarlo del acceso a los demás compañeros, con los que antes tenía un fluido trato.

Ese trabajador afectado ya sea por las conductas discriminatorias, o por el despido tiene el absoluto derecho de recibir una reparación íntegra y adecuada, mediante la reposición en el mismo lugar al que se encontraba con anterioridad al acto discriminatorio o, bien, en el pago de una indemnización de los reales daños y perjuicios ocasionados por tal accionar.

Quizá el trabajador prefiere volver a su puesto de trabajo por la necesidad de una fuente de ingreso. Pero alguien se pregunta, ¿Qué pasa con el trabajador que persigue volver a su puesto de trabajo, después de tantas humillaciones y con la certeza de que todos sus compañeros conocen su patología? Creo que solo el trabajador se hace esta pregunta, debido al miedo de reincorporarse a su puesto, con el riesgo de que ya no sea el empleador quien lo discrimine, sino ahora sus compañeros.

**DESPIDO DISCRIMINATORIO POR CUESTIONES DE SALUD.
Autora: Castillo María Isabel.**

Tanto la reparación del daño moral y materialmente ocasionado por el despido discriminatorio se rige por las reglas del Código Civil, descartando la posibilidad de limitar su quantum o de establecer topes máximos o indemnizaciones tarifadas. De todos modos considero que no hay indemnización que compense el daño sufrido. Dudo que la persona que fue despedida sabiendo que lo hicieron por tener X enfermedad, se sienta mejor, pues no olvidemos que las hostigaciones padecidas por estos trabajadores muchas veces duran años.

Respecto de la hipótesis planteada, puedo llegar a afirmar que no ha habido evolución jurisprudencias respecto de los fallos que han y aun dictan los jueces respecto del despido discriminatorio por razones de salud.

Concluyo diciendo:

Los actos discriminatorios no son novedosos, pues datan de muchos años. Los modos y ámbitos de discriminación son amplios, pero cuanto más respuesta de la justicia, mediante leyes y sus reglamentaciones, estimo que disminuirán de a poco. Por lo menos eso deseo.

Aunque más deseo que cambie la mentalidad de las personas.

Bibliografía.

1. GRISOLÍA, Julio Armando. *Manual de Derecho Laboral*. 5ta Ed. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 2009.
2. FANJUL, José Aurelio. *Discriminación por enfermedad en el derecho laboral*. 1° Ed. Buenos Aires. Ed. Astrea, 2013.
3. SAMUEL, Osvaldo Mario. *Discriminación laboral*. 1° Ed. Buenos Aires. Editorial Astrea, 2012.
4. TOSTO, Gabriel. "El Principio de Igualdad en las relaciones laborales. La estructura del acto discriminatorio." *Revista de Derecho del Trabajo*. 2001. Ed. La Ley.
5. MAZA, Miguel Ángel. *Régimen de Contrato de Trabajo Comentado*. 1° Ed. Buenos Aires. Ed. La Ley, 2012.
6. PISACCO, Marina. *EL Despido Discriminatorio y el Derecho a la Estabilidad*. 1° Ed. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot, 2013.
7. BRUTO, Liliana N. "Algunas referencias sobre la ley 23.592." *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*. 1988. Ed. Adhoc.
8. PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Ed.18°. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot, 2004.
9. Sendoya Josefina O. c/ Travel Club S.A – CNCIV. 2000. (En línea). Consultado el día 1-sep-2014. [www.relaciondetrabajo.com].
10. "Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo" 2011. (En línea). Consultado el día 28-ago- 2014. [www.mundogremial.com].
11. KARPIUK, Héctor, H. *Discriminación y despido en el ámbito laboral*. Ed. 1ª. Buenos Aires. Ed. David Grinberg Libros Jurídicos, 2011.
12. INFOLEG. (En línea). Consultado el día 5-ago-2014. [www.infoleg.gov.ar].
13. IPROFESIONAL. *Indemnizarán con \$200.000 a una empleada despedida por discriminación laboral*. (En línea). Consultado el día 3-sep-2014. [www.iprofesional.com].