

REVISTA ELECTRÓNICA
DE ACCESO ABIERTO
ISSN 2282-2313

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Directores Científicos

Arturo Bronstein (*Argentina*), Martín Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi García Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canadá*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*).

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)
Michele Tiraboschi (*Italia*)

Comité de Redacción

Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Martina Ori (*Italia*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*).

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

La discriminación en el derecho del trabajo: el caso argentino*

Julio Armando GRISOLIA**
Ricardo Diego HIERREZUELO***

RESUMEN: Este artículo define, desde varias perspectivas académicas, cuáles son los alcances de la discriminación en el mundo del trabajo. En la Constitución Nacional de la Argentina, además del principio de igualdad, existe el principio de igualdad de remuneración por igual tarea. Asimismo, éste país es Parte de diversos Convenios de la OIT sobre discriminación, como lo son el 110, 111 y 158. En cuanto a la regulación interna, el Pacto Federal del Trabajo prevé que son muy graves las decisiones que impliquen cualquier tipo de discriminación en el trabajo. Así también se explican los diferentes tipos de discriminación que pueden afectar el ambiente de trabajo, como lo son la discriminación por sexo, edad, discapacidad, nacionalidad, enfermedad y por ejercicio de funciones sindicales.

Palabras clave: Discriminación laboral, ambiente de trabajo.

SUMARIO: I. *Aspectos generales.* II. *Regulación actual.* III. *Distintos supuestos.* IV. *Bibliografía.*

* Ver en extenso en Grisolia, J. A. y Hierrezuelo, R. D., *Derechos y Deberes en el Contrato de Trabajo*, Argentina, Abeledo Perrot, 2º edición 2010.

** Vicepresidente de la Asociación de Relaciones de Trabajo de la República Argentina.

*** Doctor en Derecho del Trabajo, Previsión Social y Derechos Humanos. Secretario del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 55.

I. Aspectos generales

Ya en junio de 1958, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) definió el término “discriminación” en el Convenio sobre la Discriminación y el Empleo del siguiente modo: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o el trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades.

Para Ferreirós, en términos generales, puede afirmarse que la discriminación configura una situación desfavorable o persecución de individuos o grupos sociales, sobre la base de su condición social, étnica, religiosa, nacionalidad, sexo u origen social. Es decir, que se trata de una manera diferente de tratar a los que son diferentes; no se trata de cualquier tratamiento desigual, sino que es un tratamiento injustificado y perjudicial, que se lleva a cabo de manera hostil y teniendo en cuenta condiciones que el individuo no puede cambiar¹.

La discriminación cuestionable es la irrazonable, entendiéndose por tal la que resulta de conductas persecutorias y hostiles. Como contracara de la discriminación irrazonable, surge la llamada *discriminación inversa*, que se sustenta en la postura de que en determinadas circunstancias se puede proteger a algunas personas en mayor medida que a otras, si mediante ese “trato desigual” se pretende remediar y nivelar la situación de desigualdad y marginación respecto al resto de la población que padece dicho grupo. Entre sus beneficiarios se han citado en doctrina entre otros a las mujeres (caso del cupo o porcentaje mínimo de mujeres que los partidos deben incluir en sus listas) y los trabajadores (el *in dubio pro operario* que rige toda la normativa en material laboral y se encuentra implícito en el art. 14 bis, Constitución Nacional).

Para Arias Gibert este enfoque de sentido común aceptado mayormente por la doctrina jurídica constituye un error técnico que priva de precisión la noción jurídica de acto discriminatorio. En primer término, el concepto confunde por homonimia dos nociones bien diferenciadas que nada tienen en común. Distinguir es propio del estar en el mundo del sujeto que se constituye como tal en el lenguaje. Sin distinción no hay mundo humano. La discriminación como categoría jurídica no prescinde de la

¹ Ferreirós Estela, M., *La discriminación en el acceso al contrato de trabajo*, Argentina, DLE 210, febrero/2003, p. 113.

existencia de una subjetividad agresora (esto no implica que la subjetividad sea conciente) que se manifiesta como práctica social discriminatoria. No es la víctima ni ninguno de sus rasgos positivos lo que debe buscarse en la determinación jurídica de la práctica social discriminatoria sino las características del grupo social, sociedad o Estado que lleva a cabo el proceso discriminatorio. Señala que poner la mirada en la víctima de las prácticas sociales de discriminación es mantener solidaridad con la mirada normalizada del agresor. Siguiendo a Villalpando indica que cuando el análisis de las prácticas sociales se centra en las víctimas de estas prácticas el foco del análisis pareciera radicar en encontrar qué es lo que hace que la sociedad discrimine a cada uno de estos grupos o, dicho de otro modo, qué características tienen estos grupos que puedan explicar su discriminación. En un análisis de este tipo se presupone su “no-normalidad” (en oposición a una supuesta “normalidad” del conjunto), discutiendo tan sólo sobre los niveles de aceptación o tolerancia de dicha “no-normalidad”².

La discriminación puede presentarse durante toda la vigencia del contrato de trabajo e incluso en la etapa precontractual. En efecto, se ha señalado en doctrina que el principio de no discriminación no sólo rige desde el inicio, durante el desarrollo del contrato y hasta su extinción, sino también antes, o sea, en la etapa de selección de postulantes; es precisamente allí donde se advierten más claramente los efectos de una cultura discriminatoria.

II. Regulación actual

Distintas normas tanto nacionales como internacionales garantizan la igualdad de trato y la prohíben efectuar discriminaciones por cualquier causa.

En nuestra Constitución Nacional, además del principio general de igualdad consagrado en el art. 16, merece destacarse, desde el punto de vista del salario, este deber al establecer el principio de *igual remuneración por igual tarea* (art. 14 bis). La reforma de la Constitución Nacional de 1994 amplió el marco protectorio de esta garantía, al incorporar ciertas normas que se relacionan con el tema, así como también al asignarle jerarquía

² Arias Gibert, E. N.. *Algunas consideraciones sobre discriminación, igualdad de trato y represalia*, inédito.

constitucional y suprallegal a determinados tratados internacionales y convenios de la OIT.

Así, el art. 37, Constitución Nacional, prevé: *Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.* Por su parte, el art. 75, inc. 23, establece que es atribución del Congreso Nacional: *Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.*

Entre los documentos incorporados con rango constitucional, merecen destacarse, entre otros: 1) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de Costa Rica, 1969); 2) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3) La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 4) La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

Con relación a los Convenios de la OIT se debe mencionar, en primer término, el Convenio 100 relativo a la igualdad entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (que fuera ratificado por decreto-ley 11.595/1956) y el convenio 111 sobre discriminación en materia de empleo y ocupación (ratificado por ley 17.677). El art. 1° de este convenio prevé: *1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.*

Finalmente, corresponde mencionar el convenio 158 de la OIT de 1982 sobre la Terminación de la Relación de Trabajo por Iniciativa del Empleador que todavía no fue ratificado por nuestro país, cuyo art. 4° establece: *No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.* Asimismo, el art. 5° dispone: *Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes: a) La*

afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo. b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad. c) Presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes. d) La raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social. e) La ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad”.

También debe tenerse en cuenta que una norma supranacional, la Declaración Sociolaboral del Mercosur, establece el principio de no discriminación en su primer artículo, al establecer: *Todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión de raza, origen nacional, color, sexo y orientación sexual, edad, credo y opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social o familiar, en conformidad con las disposiciones legales vigentes.*

En nuestra legislación este deber concretamente está consagrado en los arts. 17 y 81, Ley de Contrato de Trabajo.

El art. 17 dispone que *se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad.* El art. 81 reitera que *el empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador.*

El art. 172, Ley de Contrato de Trabajo, referido al trabajo de mujeres, prohíbe que en las convenciones colectivas de trabajo o en cualquier otra reglamentación se consagre algún tipo de discriminación en el empleo fundada en el sexo o en el estado civil de la trabajadora, así como también se garantiza la plena observancia del principio de igualdad de retribución por trabajo de igual valor.

El art. 187, Ley de Contrato de Trabajo, prevé que las reglamentaciones, convenciones colectivas de trabajo o tablas de salarios que se elaboren garantizarán al trabajador menor la igualdad de retribución, cuando cumpla jornadas de trabajo o realice tareas propias de trabajadores mayores.

Por su parte, el art. 7º, ley 23.551, establece que las asociaciones sindicales no podrán establecer diferencias por razones ideológicas, políticas, sociales, de credo, nacionalidad, raza o sexo, debiendo abstenerse de dar

un trato discriminatorio a los afiliados. Lo dispuesto rige también respecto de la relación entre una asociación de grado superior y otra de grado inferior.

La ley 20.392, dictada con el objeto de adecuar nuestra legislación al Convenio 100 de la OIT, prohíbe establecer diferencias de remuneración entre la mano de obra masculina y la femenina “por un trabajo de igual valor”.

La ley 23.592 prohíbe todo tipo de discriminación al consignar que *“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”* (art. 1°).

Agrega que *a los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos*. Obviamente que dentro de “los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional” están incluidos los de naturaleza laboral.

También se puede destacar el Pacto Federal del Trabajo (Anexo II, Policía del Trabajo), cuyo art. 4° (Infracciones muy graves), prevé: Son muy graves: a. Las decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de: raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo, edad, opinión política, origen social, gremiales, residencia o responsabilidades familiares (...) 3. Las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de \$ 1.000 a \$ 5.000 por cada trabajador afectado por la infracción.

Cabe recordar que el art. 11 de la ley 25.013, reguló el despido discriminatorio, el cual fue derogado por la ley 25.877.

El decreto 254/1998 (Boletín Oficial del 11/3/1998) dispuso que se acuerden propuestas entre el Consejo Nacional de la Mujer y el Ministerio de Trabajo a fin de promover la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y varones en el ámbito del trabajo.

III. Distintos supuestos

1. Discriminación por sexo

Uno de los primeros supuestos de discriminación es por motivos sexuales, razón por la cual, en determinados supuestos, la mujer ha sido

considerada como uno de los supuestos de discriminación inversa, para asegurarle el ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones.

En la Argentina, las primeras leyes laborales se ocuparon de brindar una protección especial a la mujer; por ejemplo, la ley 5291 de Mujeres y Menores (1907). Históricamente, esta tutela se ha manifestado en la protección a la mujer en sí misma (en lo relativo a su condición física), en su rol de madre y como base de la familia.

Las primeras normas protectorias referidas al trabajo de mujeres y menores fueron sancionadas en Europa a principios del siglo XIX, en medio de un debate ideológico en el que se intentaba determinar si el Estado debía o no dictar este tipo de normas reguladoras de la actividad humana, en aras del liberalismo imperante.

En la Argentina, si bien la primera norma protectora respecto del trabajo de mujeres y menores — como quedara dicho — fue la ley 5291, a partir de la entrada en vigencia de la ley 11.317 — antecedente directo de la Ley de Contrato de Trabajo —, en 1924, la situación de las mujeres y menores se vio notablemente mejorada, estableciéndose la prohibición absoluta de contratar menores de 12 años, y limitándolo al ámbito del negocio familiar para los menores de 14 años³. En cuanto a la trabajadora adulta, se estableció el tope de ocho horas o cuarenta y ocho horas semanales, y la de seis horas diarias o treinta y seis horas semanales para los menores de 18 años de ambos sexos con un descanso de dos horas al mediodía; asimismo, se prohibió en todos los casos los trabajos nocturnos e insalubres.

En lo atinente a la maternidad, fijó para la mujer la prohibición de trabajar durante las seis semanas posteriores al parto, período durante el cual debía conservársele el puesto, fijando sanciones penales para el empleador en caso de incumplimiento.

Varios convenios de la OIT están específicamente referidos al trabajo de mujeres, entre los cuales cabe destacar los convenios 100, 111 y 171.

El convenio 171, de 1990, sobre trabajo nocturno, plasmó el criterio contrario a la prohibición del trabajo nocturno por parte de la mujer, aunque no prohíbe expresamente su prestación de tareas en este tipo de jornadas, sino que promueve el otorgamiento de tareas en horario diurno.

El convenio 183 de la OIT, que entró en vigencia el 7/2/2002 y aún no fue ratificado por la Argentina, apunta al resguardo de la maternidad, fijando el plazo de licencia en catorce semanas en lugar de los noventa

³ La ley 26390 reformó la Ley de Contrato de Trabajo y elevó la edad mínima a 16 años.

días que establece el art. 177, Ley de Contrato de Trabajo, con más un plazo adicional obligatorio posterior al parto de seis semanas.

La Ley de Contrato de Trabajo protege en forma especial el trabajo de mujeres y menores, y establece la prohibición de efectuar un trato discriminatorio, de contratar mujeres en tareas penosas, peligrosas e insalubres o en trabajos prohibidos y a domicilio, y les otorga un descanso mayor al mediodía, además de la protección a la maternidad (Tít. VII, arts. 172 a 186).

También, merece destacarse la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer — ratificada por la Argentina por la ley 23.179 — la cual tiene jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional).

2. Discriminación por edad

Otro de los supuestos en los que se aprecian tratos discriminatorios se relaciona con la edad del trabajador. Cuanto más edad tiene el trabajador menor es la posibilidad de acceder a un empleo; también en los casos de despidos por motivos de reorganización, generalmente se comienza por el personal que cuenta con mayor antigüedad en la empresa y, por ende, percibe mayores remuneraciones.

El Superior Tribunal Federal de Brasil ha dictado numerosos fallos determinando que establecer un límite de edad para la inscripción en un concurso público de empleo sólo es legítimo cuando dicho límite puede ser justificado por la naturaleza de las atribuciones del cargo a ser cubierto. Ocurre que el ingreso al empleo y la permanencia en él es terreno apto para la violación del derecho de igualdad a través de la discriminación.

En Estados Unidos, la mayoría de los Estados prohíbe legislativamente que introduzcan condiciones de edad para los mayores. No está permitido publicar avisos que requieran servicios que pongan como condición un límite de edad, situación que cada día más se puede advertir en el seno de nuestra sociedad argentina. El descrédito laboral de los mayores de 40 años hace que se encuentren solicitudes de empleo, con límites de edad altamente inferiores y que requieren, a la vez, experiencia ocultando que, en realidad, se trata de una discriminación solapada que pretende elegir mano de obra barata.

Sostiene Javillier que en Francia, la oferta de trabajo no puede comprender un límite de edad superior, afirmaciones falsas o susceptibles

de inducir a error (sobre el tipo de empleo, la remuneración, el lugar o la carrera), ni términos en lengua extranjera⁴.

3. Discriminación por discapacidad y nacionalidad

El derecho no puede dar una solución al tema de la discriminación por discapacidad, que es un problema de tal envergadura, y que encuentra su génesis en tan variados motivos, que lo excede; pero puede y debe ser un paliativo en aquellos casos en que la prevención y educación de la población en la materia no haya resultado efectiva.

Podetti señala que es primordial que se trate de lograr la igualdad de oportunidades para los trabajadores minusválidos, que respecto de ellos se logre una integración social y laboral. Esa integración es ante todo un asunto de orden cultural. Esto es, la forma como la sociedad percibe, define e interactúa, con las personas con discapacidad, depende de las actitudes, valores y motivaciones existentes respecto de ésta en un momento histórico concreto⁵.

El art. 8º, ley 22.431, sobre sistema de protección integral de las personas discapacitadas, refiere que el Estado Nacional, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y la municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires están obligados a ocupar personas discapacitadas que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4%) de la totalidad de su personal.

En lo que respecta a la nacionalidad tanto la ley 23.592 como la ley 22.439 reconocen los derechos de los extranjeros. Así, mientras la primera condena la discriminación en razón de la nacionalidad, el art. 109 de la ley 22.439 prevé que la aplicación de la presente ley no exime al empleador o dador de trabajo del cumplimiento de las obligaciones emergentes de la legislación laboral respecto del extranjero, salvo los casos en que al inicio de la relación laboral, éste residiera legalmente en el país y luego se transformare en ilegal o caducare la habilitación para trabajar.

⁴ Javillier, J.-C., *Manual de Derecho de Trabajo*, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2007.

⁵ Podetti, H. A., “El trabajo de los discapacitados”, en *Revista de la SADL*, núm. 1, 2010.

4. Discriminación por cuestiones de enfermedad

4.1. Trabajador portador de HIV

La falta de confidencialidad en los análisis del *test* Elisa o similares, así como la obligación de realizarlos para todo aquel que aspire a un puesto de trabajo, sigue siendo una práctica común en diversas empresas.

En el mundo laboral, y no sólo a nivel local, persisten los prejuicios en torno al VIH/Sida, y son los departamentos de Recursos Humanos, por lo general, los encargados de controlar la información sobre la seropositividad de algún trabajador o aspirante a serlo, y son estas instancias las que deciden, en la mayoría de los casos con desconocimiento del perjudicado, los mecanismos que conducen luego a un despido incausado o con invocación de falsa causal, la desvinculación del afectado por algún otro medio, o la no incorporación de las personas enfermas o portadoras del virus.

Los especialistas, organismos internacionales y estudios médicos de la mayor confianza, así como también sus pares en el ámbito jurídico, han llegado a la siguiente conclusión: no existen riesgos laborales para contraer el VIH (salvo en determinadas actividades específicas — por ejemplo médicas —), y sí una violación a las garantías individuales y los derechos humanos cuando se ordenan exámenes de Elisa o similares, sin el consentimiento de la persona y sin las mínimas condiciones de confidencialidad. Sin embargo, estos mismos especialistas y estudiosos del tema coinciden en reconocer que, más que un vacío legal en esta materia, las prácticas antijurídicas se siguen consolidando sobre la base del mero prejuicio.

Cabe recordar que, en nuestro país, la ley 23.798 declaró de interés nacional la lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida y estableció que, en ningún caso, por el padecimiento de dicha enfermedad se debe afectar la dignidad de la persona, o producir cualquier efecto de marginación, estigmatización, degradación o humillación que exceda el marco de las excepciones legales al secreto médico — que debe interpretarse restrictivamente — y con la expresa prohibición de incursionar en el ámbito de la privacidad de cualquier habitante de la Nación Argentina. En 1991 el decreto 1244 prohibió expresamente a toda persona que toma conocimiento de que un individuo vive con HIV revelar dicha información, salvo las excepciones que taxativamente se establecen.

Respecto de actos discriminatorios, se ha establecido que el art. 1º, ley 23.592, otorga acción al damnificado para reclamar la reparación del daño

moral y material ocasionado por actos de discriminación. Resulta evidente la pérdida de tranquilidad y seguridad que sufrió un trabajador despedido por ser portador de HIV, y a los efectos de evaluar el importe del daño moral que le corresponde por tal decisión rescisoria se debe tener en cuenta tal circunstancia, así como la angustia vivida en razón de los actos discriminatorios que produjeron el distracto, a lo que debe sumarse el miedo que por sí ocasiona ser portador de HIV.

Cuando un trabajador es despedido por ser portador de HIV, difícilmente ha de encontrarse una prueba clara, categórica, ya 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, perjudicados, sucederá lo mismo. Por ello asumen relevancia las directivas contenidas en el art. 163, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, 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 otros”, DT 2001-A-106).

4.2. Trabajador diabético

Como ya se expresara, en este supuesto la jurisprudencia entendió que la diabetes no puede constituir impedimento 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. Jurisprudencialmente se estableció que *corresponde reconocer a la trabajadora el derecho al cobro de una reparación por daño moral sufrida en virtud de haber sido despedida por su condición de diabética en violación a las prescripciones de la ley 23.753* —del voto de la mayoría— (C. Nac. Civ., sala H, 4/9/2000, “Sendoya, Josefina O. v. Travel Club SA”, DT 2001-783).

4.3. Mal de Chagas

Uno de los casos más significativos por el grado de desconocimiento y prejuicio es el que se presenta con los mal llamados “enfermos chagásicos”.

La infección chagásica tiene su génesis en un parásito, el *Trypanosoma Cruzi*, que circula en sangre.

Cabe destacar que no es una enfermedad transmisible de humano a humano y que se calcula que un minoritario 20-30% de las personas infectadas desarrollará enfermedad luego de un largo tiempo y que entre el

70 y el 80% no manifestará ningún síntoma clínico en el transcurso de su vida. Sólo tendrá serología positiva.

Es decir, que en la mayoría de los casos el infectado no tiene lesión orgánica y es asintomático, pese a tener serología positiva. La designación correcta de “enfermo chagásico”, en cambio, se aplica a aquella persona que, además de tener serología positiva, tiene lesiones orgánicas que dan lugar a síntomas. Se observa así que pese a que para la ciencia médica resulta clara la distinción entre “infección” y “enfermedad”, para la población en general los límites no siempre son tan claros.

Pese a que la mayor parte de los infectados no va a desarrollar nunca la enfermedad, serán sin embargo considerados chagásicos.

4.4. *Epilepsia*

Con la publicación de la ley 25.404 quienes sufren de epilepsia cuentan con una herramienta protectoria específica para hacer valer sus derechos.

La epilepsia se manifiesta a través de una descarga eléctrica anormal de las neuronas, y reconoce variados sucesos desencadenantes, tales como accidentes, golpes emocionales, padecimiento de enfermedades, como meningitis, y el uso y abuso de drogas (sean o no legales).

Aunque la duración de las crisis epilépticas suelen oscilar entre pocos segundos y los cinco minutos, y pese a ser el pronóstico favorable para el 80% de los que la padecen (a este grupo luego de un período de tres a cinco años de tratamiento, se le puede suspender la medicación, y no presentan nuevos síntomas), lo cierto es que existe una especie de mitología respecto de esta patología, por lo que la discriminación es frecuente.

4.5. *Enfermedad terminal. Cáncer.*

En un caso particular en el cual el actor era portador de una enfermedad terminal, la sala 5ª resolvió: *El despido del actor es particularmente disvalioso por padecer de una enfermedad terminal, pues la segregación laboral en semejantes circunstancias violenta el principio general de no discriminación amparado por la Constitución Nacional en sus arts. 14 bis y 16. A su vez, tal conducta es repelida por la Ley de Contrato de Trabajo —que en su art. 17 prohíbe cualquier tipo de “discriminación entre los trabajadores— y por la ley 23.592 —referida expresamente a los actos discriminatorios— (...). En principio, el resarcimiento tarifado cubre todos los daños derivados del despido arbitrario, resultando procedente la reparación civil en aquellos casos excepcionales en que el despido vaya acompañado por una conducta adicional que justifique claramente que el empleador excedió las necesidades y límites*

impuestos por la LCT, configurándose un daño civilmente resarcible. Así, el despido del trabajador que padece un cáncer terminal supone una conducta discriminatoria por parte del empleador que debe cargar con las consecuencias extracontractuales que ocasionó su proceder (C. Nac. Trab., sala 5ª, 6/5/2005, “Rossi, Rodolfo Alejandro v. Orígenes AFJP SA”).

5. Discriminación por el ejercicio de funciones sindicales

Sabido es que tanto del art. 14 bis de la Constitución Nacional como de las disposiciones de la ley 23.551 se infiere que el representante sindical goza de estabilidad absoluta mientras dure su mandato y hasta un año después de terminado. Durante ese plazo no se lo puede despedir, suspender ni modificar las condiciones de trabajo (conf. arts. 48 y 52, ley 23.551).

Sin embargo, en los últimos tiempos la jurisprudencia ha considerado discriminatorio el despido de trabajadores que si bien no gozaban de tutela sindical, por no revestir el cargo de delegado de personal, desempeñaban activamente funciones sindicales. En esos supuestos, se ha declarado la nulidad del despido discriminatorio disponiéndose la reinstalación de los trabajadores afectados⁶.

6. Acoso sexual y mobbing

Con respecto al acoso sexual, si bien esta figura no es novedosa y reconoce sus orígenes documentados en el *ius primae noctis* del derecho feudal, donde el señor feudal tenía derecho a una primera noche con las doncellas que pretendían contraer nupcias en sus dominios, el tema ha adquirido evidente actualidad en las últimas décadas por la propia humanización del trabajo y la idea de que la protección del trabajador no se limita sólo a los aspectos típicos del contrato de trabajo, sino que está comprendida dentro de los derechos intrínsecos a la condición humana.

Siguiendo a Rubinstein, se puede definir al acoso sexual como aquellas conductas verbales o físicas de naturaleza sexual, cuyo autor conoce o

⁶ Ver entre otros C. Nac. Trab., sala 6ª, 10/3/2004, “Balaguer, Catalina v. Pepsico de Argentina SRL s/sumarísimo”; sala 9ª, 31/5/2005, “Greppi, Laura Karina v. Telefónica de Argentina SA”; sala 5ª, 14/6/2006, “Parra Vera, Máxima v. San Timoteo SA s/amparo”; sala 2ª, 25/6/2007, “Álvarez, Maximiliano y otros v. Cencosud SA s/acción de amparo”; sala 8, 18/11/2008 “Romero, Silvio Hipólito v. Hipódromo Argentino de Palermo S.A. s/juicio sumarísimo”.

debería conocer que resultan ofensivas para la víctima, y cuyo rechazo o aceptación, según el caso, pudiera ocasionarle un perjuicio o afectación de su empleo, condiciones de trabajo o ambiente laboral.

Constituye un ataque a la libertad sexual y se configura cuando el empleador o un trabajador dependiente con alto rango jerárquico persigue coercitivamente a un subordinado con el objetivo de obtener favores sexuales abusando de su posición de poder en la empresa, basada en su rango jerárquico.

Generalmente, se plasma en conductas discriminatorias, tales como amenazas de despido, postergación en la carrera profesional, etc. Como estas actitudes se efectúan en un entorno de privacidad, lo complicado es probar tales conductas, es decir, acreditar fehacientemente la persecución sexual.

Se trata de casos en los que la interacción entre acosador/a y acosado/a se sitúa dentro de la pirámide de poder de la empresa. Su forma más común de manifestación la constituyen aquellos supuestos en los cuales el/la acosador/a está en superioridad jerárquica respecto del/a acosado/a, y es denominado “acoso vertical”.

En cambio, el *mobbing* o acoso moral o psicológico en el ámbito laboral es la situación en la que una persona o grupo de personas ejerce violencia psicológica extrema sobre un tercero en el lugar de trabajo, en forma sistemática y reiterada, durante un tiempo prolongado.

IV. Bibliografía

Grisolia, J. A., *Derechos del Trabajo y de la Seguridad Social*, Argentina, Abeledo Perrot, 13° edición, Tomo I, 2008.

Grisolia, J. A. y Hierrezuelo, R. D., *Derechos y Deberes en el Contrato de Trabajo*, Argentina, Abeledo Perrot, 2° edición, 2010.

Arias Gilbert, E. N., *Algunas consideraciones sobre discriminación, igualdad de trato y represalia*”, inédito.

Ferreirós, E. M., “La discriminación en el acceso al contrato de trabajo”, en *DLE* 210, febrero, 2003.

Javillier, J.-C. *Manual de Derecho de Trabajo*, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2007.

Podetti, H. A., “El trabajado de los discapacitados”, en *Revista Laboral de la Sociedad Argentina de Derecho Laboral (SADL)*, 1998, núm. 1.

ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el Centro de Estudios Marco Biagi, ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntas el futuro del trabajo