

Trabajo Final de Graduación

Álvarez Heber Leonel
Abogacía
2014

Marco Legal Protectorio de las
Personas con HIV ante supuestos de
Actos Discriminatorios en el ámbito
de las Relaciones Laborales



UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL
SIGLO 21

Resumen

Desde la década de los 80` el HIV se ha propagado por todo el mundo, afectando no solo lugares desfavorecidos y carentes de educación, medios y recursos necesarios como para imposibilitar la expansión del virus, sino que también a países del primer mundo, donde se pensaba, erróneamente en aquel entonces, que sería un sector impenetrable de la sociedad por enfermedades semejantes. Paralelamente a esta caótica situación, los infectados tuvieron que enfrentar, cada uno, una realidad distinta a la que conocían, sea por el estricto tratamiento permanente que deben respetar para conservar su buena salud, el desgaste psicofísico y lamentablemente en la mayoría de los casos la experimentación de situaciones crueles y discriminatorias que respetan a la ignorancia social sobre esta enfermedad. En múltiples ámbitos y sectores de la sociedad la condición de infectado por HIV o enfermo de SIDA ha marcado la diferencia y abriendo la puerta a diversos reclamos por actos discriminatorios. Es objeto del presente trabajo clasificar y describir los diferentes medios jurídicos de protección contra tales actos dentro del ámbito de las relaciones laborales, analizando cada una de las etapas por las que atraviesa el trabajador desde la realización del examen preocupacional, durante la vigencia del contrato de trabajo y por último, cuando el contrato de trabajo se extingue por voluntad del empleador y a veces, también por voluntad del empleado.

Abstract

From the 80s` the HIV has propagated all over the world, affecting not alone places disadvantaged and lacking in education, means and necessary resources as to disable the expansion of the virus, but also to countries of the first world, where it was thought, mistakenly then, that it would be an impenetrable sector of the society for similar illnesses. In parallel with this chaotic situation, the infected ones had to face, each one, a reality different from the one that they knew, be for the strict permanent treatment for which they must respect to preserve its good health, the psychophysical wear and regrettably in most cases the experimentation of cruel and discriminatory situations that they respect to the social ignorance on this illness. In multiple ambiences and sectors of the society the condition of infected by HIV or sick with AIDS it has marked the difference and opening the door for diverse claims for discriminatory acts. It is an

object of the present work to classify and to describe the different juridical means of protection from such acts inside the ambience of the labor relations, analyzing each of the stages for which the worker crosses from the achievement of the preoccupational examination, during the validity of the contract of employment and finally, when the contract of employment becomes extinct for will of the employer and sometimes, also for will of the employee.

- **Introducción**

1. EL VIH/SIDA Y LA DISCRIMINACIÓN

- 1.1. El VIH/SIDA
- 1.2. Concepto de Sida
- 1.3. El VIH en Argentina
- 1.4. Vías de transmisión del virus
- 1.5. Actos discriminatorios en la sociedad actual
 - 1.5.1. Derecho Antidiscriminatorio

2. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DERECHO INTERNACIONAL.

- 2.1. Principio de Igualdad
 - 2.1.1. Constitución Nacional
 - 2.1.2. Constitución de la provincia de Córdoba
- 2.2. La Declaración Universal de los Derechos Humanos
- 2.3. El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- 2.4. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos
- 2.5. La Convención Americana sobre Derechos Humanos

3. MARCO LEGAL PROTECTORIO

- 3.1. Ley Nacional de SIDA N° 23.798
- 3.2. Principios rectores de la Ley Nacional de SIDA
 - 3.2.1. Consentimiento informado
 - 3.2.2. Confidencialidad
 - 3.2.3. Veracidad
 - 3.2.4. No discriminación

3.2.5. Acceso a la atención de la salud

3.3. Ley 23.592 Penalización de los actos discriminatorio

3.4. El Convenio 111 de la OIT

4. ACTOS DISCRIMINATORIOS EN EL AMBITO LABORAL

4.1. Antes del inicio de la relación laboral

4.1.1. Examen pre-ocupacional

4.1.2. Jurisprudencia

4.2. Durante la vigencia de la relación laboral

4.2.1. Jurisprudencia

4.3. Extinción del contrato de trabajo

4.3.1. Jurisprudencia

5. HERRAMIENTAS PROCESALES DEL DISCRIMINADO

5.1. Instancia Administrativa

5.2. Instancia Judicial

5.2.1. Amparo Genérico art. 43 Constitución Nacional

5.2.2. Por Juicio ordinario de conocimiento con o sin cautelar

5.2.3. Cargas dinámicas Probatorias

5.3. Objeto del Reclamo

5.4. Efecto de la acción Judicial

6. DERECHO COMPARADO

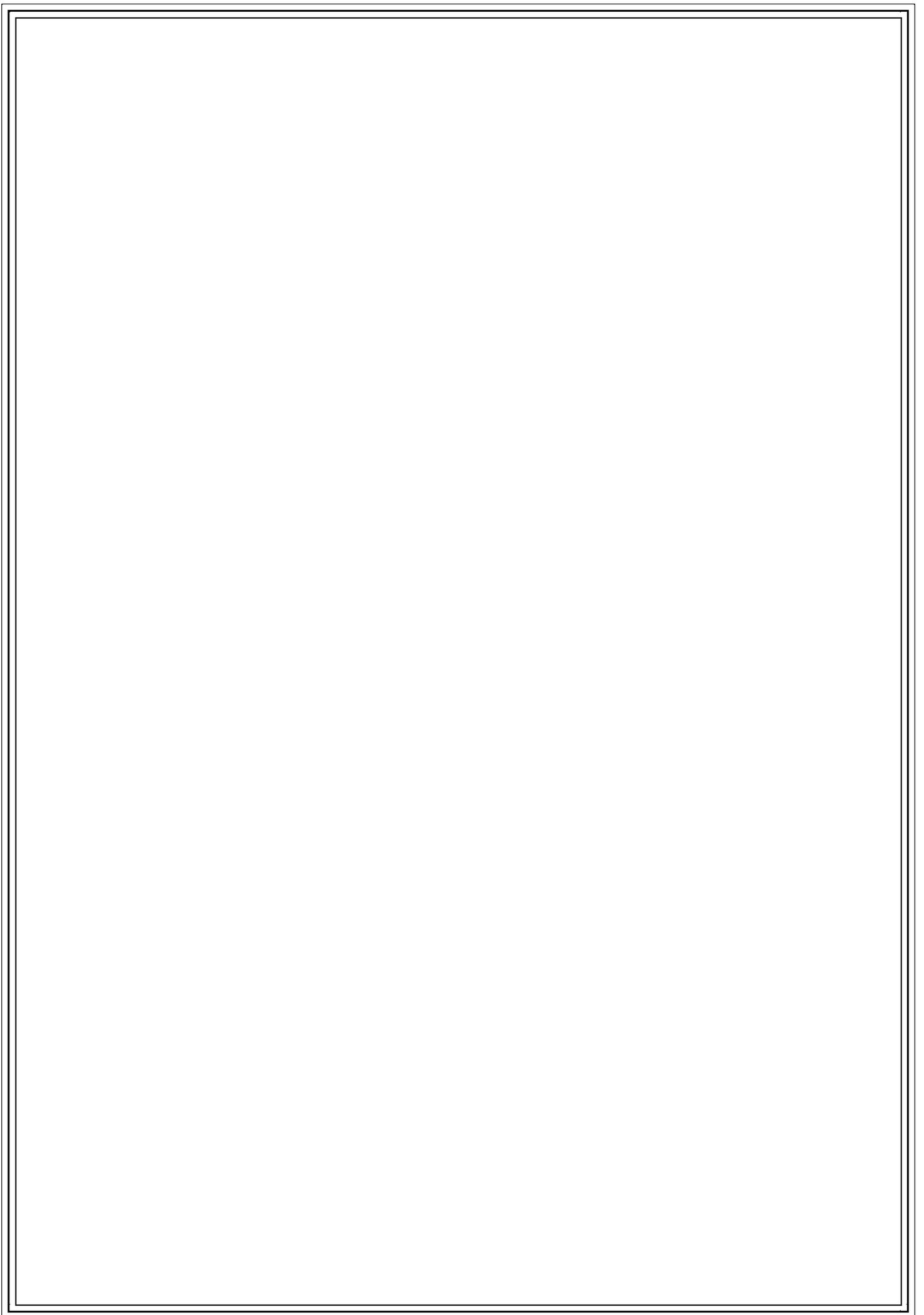
6.1. Decreto 1543, Colombia, 1997.

6.2. Ley N° 55-93. República Dominicana, 1993.

6.3. Ley N° 19.779. Chile, 2001.

Conclusiones

Bibliografía



Introducción

En la actualidad la epidemia del HIV/SIDA constituye un reto importante para el desarrollo y el progreso social. En países con mayor cantidad de afectados, la epidemia causa un detrimento en la economía, la sociedad y la seguridad. En países africanos el gran avance del HIV ha provocado que muchas ciudades se declaren en situación de urgencia. Sin embargo no sería correcto decir que el preocupante avance de la enfermedad solo haya tenido lugar en ese continente, también se hace presente en países Latinoamericanos.

El HIV/SIDA configura una gran amenaza para el marco de las relaciones laborales; esta epidemia afecta al sector más productivo de la población activa, reduce los ingresos, crea costosas cargas para los establecimientos laborales al existir falta de productividad, pérdida de mano de obra especializada, calificada y con mayor experiencia en la actividad laboral. De la misma forma, el HIV/SIDA menoscaba derechos fundamentales que deben existir en toda relación laboral, producto de la discriminación, la burla, malos tratos y rechazos que sufren las personas que conviven con el virus.

Desde hace tiempo la comunidad internacional ha hecho frente a este mal social, desarrollando diferentes propuestas; por ejemplo, en el ámbito de las relaciones laborales, la Organización Internacional del Trabajo y otros organismos como la Organización Mundial de la Salud, crearon directrices con el objetivo de advertir a los países que intervienen, cuales son los mecanismos y estrategias de acción más convenientes.

En el ámbito jurídico nacional, dentro de las diferentes iniciativas destinadas a hacer plenamente aplicables y efectivas en nuestro entorno las obligaciones de carácter internacional generadas a raíz de los acuerdos y pactos, especialmente aquellos referidos a erradicar y sancionar toda clase de discriminación, es importante mencionar la Ley Nacional de Sida 23.798 vigente desde el año 1990, que busca prevenir la exclusión arbitraria de aquellas personas afectadas por la epidemia. En las siguientes páginas de este trabajo, abordaremos el estudio de esta y otras normativas, señalando sus alcances, y mecanismos necesarios para hacerlas efectivas.

En la primera parte realizaremos una aproximación a lo que es el SIDA, y los alcances actuales de la epidemia a nivel general y en particular en nuestro país. Se describirá a la epidemia y sus consecuencias en el organismo del ser humano; también se analizarán los supuestos de actos discriminatorios a las personas afectadas por el virus.

En una segunda parte analizaremos el marco legal protectorio con el que cuentan las personas que conviven con el virus; como leyes nacionales, principios rectores y nuestra Carta Magna.

En la tercera parte se explicarán las conductas discriminatorias que se pueden dar en las diferentes etapas de contratación laboral que el trabajador con HIV/SIDA transita; desde la etapa pre-ocupacional, durante el periodo de contratación y hasta la ruptura del vínculo.

En la cuarta parte analizaremos cómo se pronuncia el derecho comparado con respecto a nuestro problema de investigación.

Se elaborará una conclusión final del trabajo de investigación que intentará dejar en claro que aún en la actualidad, el legislador no ha podido crear suficientes herramientas legales con las que puedan contar no solo personas afectadas por este virus sino muchas otras que conviven con otras enfermedades de alto riesgo para su vida, tanto en el ámbito de las relaciones laborales como en muchos otros ámbitos sociales.

Capítulo I

VIH/SIDA Y LA DISCRIMINACIÓN

En el siguiente capítulo se desarrollan los ejes principales y básicos del problema de investigación: el concepto del HIV y la discriminación. De ese modo, se pretende transmitir los conocimientos elementales para poder comprender con mayor facilidad los temas desarrollados en cada uno de los capítulos del trabajo. A su vez se describirán algunos subtemas importantes de la temática como las vías de transmisión del virus y el concepto del derecho antidiscriminatorio.

El VIH/SIDA

A medida que la humanidad evoluciona y cambia, también lo hacen las epidemias y enfermedades, algunas más graves que otras por el riesgo que conllevan.

En 1981 nació la dramática y temida historia de una enfermedad nueva: el SIDA, provocada por un virus, de suma relevancia por ser una de las que sin un tratamiento permanente y seguimiento minucioso, el panorama se tornaría un poco más complicado. Es el Virus de Inmunodeficiencia humano, el cual una vez inserto en nuestro cuerpo puede provocar como consecuencia la enfermedad del SIDA. Para Betancur, Correa y Estrada (2005) el sida es causado por el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH). Se conocen dos serotipos del virus con algunas variantes: el VIH-1, presente en todo el mundo, y el VIH-2 el cual se encuentra en África Occidental. La historia natural de la enfermedad se inicia en el momento de la transmisión del virus y termina en la muerte del paciente, la cual la mayoría de las veces, se presenta secundaria a las complicaciones infecciosas y neoplásicas que ocurren como consecuencia de la inmunosupresión.

Recordemos que portar el VIH no es lo mismo que estar enfermo de SIDA; estar infectado con el VIH quiere decir que hemos estado expuestos al virus y que no necesariamente desarrollaremos la enfermedad. Se puede portar el virus y no padecer el síndrome de inmunodeficiencia humano o sea no tener síntomas propios de SIDA; lo que comúnmente se denomina en la actualidad un portador sano o asintomático.

El SIDA es la etapa avanzada de la infección en nuestro organismo, la cual ya presenta síntomas propios de un sistema inmunológico deteriorado que ya no funciona de manera eficaz, causando la entrada libre de enfermedades oportunistas que ingresan al organismo totalmente desprotegido de defensas protectoras que combaten contra agentes que causan las enfermedades.

Para el Dr. Hamer en su teoría explica que el VIH es el Virus de la Inmunodeficiencia Humana. El consenso mayoritario entre la comunidad científica es que este virus es la CAUSA del SIDA. En otras palabras, cuando hay SIDA es porque previamente se ha sido infectado por el VIH; pero no toda persona infectada con el VIH tiene SIDA (ya que puede estar infectada con el virus, pero no desarrollar todavía el cuadro clínico de inmunodeficiencia y la aparición de infecciones oportunistas o cánceres poco frecuentes.) En los casos de personas infectadas con VIH, pero sin SIDA, se habla de "portador sano¹".

Hace varios años se creía que el VIH, ingresaba al organismo y permanecía como "dormido" en él durante mucho tiempo, a esta conducta del virus se la conoce como etapa silenciosa o asintomática. Pero en la actualidad se ha demostrado que desde el ingreso del virus en el organismo este destruye los linfocitos CD4 diariamente, sin embargo el cuerpo comienza a reemplazar células T infectadas por otras nuevas, hasta que paulatinamente pierde la batalla. Mientras la reproducción viral sea mayor también lo será la destrucción de los linfocitos; cual enfrentamiento medieval el virus en una lucha diaria con linfocitos CD4 se destruyen y se reproducen billones de veces cada día, obteniendo como resultado un sistema inmunológico débil y deteriorado.

En la actualidad podemos contar con un nuevo estudio médico para conocer cuál es el nivel de la carga viral en el organismo, mejor conocido como test de la CARGA VIRAL, este mismo arroja un resultado del cual se sirve el profesional pudiendo luego determinar con gran precisión cómo y cuándo iniciar el tratamiento del paciente.

Todo individuo que ha sido alcanzado por este virus quedara infectado por el resto de su vida, esto nos quiere decir que cuando una persona está enferma de VIH deberá tomar ciertos recaudos o cuidados al momento de tener relaciones sexuales o íntimas, incluso cualquier actividad que comprenda contacto de fluidos. Está demás decir que por este

¹ Fuente Pagina Web BC WEB: Beto Campos Calidad Informativa. Recuperado el día 22/10/2013 [betocampos.over-blog.com /article-sida-vih-positivo-segun-teoria-de-hamer-55622684.html](http://betocampos.over-blog.com/article-sida-vih-positivo-segun-teoria-de-hamer-55622684.html)

motivo a nivel mundial se incentiva y propaga el uso de protección a la hora de tener contacto íntimo entre las personas, como el uso del condón, sea que estén o no estén enfermos. A fin de evitar la propagación de la epidemia.

Una de sus características no menos importante es, como su nombre lo indica "HUMANO", es una enfermedad que solo afecta a las células humanas no así a los animales aunque existen entre estos últimos varias enfermedades con características similares en simios y felinos. Algunos creen que el VIH proviene de una especie de mono africano.

Este virus en particular pertenece a un grupo denominado lentivirus, o virus lentos. Esto nos quiere decir que el periodo de infección en una persona es muy prolongado entre la infección y la aparición de síntomas propios de la enfermedad. Es en el sistema linfático donde se produce constantemente desde la infección o contacto con una persona infectada.

Entendemos que la cuestión del VIH/SIDA es realmente alarmante, cuando comenzó a propagarse la epidemia solo afectaba a algunos grupos: prostitutas, homosexuales, drogadictos principalmente. Actualmente esta enfermedad ya no se encuentra en casos aislados, para transformarse y llegar al nivel de una pandemia y por ende todos podemos contraerla. A nivel mundial ya ha alcanzado un nivel preocupante, sin embargo en países subdesarrollados la amenaza es aún peor, lugares donde la pobreza y la falta de educación en las personas son mayores aun, ayudan a que la epidemia se propague y se instale en sociedades más vulnerables; por la falta de conciencia social de gravedad de esta enfermedad, maneras de transmitirse y formas de protección a fin de evitar el contagio.

Decimos que el VIH ya ha dejado de ser un problema de pequeños grupos para formar parte de un problema de la mayoría, que crece y se propaga sin control afectando de esta manera a toda persona sin distinción de raza, religión, ideología política, nivel económico o edad. Creemos que ya ha dejado de ser una enfermedad solo de los grupos de riesgo para pasar a ser una enfermedad dependiente de las actividades o conductas de riesgo que realice una persona.

El VIH/SIDA es una enfermedad muy penosa y despiadada para aquellos sujetos que la padecen y para aquellos que los aman. Más allá que la misma puede desencadenar en la muerte del que la padece, puesto que a todos tarde o temprano nos llegara el mismo

destino, la crueldad de la enfermedad mediante la aparición de diferentes síntomas que provocan el recorrido del paciente por un calvario lleno de dolor, malestar, dificultades físicas y en ocasiones psíquicas, encuadran la primera etapa por la que una persona enferma debe padecer, ya que no solo es una cuestión de sufrimiento físico la persona atraviesa también por un padecimiento psicológico y moral que la degrada y consume cada día un poco más, conocen que no tomando los recaudos adecuados están destinados inevitablemente a un doloroso final.

Como si fuese poco los enfermos están estigmatizados socialmente por el solo hecho de ser portadores del virus, pensamos que el virus es muy cruel y despiadado pero las personas que rodean al infectado pueden serlo aun más. No olvidemos que las personas infectadas por el virus no solo son tan humanas como todos nosotros, sino que transitan un camino muy duro y vulnerable que no debería generar rechazo social sino mas bien solidaridad e inclusión social.

En el mundo del trabajo esto no es problema menos importante, siendo el trabajo la fuente principal de aprovisionamiento de medios y recursos para sobrevivir e insertarse en la sociedad, marcando una diferencia entre una vida digna y una marginada (Sánchez 1969). En materia laboral sostiene la OIT que la infección por VIH supone un importante factor de atención en diversos sentidos. En primer lugar, porque la epidemia afecta al tejido social y económico de las sociedades, y supone una amenaza al mundo del trabajo en la medida en que incide en el sector más productivo de la población activa. Así, se estima que aproximadamente el 60% de las personas afectadas por VIH son económicamente activas. En segundo lugar, la epidemia y sus efectos aquejan más cruelmente a los colectivos vulnerables, incluidos los niños y niñas y las mujeres, aumentando, por tanto, las desigualdades entre los países, las desigualdades de trato que existen entre hombres y mujeres y exacerbando el problema del trabajo infantil (Agirrezaval A, Valencia J. Fuster MJ, 2007).

Por último, el VIH menoscaba los derechos fundamentales en el trabajo, cuando se trata de discriminar o rechazar a personas que lamentablemente conviven con el VIH. Si bien hay una tendencia reciente al estudio de la relación laboral y VIH/SIDA, todavía son pocos los estudios e investigaciones que se encuentran trabajando en ello. Creemos que existe una inmediata necesidad de tener esta clase de temas en el foco de la cuestión y desde una perspectiva multidisciplinar. La reinserción al mundo laboral de las personas

con VIH, se plantea como uno de los retos al que las administraciones y la red asociativa de las ONG han de confrontar por los próximos años.

Concepto de SIDA

Entendemos que es la enfermedad que se desarrolla como consecuencia de la destrucción progresiva del sistema inmunitario (de las defensas del organismo), producida por un virus descubierto en 1983 y denominado Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH). Gallo y Montagnier (2003), indican que en los países occidentales se creía que esta clase de enfermedades epidémicas ya estaban desapareciendo, sosteniendo que solo eran enfermedades de países del tercer mundo. Cuando el VIH/SIDA ya estaba entre nosotros y en los países ricos desaparecía su irrazonable idea de inmunidad.

La definen alguna de estas afecciones: ciertas infecciones, procesos tumorales, estados de desnutrición severa o una afectación importante de la inmunidad. La palabra SIDA proviene de las iniciales de Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, que consiste en la incapacidad del sistema inmunitario para hacer frente a las infecciones y otros procesos patológicos. El SIDA no es consecuencia de un trastorno hereditario, sino resultado de la exposición a una infección por el VIH, que facilita el desarrollo de nuevas infecciones oportunistas, tumores y otros procesos. Este virus permanece latente y destruye un cierto tipo de linfocitos, células encargadas de la defensa del sistema inmunitario del organismo².

Decimos entonces que el SIDA es una enfermedad infecciosa causada por un virus denominado Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH o HIV) o virus del SIDA. Una enfermedad infecciosa es aquella que es causada por un germen y que puede transmitirse de una persona a otra. Un virus es una pequeña partícula infecciosa que sólo puede vivir como parásito de las células del organismo, donde se multiplica. Fuera de las células sobrevive con dificultad y durante poco tiempo³.

Como mencionábamos en el punto anterior explicábamos que el SIDA es la etapa avanzada de la enfermedad producida por el virus; de esta manera dejamos en claro que

² Fuente: Página web de ACIPRENSA. Recuperado el día 15/06/2013 de <http://www.aciprensa.com/sida/definicion.htm>

³ Fuente: Página web de Día mundial de la lucha contra el SIDA. Recuperado el día 22/10/2013 <http://www.me.gov.ar/efeme/sida/hivsida2.html>

son dos cosas diferentes y así rectificamos el hábito o costumbre equivocada de hablar de estos términos como si fuesen sinónimos.

Entendemos entonces que es el resultado de un deterioro progresivo y relevante de nuestro sistema inmunológico. Las personas que lo padecen se encuentran en un estado de “defensas bajas” o demasiado vulnerable para permitir el paso de diversas enfermedades y múltiples infecciones denominadas “oportunistas” por aprovecharse de un organismo en indefenso estado.

Para conocer el diagnóstico de la infección por VIH, la persona debe realizarse un análisis de sangre. Estos análisis se denominan test de ELISA y WESTERN BLOT. Este análisis lleva un orden, primero debe realizarse el test de ELISA, si el mismo diera un resultado positivo debe realizarse el test de WESTERN BLOT el cual confirma el diagnóstico de la enfermedad causada por el virus. En muchos casos el primer test (ELISA) se repite dos veces, muchas veces se obtiene un resultado positivo falso, si el segundo análisis arroja un resultado positivo es entonces cuando se debe someter el segundo test (WESTERN BLOT). Ambos tests básicamente comprenden la detección de anticuerpos contra distintas proteínas del VIH que están presentes en la sangre de las personas infectadas. Estos anticuerpos de los que hablamos son proteínas que fabrica el organismo, sistema inmunológico, para poder atacar y defenderse de los agentes infecciosos en general o de otros elementos que el cuerpo humano reconoce como extraños. Entonces es evidente que cuando encontramos anticuerpos que combaten contra el virus representa, por lo tanto, una prueba irrefutable de que el virus está presente dentro del organismo.

En algunos países ya existe la posibilidad de poder adquirir un kit personal para poder realizarse el análisis en su propia casa. El mismo se realiza colocando una gota de sangre sobre un papel secante que luego será enviada por correo a un laboratorio donde será estudiado y analizado. Una vez procesado el análisis le comunican por teléfono el resultado, contando con un equipo de profesionales capacitados para brindar esta clase de información, y aconseja a los enfermos sobre el tratamiento a seguir.

El diagnóstico de SIDA se hace cuando un paciente portador del VIH ya padece de alguna infección o tumor oportunista de las denominadas “enfermedades marcadoras del SIDA” o cuando su nivel de linfocitos CD4 en sangre desciende por debajo de 200 células por milímetro cúbico (Martin, M. 2003).

Las manifestaciones del VIH se divide en tres etapas: 1) infección primaria, 2) latencia clínica y 3) tumores oportunistas.

La infección primaria comienza con el ingreso del virus al organismo, tiene un periodo de incubación de 7 a 21 días, y puede pasar totalmente inadvertida para el enfermo o presentarse, en un 30 a 70% de los casos, con manifestaciones similares a las de un estado gripal, fiebre, manchas en la piel, ganglios inflamados, meningitis, etc. Alrededor de las 3 a 6 semanas de la infección, la mayoría de los enfermos presentan anticuerpos contra el VIH y los tests de ELISA y Western Blot dan resultados positivos. En Algunos enfermos, sin embargo, la detección de resultados positivos puede demorarse hasta 3 o 6 meses. La etapa de latencia clínica se caracteriza por el paso de varios años, 3 a 8 aproximadamente, en este periodo el enfermo se siente sano, no presenta mayores síntomas o puede detectarse algunos ganglios agrandados de manera persistente en varias regiones de su organismo. En la etapa pre- SIDA el enfermo comienza a padecer episodios de fiebre, decaimiento general, pérdida de peso, diarrea e infecciones leves y finalmente el enfermo ingresa en la etapa más avanzada de la enfermedad en donde comienza a padecer infecciones y tumores oportunistas que constituyen las denominadas enfermedades marcadores del SIDA.

Estas enfermedades, al igual que los niveles de linfocitos CD4 por debajo de 200 por mm³, indican que el enfermo padece SIDA. Entre las enfermedades marcadoras más comunes están: las neumonías, la esofagitis producida por hongos o virus, la toxoplasmosis cerebral, la histoplasmosis diseminada, la retinitis por el virus Citomegalovirus, la enfermedad por microbacteria atípica denominada *M. avium*, el síndrome del adelgazamiento crónico, la meningitis por el Criptococo, el cáncer invasivo del cuello uterino, el sarcoma de Kaposi, el limfoma, etc. Es en este momento cuando el paciente puede llegar a padecer una enfermedad o una combinación de las mismas siendo necesaria la intervención inmediata del tratamiento médico adecuado de manera intensiva para evitar el progreso de la infección (Martin, M. 2000).

1.1.VIH en Argentina

La epidemia del VIH no es tema de escasa relevancia en nuestro país, ya que un número importante de habitantes de nuestro territorio se ve afectado por esta enfermedad.

En 2012 el Boletín Epidemiológico de la Dirección de Sida y Enfermedades de Transmisión Sexual dió a conocer que existen cerca de 110.000 personas con VIH, en su mayoría jóvenes y adultos, y un porcentaje importante de ellos desconoce su condición.

El gobierno asegura el tratamiento antirretroviral sin costo a 48 mil personas, un 70% recibe las medicinas del sistema público de salud y otra parte entre empresas de medicina prepaga y obras sociales. Según datos publicados en el Boletín Epidemiológico 2012 de la Dirección de Sida y Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS) del Ministerio de Salud de la Nación, que es el principal instrumento de análisis de la situación del VIH en el país, actualmente en Argentina la epidemia está estabilizada a raíz de la disminución de la mortalidad y la reducción tanto de la transmisión vertical (de madre a hijo) como del número de casos de la enfermedad. (Letoile y Di Bello, 2013, p. 18).

Para Carlos Falistocco (2013) actualmente se efectúan unos 5.500 diagnósticos positivos de VIH por año en la Argentina y esa cantidad se mantiene estable desde hace aproximadamente una década, pero en ese lapso algunas cosas han cambiado. Por ejemplo, en 2001-2002 la mayoría de los afectados tenía entre 20 y 35 años, mientras que en 2009-2010 el 50% de los diagnósticos tuvo lugar en hombres mayores de 35 años.

Las vías de transmisión también se han ido modificando con el correr de los años, ya que actualmente casi el 90% de los casos corresponde a relaciones sexuales sin protección, mientras que ha caído notablemente el contagio por uso compartido de jeringas y es casi nula la transmisión por sangre infectada.

Es más, hoy “gran parte de los heterosexuales, más del 50% de los hombres y del 90% de las mujeres, se infectan por una relación heterosexual” (Falistocco, 2013, p. 19).

Es esta estadística la que barre con aquel antiguo prejuicio acerca de que el HIV afectaba particularmente a los homosexuales. Otro resultado significativo del Boletín Epidemiológico 2012 es que el 50% de los hombres y el 33% de las mujeres con diagnóstico de VIH completaron sus estudios secundarios o alcanzaron el nivel universitario. Llama la atención la cantidad de varones jóvenes recientemente infectados que provenían de medios sociales medios y altos. Se admite que a mayor nivel educativo corresponde un mayor nivel de información, pero estos datos muestran que la

información no basta, que cada sujeto debe hacerla significativa para sí. En todo caso, esto vuelve a plantear que el VIH-sida puede afectar a cualquiera.

Ante la problemática en nuestro país existen instituciones u organismos dedicados pura y exclusivamente a dar respuesta al VIH/SIDA. Uno de los más importantes es la Fundación Huésped; la misma es una organización no gubernamental sin fines de lucro, con personería jurídica N° 958 otorgada por la Inspección de Justicia de la República Argentina el 23 de noviembre de 1989. Algunas de sus funciones más importantes en cuanto al combate contra la epidemia no sólo como enfermedad biológica de transmisión entre las personas, sino como una importante problemática social que requiere de la existencia de un entorno comunitario adecuado para las personas que viven con el virus VIH. Otros de sus objetivos primordiales consisten en trabajar para lograr el acceso a la información, la educación y la prevención; conformar una conciencia social comprometida y solidaria; favorecer la investigación y la actualización de los profesionales de la salud; y mejorar los servicios sociales y de salud, incluyendo la protección contra la discriminación⁴.

1.2.Vías de transmisión del virus

Las vías de transmisión del VIH han sido claramente estudiadas e investigadas, este virus se transmite a través de la sangre, semen y flujos vaginales y en algunos casos la leche de las madres infectadas.

La vía sanguínea: esta se da cuando la sangre de una persona infectada entra en contacto con el organismo de otra persona que no está enferma. Es muy común esta vía de transmisión en los casos de las personas consumidoras de drogas endovenosas al compartir jeringas y/o agujas. Las personas con estos comportamientos adictivos están mucho más expuestas al peligro de contagio de la enfermedad ya que convive con una dependencia psicológica y fisiológica a las sustancias que impiden medir las consecuencias de sus actos, mucho menos tomar conciencia del riesgo asumido al compartir jeringas con otras personas que pueden estar infectadas.

⁴ Fuente Página Web de Fundación Huésped. Recuperado el día 22/10/2013.
<http://www.huesped.org.ar/sobre-nosotros/>

Pensamos que cualquier conducta similar al consumo de estupefacientes o alcohol en exceso ubica a cualquier persona en un estado vulnerable incapaz de tomar la conciencia suficiente como para reconocer situaciones que impliquen alto riesgo de contagio. También constituyen una vía de transmisión la transfusión de sangre o sus derivados y órganos que no hayan sido rigurosamente controlados. En la actualidad los bancos de sangre imponen la obligación de realizar el examen de sangre para detectar el VIH antes de realizar la transfusión. El art. 7 de la ley 23.798 Ley Nacional de SIDA al establecer que es obligatorio la detección del virus y de sus anticuerpos en sangre humana destinada a transfusión, elaboración de plasma y otros de los derivados sanguíneos de origen humano para cualquier uso terapéutico, como también es obligatoria, además, la mencionada investigación en los donantes de órganos para trasplante y otros usos humanos, debiendo ser descartadas las muestras de sangre, hemoderivados y órganos para trasplante que muestren positividad.

Existe sin embargo una pequeña cantidad de donantes infectados que están atravesando la etapa más temprana de la enfermedad lo que en la jerga medica se conoce como el periodo “ventana serológica”, donde es negativo el resultado del test de VIH.

Dentro del ámbito de los trabajadores de la salud cualquier clase de accidente laboral, sobre todo cortaduras, pinchazos y raspaduras, con objetos con estrecha relación a la sangre del paciente con VIH, es una fuente relevante de contagio, de todas maneras es de un bajo porcentaje la posibilidad de contagiarse de esa manera.

La mayoría de las infecciones por vía parenteral ocurre entre las personas que se inyectan con drogas ilegales, con un número mucho más reducido debido a las transfusiones de sangre o uso de productos hemoderivados contaminados (antes de la imposición de medidas obligatorias de protección de los bancos de sangre). Durante la primera década de la epidemia, en el mundo occidental, la mayoría de las mujeres positivas para el VIH (VIH+) se habían infectado por haber compartido agujas o jeringuilla contaminadas⁵.

De la madre al hijo: está comprobado que la mujer infectada por el virus puede transmitir la infección a su hijo, en el periodo de lactancia, embarazo o parto. El riesgo de transmisión asciende junto con el aumento en los niveles de virus circulante en la

⁵ Estébanez, P. (2005). *Medicina Humanitaria*. España: Editorial Díaz de Santos. pàg 339.

sangre de la madre. En algunos países del tercer mundo la leche materna no puede ser suplantada por otra más nutritiva o higiénica para la criatura recién nacida, por lo que la lactancia es la única alternativa de alimentación. Actualmente se ha comprobado que la mujer embarazada portadora del VIH, bajo tratamiento con drogas antivirales junto con el neonato durante las primeras 4 a 6 semanas de vida reduce el riesgo de transmisión. Un estudio realizado en 1998 reveló que alrededor de 600.000 niños son infectados cada año por vía perinatal, 25-35% de ellos son infectados a través de la lactancia. La transmisión durante el parto es teóricamente posible debido a la exposición del niño a la sangre y secreciones maternas infectadas con el VIH⁶.

La vía sexual: Cualquier tipo de conducta sexual sea heterosexual, bisexual u homosexual que comprenda el contacto íntimo, ya sea a través de la vía anal, vaginal u oral, de flujos vaginales, semen o sangre de una persona infectada conlleva el riesgo de contagio del VIH. El aislamiento del virus en la sangre, semen, secreciones cervicales y en la sangre de la menstruación significa que todos estos fluidos pueden constituir agentes infecciosos durante las relaciones sexuales. Al principio de la pandemia del SIDA, la mayoría de los casos en el mundo occidental ocurría entre hombres homosexuales por lo que los primeros estudios de factores de riesgo se enfocaban en ese grupo. El elevado número de parejas sexuales y el coito anal receptivo se han asociado con seropositividad VIH. La transmisión heterosexual siempre fue baja en comparación con los países africanos. Sin embargo, la OMS pronosticó que la transmisión heterosexual llegará a ser cada vez más importante en el desarrollo del SIDA en el mundo (Estebanez, 2005).

Creemos que conociendo la manera en cómo NO se transmite el virus evitaremos falsas preocupaciones y miedos innecesarios. Este virus no se transmite por el contacto habitual entre personas que conviven en un mismo hogar, ni en la escuela ni mucho menos en el lugar de trabajo. Este virus no se transmite a través de estornudos, agua, insectos, saliva, lágrimas, sudor, por compartir el mismo baño, alimentos, vajilla, ropa, piscinas o teléfono. No existe riesgo de contagio por abrazar, estrechar la mano, acariciar a las personas con VIH, cuestión muy importante hoy en día en la sociedad carente de conocimientos básicos sobre el particular; explicando esto sabemos que el

⁶ Estebanez, P. (2005). *Medicina Humanitaria*. España: Editorial Díaz de Santos. pàg 339.

nivel de falta de educación sobre el VIH, desde su origen hasta los medios de prevención para evitar el contagio, se sitúa a un nivel realmente preocupante.

Pensamos que es de suma importancia desterrar mitos y prejuicios sin fundamento sobre los riesgos de contagio en el contacto diario con personas que convivan con el VIH.

1.3. Actos discriminatorios en la sociedad actual.

La palabra “discriminar” proviene del latín “*discriminare*” y en su primera acepción alude a escoger algo o a alguien excluyendo a los demás. A modo de ejemplo, imaginemos que tienes una bolsa llena de caramelos de color rojo y azul y se te pide que discrimines los caramelos azules solamente, se trata entonces de buscar los caramelos y saber identificarlos. Lo que nos interesa aquí es la segunda acepción, discriminar consiste en dar trato de inferioridad a una persona por motivos, económicos, raciales, políticos o religiosos. Habitualmente, cuando se habla de discriminación nos referimos a la discriminación en sentido negativo, pues se está tratando indebidamente a una persona por causas sin justificativo alguno. Ahora bien, actualmente existe también una medida política denominada “discriminación positiva” que consiste en ayudar a un colectivo desfavorecido de la sociedad para que pueda conseguir la equidad social⁷. La discriminación actúa de manera flexible a través de los años, su contenido obedece a circunstancias de tiempo, lugar, contexto, agrupamientos ideológicos, etc.; razón por la cual la discriminación jamás resulta objetiva, natural o lógica, como un ejemplo clave de esto resulta interesante decir que la esclavitud, hoy siendo un acto aberrante y reprochable, en la antigüedad era aceptada.

Uno de los problemas sociales que lleva consigo la epidemia del SIDA es la discriminación. Además de los inconvenientes físicos, las personas que contraen la enfermedad, deben lidiar también con una sociedad que los excluye, evita y hasta mira con temor.

Incluimos el ámbito laboral donde se cometen actos discriminatorios por diversas causas, una de ellas la de ser portador del VIH; ignorando que los infectados no crean un riesgo para el entorno laboral donde se desempeñan, extinguiendo, el empleador, el vínculo laboral que los relacionaba o no otorgándole la oportunidad de desempeñarse en

⁷ Fuente Pagina Web Recursostic. Educación. Recuperado el día 25/10/2013
http://recursostic.educacion.es/secundaria/edad/4esoetica/quincena8/quincena8_contenidos_4.htm

su industria o comercio. O también sentirse ofendido, excluido o diferente por el resto de sus compañeros de trabajo.

En nuestro país existe el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) éste es un organismo nacional del Estado Argentino el cual tiene como objetivo primordial luchar contra la discriminación en todas sus formas. El INADI, cuenta con un Presidente y un Vicepresidente, que trabajan paralelamente con un Directorio y un Consejo Asesor integrado por representantes del Gobierno nacional y de las Organizaciones de la Sociedad Civil.

En el ámbito de las relaciones laborales es muy común que se den ciertas situaciones de actos discriminatorios entre los mismos trabajadores o empleadores hacia empleados. Diversas pueden ser sus causas desde su elección política, religión, sexo, orientación sexual, aspecto físico, raza, etc. Se debe priorizar el respeto a la dignidad del trabajador, lo vemos en los arts. 70 a 72, LCT, también se le impone la prohibición al empleador a ordenar al trabajador la manifestación de sus ideas políticas, religiosas o sindicales (art. 73, LCT). Desde otro enfoque la Ley 23.592 prohíbe todo tipo de discriminación, el mismo reza 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, dejar sin efecto el acto discriminatorio cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados” (art.1).

El mismo continúa diciendo que “a los efectos del presente artículo se consideraran 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”.

El mismo empleado víctima del acto discriminatorio tiene el derecho de exigir que se deje sin efecto o cese el acto discriminatorio para que el sujeto activo del acto discriminatorio sea obligado a cesar en su accionar perjudicial, nulificándolo y dentro de lo posible volver la situacional al estado anterior. El trabajador damnificado puede solicitar mediante la vía del amparo, que se declare la nulidad y exigir al empleador la restitución de las cosas al estado anterior que puede consistir en el cese de la acción u omisión discriminatoria como la posibilidad de reclamar la reparación del daño materia y moral con fundamento en el art. 1078, CCiv.

1.3.1. Derecho antidiscriminatorio

A medida que la sociedad se adapta a los cambios propios de la evolución de sí misma, la discriminación no deja de ser un infiltrado más entre nosotros. Por razones de raza, sexo, religión o status económico, por ejemplo, era necesario para los órganos legislativos de cada nación en particular tomar conciencia de la necesidad de poseer un ordenamiento jurídico acorde al eje principal de la cuestión, la igualdad entre los hombres, y asegurar la protección de aquellos que se sientan ofendidos por causa de agresiones producto de actos discriminatorios.

Es importante considerar que el concepto derecho antidiscriminatorio es reciente y complejo no debe ser confundido con sus fuentes materiales ni con los criterios que emplea; de modo tal que el concepto de derecho antidiscriminatorio es categórico en su contenido abstracto; Es aquella rama del ordenamiento jurídico que vela por el respeto al principio de igualdad, a través de un control autónomo y especial del contenido de la norma o su aplicación, procediendo en caso de estimar discriminatoria una acción u omisión determinada proceder a adoptar las medidas que sean necesarias para restablecer el principio de igualdad y asegurar así la debida protección al afectado.

Este concepto de derecho antidiscriminatorio es de carácter general, pues puede ser autónomo o bien dependiente de otra rama del derecho como derecho laboral, penal, civil, administrativo y comercial, (Marchant, 2004, p. 4).

La inclusión y desarrollo de un Derecho antidiscriminatorio no actúa a modo de alquimia que transforme “coherentemente” todo el Derecho positivo en antidiscriminatorio o, simplemente, en no discriminatorio. En este sentido, el Derecho positivo no sólo constituye una instancia discriminatoria (productora de discriminación) sino que, además -y con ello se pasa a la precisión que se quería efectuar-, en la medida en que no reconozca y actúe contra discriminaciones sociales (estructurales, institucionales) existentes, se convierte en una instancia reproductora de discriminación. Expresado brevemente: el Derecho puede discriminar por comisión y por omisión⁸.

Concluyendo el primer capítulo ya estamos en condiciones de poder entender cuál es el origen del VIH/SIDA, modos de transmisión, la diferencia entre VIH y SIDA y comprender cuál es su influencia en la sociedad. Como la ignorancia es un aliado más

⁸ Fuente: Página web de Observatorio Justicia y Genero. Recuperado el día 20/10/2013, http://observatoriojyg.org/index.php?option=com_content&view=article&id=91&Itemid=324

de los actos discriminatorios que tienen que padecer muchos infectados, haciendo que sientan que su enfermedad parezca mucho más leve que la estigmatización a la que se ven expuestos por la misma sociedad donde viven.

Explicamos el concepto de discriminar para poder entender desde la base el problema que nos hemos propuesto estudiar; tanto en colegios, clubes, universidades, en el ámbito del trabajo, etc., los actos discriminatorios son el denominador común si de diferencias de piel, nivel económico, orientación sexual, ideología política se trata, entre tantos otros factores.

Capítulo II

PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.

DERECHO INTERNACIONAL

Cuando en Derecho se habla de Igualdad, lo que se quiere decir es que la ley no pretende marcar diferencias entre personas de características similares, por lo que a todas ellas se les reconocen las mismas posibilidades y los mismos derechos.

Dentro de diversas legislaciones la igualdad dio como resultado la abolición de la esclavitud y la supresión. Todas las personas son iguales ante la ley, sin distinción de razas, credos, ideas políticas, posición económica, sexo; esto es lo que se denomina básicamente como principio de igualdad.

2.1. Principio de Igualdad.

Al hablar de igualdad podemos afirmar que consiste en que sean tratados del mismo modo todos los habitantes de nuestro Estado, siempre y cuando estén en las mismas circunstancias y condiciones.

La igualdad ante la ley es un principio jurídico que se deriva del reconocimiento de la persona como criatura dotada de unas cualidades esenciales -comunes a todo el género humano- que le confieren dignidad en sí misma, con independencia de factores accidentales como aquellos que a título de ejemplo enuncia el artículo transcrito, lo que implica proscripción de toda forma discriminatoria, sea ella negativa o positiva, en las relaciones entre gobernantes y gobernados así como en la creación, definición y aplicación de las normas que componen el ordenamiento jurídico. Este, en el Estado de Derecho, es un conjunto armónico puesto en relación con la comunidad a la cual obliga y, en acatamiento al aludido principio, está llamado a procurar no tan solo una igualdad formal o de alcance puramente teórico en materia de derechos, deberes y obligaciones, sino que debe proyectarse al terreno de lo real, para hacerla efectiva mediante fórmulas concretas que eleven las posibilidades de quienes por sus condiciones de manifiesta

inferioridad, no alcanzarían de otra manera el nivel correspondiente a su dignidad humana⁹.

En derecho del trabajo el Dr. Tosselli (2005) explica que este principio se trata de igualdad de prestaciones en igualdad de condiciones. Distingue los regímenes, pero la igualdad es entre los que están dentro de un mismo régimen y en las mismas condiciones.

El principio de prohibición de hacer discriminaciones afirma que no existe ninguna causal que justifique discriminar a los trabajadores o entre los mismos. Explica Julián De Diego (2000) que el principio de prohibición de hacer discriminaciones consiste en que al empleador le está vedada la posibilidad de realizar discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, estado civil, raza, religión, ideas políticas y otras causales (aspecto físico, enfermedades, discapacidad, etc.).

En el ámbito de las relaciones laborales este principio se puede ver perfectamente reflejado en los artículos 17 y 81 de la LCT, el primero habla de la prohibición de cualquier clase de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, religión, política, gremiales, nacionalidad o de edad y, en el segundo cuando establece que se debe dispensar a todos los dependientes igual trato en identidad de situaciones, dispositivo que se inspiró en la doctrina sentada por la CSJN, 26/8/66, "Ratto, Sixto y otros c/ Productos Stani SA") y posteriormente en el caso "Fernández, Estrella v. Sanatorio Güemes SA" (23/8/1988).

La Corte indica que esta garantía de igualdad que emana del principio en estudio, no impone legislación uniforme en el ámbito de las relaciones laborales ("Sindicato Luz y Fuerza de Rafaela", Fallos, 290:356), sin embargo la confección de los diferentes contratos de trabajo debe seguir ciertas regulaciones y respetar los derechos en general no siendo estos con fines perjudiciales para unos y no para otros. Entonces decimos que no se afecta la garantía de igualdad por las distintas remuneraciones que perciban los trabajadores respetando convenios en particular ("Suárez", Fallos, 270:429).

La Corte también puntualizó que esta garantía de igualdad ante la ley significa comprender un trato legal igualitario para aquellos trabajadores que estén en las mismas circunstancias, esto no quiere decir que el legislador no pueda entender de manera

⁹ Fuente: Pagina Web dedicada a generar información contable, financiera, económica, tributaria, legal y temas complementarios de utilidad para contadores públicos, empresarios, trabajadores, abogados Recuperado el día 01/10/2013 <http://www.gerencie.com/principio-de-igualdad-ante-la-ley.html>

diferente en algunas situaciones siempre y cuando su basamento no sea arbitrario (CSJN., 2/6/2000, “Guida, Liliana v. Poder Ejecutivo Nacional/empleo público”).

Aquí lo que se castiga es la discriminación arbitraria. No comprende una violación al principio de igualdad, si por alguna causa objetiva, el empleador abona mayor remuneración a otros y a otros no por motivos de mayor laboriosidad, siempre y cuando se respeten los convenios colectivos de aplicación.

Consideramos que así lo entendió la Cámara Nacional Civil en el caso “Asociación mujeres en igualdad v. Freddo SA s/amparo, dicha asociación promovió un amparo tendiente a que la empresa comenzara a incorporar personal solo de sexo femenino a su plantel de trabajadores hasta igualar la cantidad de trabajadores por la toma exclusiva de empleados de sexo masculino, debiendo proveer anualmente un informe que así lo acredite bajo apercibimientos de multas.

2.2. Constitución Nacional

En nuestra Constitución Nacional en el segundo párrafo del art. 16 enuncia un principio general, al establecer que todos somos “iguales ante la ley”. En el art. 15 y lo que queda del 16, comenzamos a leer sobre títulos de nobleza, esclavitud, posibilidades de acceso a empleos, etc. En 1994 ya en varios capítulos se encontraban las primeras apariciones del principio que tratamos, lo vemos en el art. 37 (derecho políticos), art. 75 inc. 23 (sobre la protección a personas débiles víctimas de tratos discriminatorios), art. 75 inc. 19 (sobre educación) y por último en el art. 75 inc. 2.

La Corte Suprema indicó, por ejemplo, que el art. 16 se inspira en la conciencia democrática de los constituyentes, donde "no es, pues, la nivelación absoluta de los hombres lo que se ha proclamado, aspiración quimérica y contraria a la naturaleza humana, sino su igualdad relativa, propiciada por una legislación tendiente a la protección en lo posible de las desigualdades naturales" ("Díaz Vélez", Fallos, 151:367), (Sagües, Néstor P. 2007).

En nuestra Carta Magna el art. 16 prescribe que no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento, no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza que todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas; el art. 14 bis

establece que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario, en caso que la situación particular sea como veníamos explicando cuando se hace la diferencia entre dos o más sujetos en mismas circunstancias y misma capacidad, y también habla sobre estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Por otro lado, el art. 75 Corresponde al Congreso: 23) 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.

Es interesante saber distinguir la discriminación objetiva y la discriminación arbitraria, "el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se le concede a otros en igualdad de circunstancias" ("Martínez", Fallos, 312:826, y "Gómez y Federico", Fallos, 312:851). La Corte acepta razones de objetiva discriminación, en tanto la ley formule distinciones entre supuestos que estime distintos, siempre que aquéllas no resulten arbitrarias, esto es, "mientras no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio de personas o grupos" ("Unión Gremial Trabajadores Sanitarios", Fallos, 299:146; "Fernández", Fallos, 302:192, y "Halladjian", Fallos, 302: 457). Esto permite hablar de discriminaciones legítimas y discriminaciones ilegítimas en el derecho constitucional local (Sagües 2007).

Explica el Dr. Sagües, que para la Corte, la igualdad ante la ley reclama "iguales derechos frente a hechos semejantes, o igual trato siempre que las personas "se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones". "Igualdad ante la ley", explica el tribunal, "quiere decir debe ser igual la ley para los iguales en iguales circunstancias" ("Nuevo Banco Italiano", Fallos, 200:428). Entonces decimos que hay desigualdad, si la ley contempla en forma distinta situaciones que son iguales ("Martínez", Fallos, 312:826), pero no si contempla de manera diversa a supuestos o casos que son entre sí diferentes.

Si bien la Constitución Nacional garantiza la libertad de contratar, hay que recordar que los derechos que ella ampara están sujetos a leyes que lo reglamentan, por ende no son absolutos. Esta prohibición de discriminar, configura justamente un límite a esta “libertad” de contratar, imponiendo al empleador la obligación de mantener un criterio neutro por igual tanto a hombres como mujeres.

Dice Bidart Campos (2008) que el derecho de igual remuneración por igual tarea tiene un ámbito muy especial de vigencia: pueden invocarlo los trabajadores que con igualdad de tarea se desempeñan para un mismo empleador, o dentro del régimen de un mismo convenio colectivo. Pero no parece que pueda extenderse más allá para trazar comparaciones entre trabajadores de empleadores distintos o regidos por convenios diferentes.

2.1.2. Constitución de la Provincia de Córdoba.

A nivel provincial, la Constitución de la Provincia de Córdoba hace mención, en dos de sus artículos, al principio de igualdad; por un lado el art. 7 dispone que todas las personas en la Provincia sean libres e iguales ante la ley y no se admiten discriminaciones, la convivencia social se funda en la solidaridad e igualdad de oportunidades; y por otro lado, el art. 19 ordena que todas las personas en la provincia gocen de los siguientes derechos de acuerdo a las leyes que reglamentan su ejercicio: a la vida desde la concepción, a la salud, a la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal; al honor, a la intimidad y a la propia imagen; a la libertad e igualdad de oportunidades; a aprender y enseñar, a la libertad intelectual, a investigar, a la creación artística y a participar de los beneficios de la cultura; a la libertad de culto y profesión religiosa o ideológica; a elegir y ejercer su profesión, oficio o empleo: a constituir una familia; a asociarse y reunirse con fines útiles y pacíficos; a petitionar ante las autoridades y obtener respuesta y acceder a la jurisdicción y a la defensa de sus derechos; a comunicarse, expresarse e informarse; a entrar, permanecer, transitar y salir del territorio; al secreto de los papeles privados, la correspondencia, las comunicaciones telegráficas y telefónicas y las que se practiquen por cualquier otro medio; a acceder, libre e igualitariamente, a la práctica del deporte¹⁰.

¹⁰ Constitución de la Provincia de Córdoba, artículos 7 y 19.

Creemos necesario mencionar en este punto, en cuanto a legislación provincial se refiere, que luego de ocho largos años desde la primera aparición de personas infectadas con el virus se declara de interés nacional la lucha contra el SIDA, con la sanción de la Ley 23.798 y su decreto reglamentario. Sin embargo, algunas provincias ya habían aprobado diversas leyes sobre SIDA como Catamarca, La Pampa, Jujuy, Santiago del Estero, Santa Fe, Córdoba y Chaco. Toda la legislación provincial, que antecedió a la ley nacional, pretendía contener la expansión de la enfermedad con ciertas medidas legales que muy lejos del objetivo de prevenir o educar, desataron la comisión de diversos actos discriminatorios.

En nuestra Provincia la ley 7.714 recomendaba “invitar a que voluntariamente consientan” y “se estimulara la concurrencia para la detección serológica” a aquellas personas comprendidas en grupos de riesgo, consideramos que esta recomendación no utilizaba las palabras correctas a la hora de querer prevenir o ayudar toda vez que solo a determinado grupo, llámese prostitutas, homosexuales, drogadictos entre otros, podría con su consentimiento acercarse a los centros de salud para poder de esa manera realizarse el examen para la detección serológica.

2.2. Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es proclamada el 10 de diciembre de 1948 por resolución de la Asamblea General 217 A (III). Este instrumento internacional, es sin duda alguna, el más significativo del sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ya que constituye el eje central del que se sirven otros acuerdos cuya temática es referida a la protección de los Derechos Humanos. Establece en el segundo artículo, que los Derechos contenidos en su texto se encuentran garantizados para todas las personas, sin que pueda mediar distinción alguna entre ellas. Es clara y exacta cuando dispone que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición¹¹.

¹¹ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, «Declaración Universal de los Derechos Humanos», de 10 de diciembre de 1948, artículo 2.

Esta declaración determina que todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación¹².

2.3. El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue adoptado y ratificado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) el 16 de diciembre de 1966, entro en vigor el día 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27 respectivamente.

El pacto internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales está formado por 160 Estados del mundo. Este Pacto erige el marco legal para la protección y la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales. Cuando hablamos de estos derechos nos referimos entre otros derechos al derecho la salud, al trabajo, a la vivienda adecuada, al agua, a la alimentación, a la educación, a la seguridad social, y a tener la posibilidad de poder participar en actividades de índole cultural. Todos los Estados que son parte en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales tienen la obligación principal de respetar, proteger y garantizar estos derechos a todas las personas sin discriminación alguna¹³.

2.4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de Diciembre de 1966, entro en vigor el 23 de marzo de 1976. En él se crea un Comité de Derechos Humanos (especie de tribunal). Tiene por demás, algunas novedades notables: prohibición de propaganda de guerra y odio, y los derechos de las minorías. En la misma sesión se aprobó un Protocolo Facultativo de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconocía al Comité de Derechos Humanos, instituido en el Pacto Internacional de

¹² *Ibíd.*, Artículo 7.

¹³ Fuente Pagina Web de: La FIDH trabaja para obtener mejoras concretas en el ámbito de la protección de las víctimas, de la prevención de las violaciones de los derechos humanos y de la condena judicial de los responsables. Recuperado el día 02/10/2013 <http://www.fidh.org/es/globalizacion-desc/Derechos-economicos-sociales-y/los-derechos-economicos-sociales-y-culturales-justiciables-a-nivel-13230>

Derechos Civiles y Políticos (parte IV), la facultad de recibir e informar comunicaciones de personas individuales, que hubieren sido objeto de violación de los derechos reconocidos por parte de un Estado signatario del Protocolo. Su aprobación fue el fruto de una votación en que tuvo 66 votos a favor de los 122 miembros. Tal resultado de la votación, inferior a las anteriores, es fácil de comprender por la novedad de esta temática jurídica, que rompe en gran parte la doctrina de la total autonomía de los Estados en el orden jurídico de los derechos humanos (Osuna Fernández Largo, A., 2001, p. 202).

En este instrumento la norma del artículo 2 consagra el principio de igualdad y no discriminación en cuanto a los derechos que se encuentran tutelados en el mismo Pacto que la contiene. El artículo 26 en cambio se refiere a la igualdad en el goce y ejercicio de los derechos que no se encuentran establecidos en el mismo instrumento específicamente.

2.5. La Convención Americana sobre Derechos Humanos

Este instrumento internacional tuvo origen en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, el mismo entró en vigencia el 18 de julio de 1978, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en los artículos 1 y 24 una consagración de los principios de igualdad y no discriminación, aún cuando en el artículo 24 no se determinan los motivos prohibidos de discriminación (Gros Espiell, 1991).

Los mismos establecen que los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.¹⁴ Por otro lado el mismo instrumento establece que todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.¹⁵

¹⁴ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, «Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)», de 22 de noviembre de 1969, artículo 1.

¹⁵ *Ibíd.*, artículo 24.

Finalizando nuestro segundo capítulo se puede decir que en nuestra Carta Magna se encuentra uno de los principios más importantes para la realidad socio-jurídica, el principio de igualdad. Eje central de gran parte de la normativa vigente en nuestro país tanto en el ámbito financiero, derechos humanos, tributario, político y laboral entre otras disciplinas.

Con la misma jerarquía que nuestra Constitución Nacional existen convenciones y pactos de rango internacional que rigen y establecen normas basadas en el principio de igualdad y la erradicación de la discriminación en diversos aspectos sociales de la actualidad.

Capítulo III

MARCO LEGAL PROTECTORIO

Es necesario saber que no todas las provincias de la República poseen una legislación específica sobre nuestro tema de estudio. Sin embargo algunas lo han logrado contemporáneamente o posterior a la sanción de la Ley Nacional de Sida N° 23.798/89 y su decreto reglamentario 1244/91.

Otra herramienta jurídica que protege los derechos de las personas que conviven con el virus, apareció dos años antes como la Ley de Penalización de actos discriminatorios. Si bien no es una norma específica de la materia, la misma protege a las personas que por comisión u omisión de actos discriminatorios por razones de raza, sexo, condiciones físicas, religión, ideología y otras causas que carecen de fundamento, se menoscaben algunos derechos, con sanciones que comprenden la privación de la libertad de los agresores.

La Ley Nacional de Sida N° 23.798/89, establece cuales serán los principios básicos de derechos humanos que deberán ser respetados por toda la población; ellos son, 1) Consentimiento informado 2) Confidencialidad 3) Veracidad 4) No discriminación 5) Acceso a la atención de la salud. Los mismos serán desarrollados a mitad del presente capítulo.

3.1.Ley Nacional de SIDA N° 23.798

La ley 23.798 comúnmente llamada Ley Nacional de SIDA, fue presentada en 1989 por el Poder Ejecutivo nacional, dispone que en ningún caso pueda afectarse la dignidad de la persona ni que se produzcan efectos de marginación, desigualdad, estigmatización, degradación o humillación de las personas afectadas. Le encarga al Estado garantizar el acceso al diagnóstico, garantizando la confidencialidad del mismo, el cual debe ser voluntario, respetando la figura del secreto profesional y el libre acceso de todos los habitantes al cuidado de esta enfermedad. En 1991 esta Ley fue reglamentada por Decreto 1244/91, la cual reitera la confidencialidad frente a los resultados del paciente y establece el requisito del consentimiento informado.

A continuación los aspectos más relevantes de la ley:

En el art. 1 de la Ley Nacional de Sida 23.798 consideramos que al declararse de interés nacional, se implanta una correcta educación para poder evitar la propagación del mismo. Como así también la investigación, atención y cuidados que conlleva un tratamiento adecuado del paciente.

La protección que brinda esta herramienta legal en ningún caso podrá afectar la dignidad de los afectados, humillar, marginar o violar el ámbito privado de los habitantes de la Nación; el art. 2 establece que las disposiciones de la presente ley y de las normas complementarias que se establezcan, se interpretarán teniendo presente que en ningún caso pueda afectar la dignidad de la persona; producir cualquier efecto de marginación, estigmatización, degradación o humillación; exceder el marco de las excepciones legales taxativas al secreto médico que siempre se interpretarán en forma restrictiva; incursionar en el ámbito de privacidad de cualquier habitante de la Nación argentina; individualizar a las personas a través de fichas, registros o almacenamiento de datos, los cuales, a tales efectos, deberán llevarse en forma codificada.

En el art. 3, se establece que esta normativa tiene jurisdicción en todo el territorio de la República y su órgano contralor sea el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación.

Recordando los objetivos primordiales de esta ley que se encuentran establecidos en el artículo número uno, las autoridades sanitarias deberán elaborar programas que lleven a cabo los mismos; promover la investigación, cumplir con el sistema de información preestablecido; promover y adecuar los acuerdos internacionales para seguir trabajando en programas comunes que con relación a los fines de esta ley, entre otras tareas, art. 4.

El deber de los médicos de pacientes integrantes de grupos de riesgo de adquirir el virus se encuentra en el art. 6 el cual prescribe que los profesionales que asistan a personas integrantes de grupos en riesgo de adquirir el síndrome de inmunodeficiencia están obligados a prescribir las pruebas diagnósticas adecuadas para la detección directa o indirecta de la infección.

En caso de realizarse transfusiones de sangre o trasplantes de órganos, para los donantes, será obligatoria la detección del virus mediante un análisis previo, así lo establece el art. 7 cuando dice que será obligatoria la detección del virus y de sus

anticuerpos en la sangre humana destinada a transfusión, elaboración de plasma u otros de los derivados sanguíneos de origen humano para cualquier uso terapéutico. Declárese obligatoria, además, la mencionada investigación en los donantes de órganos para trasplante y otros usos humanos, debiendo ser descartadas las muestras de sangre, hemoderivados y órganos para trasplante que muestren positividad.

Comprendemos que el deber del profesional, que toma conocimiento de que algún individuo es portador o posea presunción debidamente fundada de que realmente es portador, es el de informarle sobre los medios, formas de contagio y derechos a recibir asistencia, así lo dispone el art. 8 de dicha normativa.

3.2.Principios rectores de la Ley Nacional de SIDA

De la ley Nacional de SIDA nacen algunos principios de derechos humanos a saber; consentimiento informado, confidencialidad, veracidad, no discriminación y acceso a la atención de la salud. Que sirven para saber manejar situaciones relacionada con el VIH/SIDA en los diferentes ámbitos y situaciones de la vida: la escuela, el trabajo, el club, el hogar, las instituciones, medios de comunicación, etc.

3.2.1. Consentimiento informado

Consideramos que el consentimiento informado es una de las reglas éticas que integran la responsabilidad profesional y que todo el equipo de salud debe cumplir. Deriva de la aplicación conjunta de los principios de dignidad, respeto por la autonomía y confianza básica existente en toda relación entre personas. Es un procedimiento que se desarrolla durante toda la relación entre el equipo de salud y el paciente, y está basado en el diálogo y el respeto mutuo. Información y consentimiento son los dos componentes del “consentimiento informado”. En este proceso el equipo de salud brinda la información al paciente sobre su diagnóstico, los riesgos y beneficios que puede tener y qué tratamiento o alternativas terapéuticas existen. El consentimiento es una decisión libre que da el paciente y supone su comprensión sobre su situación de salud¹⁶.

¹⁶ Fuente pagina Web: Guías Derechos Humanos y sida (Fundación Huésped – Embajada Real de los Países Bajos) y Prevención del VIH/sida en Población Migrante (Fundación Huésped – Fondo Mundial de

En caso que la ley lo solicite, las autorizaciones se realizan por escrito por parte del paciente antes de que se le realice la extracción de sangre.

El Consentimiento informado tiene las siguientes excepciones:

- Cuando el paciente está atravesando una situación de urgencia y obtener su consentimiento llevaría un tiempo considerable que pueda ocasionarle un daño.
- Cuando un paciente se encuentre en un estado grave, sin familiares o allegados para que puedan representarlo.
- Cuando un paciente que ya había dado su consentimiento para que se le realice cierta intervención médica, mientras se realice ésta, los profesionales crean conveniente realizar otra diferente a la prevista.

Nos explica el Dr. Cortés (1999), que el consentimiento informado es un presupuesto básico de la *lex artis* y, por lo tanto, un acto clínico, cuyo incumplimiento sobre el mismo puede generar responsabilidad. Se considera que es una de las máximas aportaciones que el derecho ha realizado a la medicina y también es un derecho humano primario y a la vez una exigencia ética y legal para el médico. Salvo las circunstancias excepcionales que se analizan, sólo el paciente es el titular de este personalísimo derecho. El consentimiento debe prestarse antes del acto médico y es revocable sin formalidad alguna. A pesar de que en la mayor parte de los casos el consentimiento es oral, existe una tendencia a documentarlo por escrito. Estos protocolos deben ser de base genérica y completarse en función de las características de cada caso; la validez del consentimiento se extenderá hasta donde haya llegado la información. El deber de informar alcanza a las consecuencias y riesgos que razonablemente se puedan prever, pero no sobre los excepcionales.

En México se realizó una investigación con respecto a los actos discriminatorios por parte de los prestadores de la salud sobre personas que conviven con el VIH, se pudo observar que en los hospitales explorados se clasifica a los pacientes de acuerdo con su aspecto físico, "prácticas de riesgo" o pertenencia a "grupos de riesgo". Ello determina la realización de la prueba de detección: "Les piden la prueba si traen tatuajes, llegó alcoholizado, es homosexual o que tienen antecedentes de ser drogadictos intravenosos.

O sea, como que ya se buscan ciertos factores". La prueba de detección de VIH se lleva a cabo, en ocasiones, sin el consentimiento del paciente sólo por considerarlo dentro de algún grupo de riesgo: "Son canalizados por la consulta a urgencias, antes no se hacía eso, pero ahora de rutina se les hace. En una época tenían que pedir permiso al paciente para que se hiciera su determinación de VIH y ahora ya es de rutina".

La prueba se convierte en un criterio para decidir si se le suministra atención o no a una persona, aun en situaciones de urgencia. Deja de ser un instrumento de diagnóstico y se convierte en un elemento discriminatorio para el acceso a la atención. "Si le vieron con un tatuaje, alcoholizado o es homosexual y necesita alguna cirugía de urgencia, entonces a fuerza quieren tener el resultado para decidir si lo operan o no"¹⁷.

En nuestra Constitución Nacional, a través de una interpretación integrada de sus principios y normas (Pactos Internacionales de Derechos Humanos, arts.19, 42, 43 y cc.), se establece la necesidad de respetar la intimidad y las decisiones de las personas, en especial a través del ejercicio de disponer del propio cuerpo a través del consentimiento informado en la relación de aquellas con el modelo biomédico. Con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 23.798 gran cantidad de legislación particular ha ido incorporando la exigencia del consentimiento informado, como por ejemplo en personas que participen en experimentación y ensayos clínicos¹³, en procedimientos transplantológicos¹⁴, asimismo la Constitución de la Provincia de Santa Fe, establece expresamente en el art. 19 la necesidad del consentimiento para el tratamiento sanitario¹⁸.

3.2.2. Confidencialidad

La confidencialidad es un componente ético esencial en la relación médico-paciente que debe respetarse en el caso de pacientes afectados por el virus de la inmunodeficiencia

¹⁷ INFANTE, César et al. *El estigma asociado al VIH/SIDA: el caso de los prestadores de servicios de salud en México*. Salud pública Méx [online]. 2006, vol.48, n.2, pp. 141-150.

¹⁸ Maglio, I. (2012). Guía de buenas prácticas ético legales en VIH/SIDA. [Versión electrónica], Fundación Huesped en acción contra el SIDA, 46.

adquirida. Pero este principio esencial en la práctica médica ha generado tensiones en relación con la problemática del SIDA¹⁹.

Entendemos que el deber de no revelar o guardar información que se obtiene de una relación de confianza. Se trata de la obligación de guardar secreto o no difundir información de carácter confidencial. Este principio es parte del derecho a la privacidad del que gozan todas las personas.

En nuestro objeto de estudio, la Ley Nacional de SIDA indica expresamente que la obligación de guardar secreto alcanza a todos el conjunto de profesionales de la salud y a todos los que conozcan que una persona vive con el virus.

Siguiendo al Dr. Maglio decimos que En el caso particular del VIH/sida existe una protección legal especial a la confidencialidad para aquellas personas infectadas o enfermas, sistema tuitivo inexistente en forma especial para cualquier otra dolencia. La legislación nacional referida al VIH/sida establece fuertes limitaciones en el manejo de la información sobre la identidad de las personas afectadas al establecer criterios restringidos en el marco de las excepciones legales. La intención del legislador al incorporar un sistema especial y restrictivo en materia de confidencialidad ha sido la de preservar la identidad de las personas que viven con VIH/sida para evitar los efectos dañosos de las prácticas discriminatorias y de exclusión²⁰.

El principio de confidencialidad como el principio de consentimiento informado tiene excepciones, de ser necesario el diagnóstico se puede revelar a las siguientes personas: a la persona afectada y su representante, a otro profesional de salud, a los entes del Sistema Nacional de Sangre, a los jueces, a futuros adoptantes de una niña o un niño²¹.

En la investigación mexicana a la que nos referíamos supra, nos encontramos que por un lado, 89% de los encuestados señala que se debe mantener la confidencialidad de los resultados de la prueba diagnóstica; empero, cuando se preguntó si los jefes o

¹⁹ Gillon R. SIDA y confidencialidad médica. En: Luna F, Salles A. Decisiones de vida y muerte. Eutanasia, aborto y otros temas de ética médica. 1ª ed. Buenos Aires: Ed. Sudamericana, 1995:81-88.

²⁰ Maglio, I. (2012). Guía de buenas prácticas ético legales en VIH/SIDA. [Versión electrónica], Fundación Huesped en acción contra el SIDA, 93-94.

²¹ Fuente pagina Web: Guías Derechos Humanos y sida (Fundación Huésped – Embajada Real de los Países Bajos) y Prevención del VIH/sida en Población Migrante (Fundación Huésped – Fondo Mundial de Lucha contra el sida, la Tuberculosis y la Malaria Recuperado el día 07/10/2013, <http://coleccion.educ.ar/coleccion/CD8/contenidos/marcoteorico/apuntes/derechos-humanos.html>

administradores de una empresa tenían derecho a conocer la condición serológica de sus empleados, el porcentaje descendió a 59.52%; es decir, 38.07% estuvo de acuerdo en violar la confidencialidad de las personas cuando se les preguntó por un caso concreto y alejado de la práctica médica y su discurso oficial²².

Conocemos que no en pocas ocasiones el médico se enfrenta a situaciones en las que se plantea el dilema de quebrantar la confidencialidad y comunicar el diagnóstico de síndrome de inmunodeficiencia adquirida. Según diversos autores, la confidencialidad genera una obligación moral fuerte; esta fuerza estaría justificada en no traicionar la confianza que el paciente y su familia depositaron en el médico, porque podrían reaccionar tomando distancia del profesional y de los cuidados que éste les puede ofrecer. (Guillet, G. 1995).

3.2.3. Veracidad

Cuando hablamos de este principio nos referimos a la obligación de decir la verdad y no engañar sobre la información sobre el estado de salud de una persona. Será necesario contar con la contención adecuada para recibir tal información.

Sin embargo aclaramos que el principio de veracidad tiene una excepción, conocida como “privilegio terapéutico”. Esto se da cuando al no decir toda la verdad se beneficia al paciente, ya sea porque no está en condiciones de comprender la verdad o de querer saberla²³. Consiste en una verdad reformulada, adecuada en su contenido a las posibilidades y condiciones de recepción y comprensión del paciente.

Comprendemos que la veracidad queda asegurada cuando se dispone que “los profesionales que detecten el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) o posean presunción fundada de que un individuo es portador, deberán informarle sobre el carácter infectocontagioso del mismo, los medios y formas de transmitirlo y su derecho a recibir asistencia adecuada (Art. 8).

²² INFANTE, César et al. El estigma asociado al VIH/SIDA: el caso de los prestadores de servicios de salud en México. Salud pública Méx [online]. 2006, vol.48, n.2, pp. 141-150. ISSN 0036-3634.

²³ Fuente pagina Web: Guías Derechos Humanos y sida (Fundación Huésped – Embajada Real de los Países Bajos y Prevención del VIH/sida en Población Migrante (Fundación Huésped – Fondo Mundial de Lucha contra el sida, la Tuberculosis y la Malaria Recuperado el día 07/10/2013, <http://coleccion.educ.ar/coleccion/CD8/contenidos/marcoteorico/apuntes/derechos-humanos.html>

3.2.4. Principio de No discriminación

Decimos que la discriminación debe tomarse desde un lugar de cuidado, no de exclusión. Si bien “todos somos iguales ante la ley”, se trata de reconocer y respetar las diferencias personales para poder implementar medidas que superen las desigualdades sociales, hasta tanto desaparezcan las condiciones que impiden la plena vigencia de la igualdad jurídica.

En este marco, la discriminación consiste en la diversidad de tratamiento en cuanto a los derechos que se dan a un determinado grupo, en este caso a las personas que viven con VIH/sida.

Como dijimos anteriormente el significado literal de la palabra discriminar es dividir o separar, sin embargo el origen de su uso negativo que conlleva un juicio disvalioso se encuentra cuando por cuestiones ajenas a la voluntad personal se utilizan para destacar alguna diferencia.

En Argentina la ley Antidiscriminación prohíbe expresamente cualquier forma de discriminación, quedando de este modo incluida cualquier práctica de exclusión arbitraria para personas viviendo con VIH/sida. Será objeto de estudio en el próximo punto.

Explica el profesor De Diego, J. (2000) que según el principio de prohibición de hacer discriminaciones, al empleador le está vedada la posibilidad de realizar discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, estado civil, raza, religión, ideas políticas y otras causales (aspecto físico, enfermedades, discapacidad, etc

En el ámbito del trabajo este deber de no discriminar lo podemos encontrar también en los artículos 17 y 81 de la LCT. El art. 17 dispone que “se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o edad”.

El art. 81 establece que “el empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerara 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”.

Este derecho del que hablamos es inderogable e irrenunciable investidos de carácter de orden público.

El interés que protege el art. 81 es un interés moral, dice el Dr. Grisolia (1999) que el principio en juego es el que establece que el ser humano debe ser tratado de acuerdo con los meritos personales y no según su pertenencia a un grupo objeto de prejuicio; el trabajador no debe ser víctima de discriminaciones en el trabajo por meras antipatías personales u otros motivos arbitrarios ajenos a la prestación de servicio.

En el campo particular del VIH/sida, la discriminación opera cuando el dato biológico de la infección, se convierte en un juicio de asignación moral negativo; se patentiza simbólicamente con la denominación de “sidoso” a aquel que porta el “mal”, privándosele del goce de bienes jurídicos básicos, tales como el derecho a trabajar, a planificar la familia, a la atención médica integral, entre otros tantos. La sanción a la discriminación negativa se encuentra receptada en la Constitución Nacional, por un lado al incorporar normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y por otro al habilitar la acción de amparo contra cualquier forma de discriminación (art. 43) y también al establecer la garantía del habeas data para la supresión o rectificación de cualquier dato que pueda implicar una discriminación²⁴.

3.2.5. Acceso a la atención de la salud

Hablamos de éste principio básico refiriéndonos a la obtención de una adecuada atención de la salud, indispensable para poder gozar de buena salud, en muchos casos para conservar la vida de una persona.

En nuestro país el acceso a la atención de la salud está garantizado para toda la población. Forma parte de la Constitución Nacional y de los Pactos Internacionales que esta incluye a partir de la reforma de 1994²⁵.

La importancia estratégica de las funciones esenciales de salud pública (tales como vigilancia, monitoreo y promoción de la salud) radica en la generación, por parte del

²⁴ Maglio, I. (2012). Guía de buenas prácticas ético legales en VIH/SIDA. [Versión electrónica], *Fundación Huesped en acción contra el SIDA*, 22.

²⁵ Fuente pagina Web: Guías Derechos Humanos y sida (Fundación Huésped – Embajada Real de los Países Bajos) y Prevención del VIH/sida en Población Migrante (Fundación Huésped – Fondo Mundial de Lucha contra el sida, la Tuberculosis y la Malaria Recuperado el día 07/10/2013, <http://coleccion.educ.ar/coleccion/CD8/contenidos/marcoteorico/apuntes/derechos-humanos.html>

sistema de salud, de una respuesta efectiva, eficiente y de calidad a intereses colectivos en materia de salud. Las funciones esenciales de salud pública que atraviesan el desempeño de los programas priorizados de salud pública son:

Evaluación y Promoción del acceso equitativo a los servicios de Salud:

- Promoción de la equidad en el acceso efectivo de todos los ciudadanos a los servicios de salud.
- Desarrollo de acciones dirigidas a superar obstáculos de acceso a las intervenciones y a facilitar la vinculación de grupos vulnerables a los servicios de salud.
- Seguimiento y evaluación del acceso a los servicios de salud por medio de proveedores públicos y/o privados, adoptando un enfoque multisectorial, multiétnico y multicultural con el fin de resolver las desigualdades en la utilización de los servicios.
- Colaboración con instituciones gubernamentales y no gubernamentales con el fin de fomentar el acceso equitativo a los servicios de salud²⁶.

En la Ley Nacional de SIDA se obliga a las obras sociales y empresas de medicina prepaga a otorgar al paciente que vive con VIH/SIDA tratamiento médico, farmacológico y psicológico. Es el Estado quien brinda la atención necesaria como así también la provisión de los medicamentos a todos los pacientes que no cuentan con obras sociales o cobertura privada, por medio de centros de salud públicos.

Sin embargo, entendemos que para las personas infectadas o enfermas existen algunas barreras para el acceso a la salud o medicamentos, explica el Lic. Tobar (2002) que estas barreras pueden ser, barreras geográficas en las cuales se considera que están excluidos del acceso a los medicamentos todas aquellas personas que residen a más de una hora de distancia a pie o por medio de transporte público de un centro de dispensa (farmacia comercial o pública); barreras culturales, es difícil cuantificar la población afectada por este tipo de barreras, se ha considerado la proporción de población perteneciente a minorías étnicas con relación a la población total, reconociendo que los pueblos indígenas presentan condiciones de salud significativamente más precarias que la media de población; barreras de cobertura y legales, la Constitución Argentina establece la salud como derecho del pueblo y deber del Estado en su artículo 13. Por

²⁶ Fuente Pagina Web del Ministerio de Salud de la Nación. Recuperado el día 18/10/2011, <http://www.msal.gov.ar/fesp/index.php/las-fesp/funciones-esenciales-de-salud-publica>

este motivo se puede afirmar que no existen barreras legales que impidan el acceso de los argentinos a los servicios públicos de salud. Sin embargo los subsistemas de seguros de salud (social y privado) brindan cobertura a una proporción aún significativa pero decreciente de la población y por último hallamos la barrera denominador común en muchos países sobre todo en los países del tercer mundo sin legislación específica sobre el tema, la barrera económica. Cuando la pobreza y el nivel de marginación que poseen las sociedades hacen totalmente imposible el acceso a la atención de la salud, las personas que viven bajo las líneas de pobreza alcanzarían a cubrir sólo un porcentaje irrisorio del gasto promedio de los hogares en medicamentos.

3.3. Ley 23.592 Penalización de los Actos Discriminatorio

Comencemos describiendo esta herramienta jurídica recordando el concepto de discriminación; discriminar es separar, diferenciar a alguna persona o a un grupo determinado de personas, hacer sentir que son inferiores, o privarle de sus derechos, por causas sin fundamento como por aspecto físico, ideología, religión, cultura, orientación sexual, nivel económico, y otras causas aparentes. Esta diferencia tan marcada hacia el considerado “diferente o distinto” afecta de manera directa su dignidad humana, y lo enfrenta a una vida de maltratos e insultos.

Desde el año 1988 está vigente la ley 23.592, la misma normativa sanciona cualquier acto discriminatorio y permite requerir el cese del actuar discriminatorio en sede judicial, la nulidad del acto en si, como también el resarcimiento por los daños morales y económicos que haya sufrido la víctima. Esta ley tiene la peculiaridad de poseer un carácter general, por lo cual puede aplicarse en diversos ámbitos a saber, tales como en el laboral, colegios o escuelas, lugares públicos, transporte público, bares, pubs, etc.

Esta ley establece que cualquier discriminación hecha basada en la religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, etnia, posición económica, condición social o caracteres físicos es de suma gravedad.

En el ámbito laboral se pueden encontrar, en cada una de sus etapas, situaciones que configuren una práctica de discriminación. En la etapa precontractual se observan estas clases de prácticas por ejemplo al seleccionarse el personal, durante la vigencia del contrato laboral cuando se obstaculiza la vía para acceder a cargos jerárquicos. Y por

último, con la extinción del contrato de trabajo mediante un despido sin causa la cual trae aparejada y oculta sobre todo, una suerte de discriminación.

Recordemos que en Derecho del Trabajo, el art. 81 de la Ley de Contrato de Trabajo, reza sobre el Principio de Igualdad de trato mencionado anteriormente. Por otro lado, en el art. 17 de la misma normativa, se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, etnia, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad. La Ley de Penalización de Actos Discriminatorios (N° 23.592) dice que quien discrimine a una persona afectando cualquiera de sus derechos, estará obligado, a pedido de la víctima, a terminar con el acto discriminatorio e indemnizar a la víctima por el daño moral y material que sufrió.

Claramente somos testigos de que en Argentina se protege al trabajador discriminado por su jefe o compañeros en el ámbito laboral, por diversas causas sin justificativo alguno, porque la misma norma antidiscriminatoria se aplica también en Derecho Laboral por ende también el empleador tiene la obligación de no discriminar a sus empleados.

En caso que un empleado se sienta discriminado por alguna de las causales que vimos ut supra el mismo puede dirigirse al INADI (Instituto Nacional contra la Discriminación, la xenofobia y el racismo) comunicar la situación y como ocurrieron los hechos detalladamente para poder denunciar tanto a compañeros como al mismo empleador o iniciar acciones legales si el caso lo amerita. En el ámbito laboral también existe la posibilidad de denunciar lo ocurrido ante el Ministerio de Trabajo de la Nación, sin embargo si alguno de los organismos mencionados no logra ofrecer una solución se puede recurrir directamente a organismos estatales como la Defensoría del Pueblo o no estatales como alguna ONG creada para defender los derechos de las víctimas de actos discriminatorios.

La ley 23.592 indica que lleva a cabo actos discriminatorios aquella persona que arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre las bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional.

Esta ley tiene la particularidad de que es una norma de alcance general esto significa que puede ser aplicada a cualquier rama del Derecho, no fue creada para ser aplicada en una única rama, como así tampoco para el Derecho del Trabajo y razón por la cual se

presentan ciertos inconvenientes a la hora de su aplicación, interpretación y compatibilización con los institutos que regula nuestra materia.

Los bienes jurídicos tutelados por la ley (Derecho a un trato igual y a no ser discriminado) constituyen derechos fundamentales, tienen protección suprallegal y se encuentran tutelados por el Jus Cogens. Se encuentran previstos en diversos tratados y normas de carácter internacional con el rango jerárquico previsto en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. La jurisprudencia en materia laboral fue brindando diversas interpretaciones que actúan como complemento de la orfandad que presenta la aludida disposición cuando se torna operativa en el Derecho del Trabajo y para ello es dable recordar las diferentes interpretaciones que viene sosteniendo la Cámara de Apelaciones del Trabajo sobre algunos aspectos específicos de la ley²⁷.

3.4. El Convenio 111 de la OIT

En el contexto de la Organización Internacional del Trabajo nos enfrentamos con un destacado instrumento que contempla una completa y clara definición de lo que debe entenderse por discriminación en el marco de las relaciones laborales.

Este convenio se caracteriza por tener importante relación a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Después de haber decidido adoptar diversas propuestas relativas a la discriminación en materia de empleo y ocupación, cuestión que constituye el cuarto punto del orden del día, y de haber decidido que dichas propuestas adopten la forma de un convenio internacional y considerando que la Declaración de Filadelfia afirma que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades y considerando además que la discriminación constituye una violación de los derechos enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos el mismo adopta con fecha veinticinco de junio de mil novecientos cincuenta y ocho, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)²⁸.

²⁷ Fuente Pagina Web de Sistema Argentino de Información Jurídica, Recuperado el día 18/10/2013 http://www.infojus.gov.ar/doctrina/dacf090063-ramos-ley_23952_jurisprudencia_en.htm;jsessionid=1h5fss74i052476s2579o18uc?0&bsrc=ci#R1

²⁸ Fuente Pagina Web: BooksGoogle. Aplicación de las recomendaciones practicas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo: Manual de capacitación 2004. OIT. Recuperado el día 12/11/2013.

La finalidad de este Convenio es promover la igualdad de oportunidades y de trato relacionado al empleo y la ocupación, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social. Se comprometen a promover la igualdad de oportunidades y de trato mediante una política nacional cuyo propósito sea eliminar todas las formas de discriminación todos los Estados que han ratificado este Convenio.

En este capítulo podemos conocer que existe un marco legal protectorio en cuanto la defensa de los derechos de las personas que conviven con el VIH/SIDA. Conocimos que en Argentina la Ley 23.798 (Ley Nacional de SIDA) establece una serie de principios que deben respetarse en cuanto al ámbito e integridad de las personas infectadas; el consentimiento informado de manera correcta por parte de los pacientes para poder realizarse estudios y análisis médicos a fin de detectar la enfermedad, la confidencialidad que, en no pocas ocasiones, se obedece ni se comprende la importancia en cuanto a la hora de divulgar sobre el estado de salud de una persona, la veracidad en cuanto la comunicación de la situación real de los pacientes que padecen la enfermedad, el principio de no discriminación pregona la razonable conducta que los particulares deberían ejercer en diversos ámbitos sociales evitando de esta manera cualquier situación que pueda ocasionar que alguna personas se sienta diferente, excluida o discriminada y por último el acceso a la atención de la salud el cual consideramos uno de los más importantes, ya que muchas personas padeciendo una enfermedad que sin un seguimiento médico riguroso y suministro de medicamentos adecuados para combatir las enfermedades oportunistas que se presentan ante el debilitamiento del sistema inmunológico, la salud de la persona seguramente llegue a decaer muy rápido y podría esperarse lo peor.

http://books.google.es/books?id=GAAtQppAvl0QC&pg=PT97&dq=convenio+111+de+la+oit+relativo+a+la+discriminacion+en+materia+de+empleo+y+ocupacion&hl=es&sa=X&ei=km2FUR_RcTWisQTn7oDgCw&ved=0CDIQ6AEwAA#v=onepage&q=convenio%20111%20de%20la%20oit%20relativo%20a%20la%20discriminacion%20en%20materia%20de%20empleo%20y%20ocupacion&f=false

Capítulo IV

ACTOS DISCRIMINATORIOS EN EL AMBITO LABORAL

Estamos a punto de introducirnos en el seno del problema de investigación que nos hemos propuesto investigar. En el mundo de las relaciones laborales existen etapas o periodos, si se quiere, para describir el vínculo del dependiente con el patrón. Comenzando por la etapa de selección del trabajador ajustado a ciertos requisitos específicos para el puesto de trabajo demandado, durante la relación laboral mientras esté vigente el contrato de trabajo celebrado por las partes y finalmente la extinción del mismo por decisión propia del empleado o de su empleador o por mutuo acuerdo. En cada una de estos periodos estudiaremos de qué manera se pueden configurar actos discriminatorios hacia los trabajadores sobre todo a los que conviven con el VIH.

4.1. Antes del inicio de la relación laboral

Denominaremos a esta etapa como pre-ocupacional, que es la etapa posterior a la oferta de trabajo y la previa a la celebración del contrato de trabajo propiamente dicho. Es aquí donde aparece el momento de la selección obedeciendo a requisitos y criterios específicos y el acceso al puesto de trabajo lo cual, ha sido en gran parte, el blanco de actos discriminatorios. Es en este momento cuando se producen las formas más intensas y combatidas de discriminación, conocemos hoy en día los exámenes pre-ocupacionales, tema que estudiaremos con más detenimiento en el próximo punto de este capítulo; esta clase de test que, por ejemplo, se usan para conocer si algún postulante al empleo está embarazada o para conocer el estado de salud del candidato.

Usualmente muchos empleadores utilizan esta instancia de exámenes para conocer cuál es el estado de salud que tienen los postulantes que aspiran a la vacante, y de esta manera optar por contratar los que estén plenamente sanos, descartando la incorporación para los cargos disponibles, a aquellos que tuvieran un problema de salud que pueda ir complicando cada vez más el desempeño del trabajador dentro de la empresa.

En la historia de las epidemias se ha considerado que no ha existido una que conllevara tamaña carga de estigmatización y exclusión como el VIH-SIDA, en tanto dicha enfermedad compromete no sólo la integridad psicofísica de quien la padece sino también los derechos de intimidad y de no discriminación. Consecuentemente, todo ello

justifica la existencia de una protección especial a la confidencialidad para aquellos trabajadores que conviven con el virus, a fin de evitar los efectos dañosos de las citadas prácticas discriminatorias y de exclusión. Es sabido que el VIH SIDA plantea una amenaza para los derechos laborales básicos, socavando los esfuerzos dirigidos a garantizar un trabajo decente y productivo: reduce la oferta de mano de obra por muerte o enfermedad del trabajador, o por atención de familiar con SIDA, ocasiona ausentismo creciente al tener que alejarse el trabajador temporariamente de la tarea por recaídas y el padecer despidos, genera la pérdida de competencias y experiencias por parte de los trabajadores²⁹.

Actualmente para las empresas, puede ser una amenaza el ingreso de los nuevos empleados con un estado de salud deteriorado, por considerar a los postulantes verdaderos causantes de pérdidas en sus ganancias debido al ausentismo que podrían tener en el futuro.

El ordenamiento laboral vigente no contiene una norma protectoria con quienes padecen enfermedades infectocontagiosas que pudieran derivar en actos discriminatorios de los empleadores, ya sea en el desarrollo o en la finalización del contrato. Se ha considerado que el "riesgo de discriminación con relación al sidótico se produce en los dos extremos de la relación de trabajo, ya que al ser positivo le es tan difícil obtener empleo, como fácil que lo echen. En tal sentido los portadores de HIV y los sospechosos de serlo constituyen un grupo de riesgo laboral posible de ser discriminado (cfr. C.N.A.T. Sala X sent. del 31/5/96 "I.O.E. c. ELMA S.A.")³⁰.

4.1.1 Examen preocupacional

Actualmente el examen preocupacional es responsabilidad del empleador y éste tiene dos objetivos primordiales; evaluar la aptitud física del trabajador para que de esta forma se pueda conocer que la actividad que va a realizar no sea perjudicial para su salud y por otro lado, detectar todas aquellas afecciones preexistentes y que durante la duración del contrato de trabajo ante un siniestro o al ser detectadas en un examen periódico las mismas no sean atribuidas a su actividad laboral.

²⁹ Fuente Pagina Web Sistema Argentino de Información Jurídica.
http://www.infojus.gov.ar/doctrina/dacf080022gonzalezambito_intimidad_trabajador_discriminacion.htm;jsessionid=b7cu46jhjy6zy7zfmvf31utu?0 Recuperado el día 26/10/2013.

³⁰ *Ibíd.*

Siguiendo al Dr. Maglio (2012), nos explica que el examen preocupacional es llamado de esta manera porque como define su denominación se realiza con anterioridad al ingreso laboral y no debe exceder el mes de antelación. Su resultado debe ser notificado fehacientemente al trabajador/a mediante un informe suscrito por el profesional médico que realizó el examen. Es importante destacar que por la naturaleza del mismo no puede ser utilizado como elemento discriminatorio por parte del empleador³¹.

El art. 2 de la Resolución SRT 043/97 establece que los exámenes preocupacionales o de ingreso tienen como propósito determinar la aptitud del postulante conforme sus condiciones psicofísicas para el desempeño de las actividades que se le requerirán, en ningún caso pueden ser utilizados como elemento discriminatorio para el empleo los mismos servirán, asimismo, para detectar las patologías preexistentes y, en su caso, para evaluar la adecuación del postulante en función de sus características y antecedentes individuales para aquellos trabajos en los que estuvieren eventualmente presentes los agentes de riesgo determinados por el Decreto N° 658/96.

La realización del examen preocupacional es de realización obligatoria, debiendo efectuarse de manera previa al inicio de la relación laboral, es responsabilidad del empleador, sin perjuicio de que éste último pueda convenir con su Aseguradora la realización del mismo.

A los efectos del artículo 6º, apartado 3, punto b) de la Ley N° 24.557, los exámenes preocupacionales podrán ser visados o, en su caso, fiscalizados, en los organismos o entidades públicas, nacionales, provinciales o municipales que hayan sido autorizados a tal fin por la Superintendencia de riesgos del trabajo.

Por otro lado el art. 8 establece que los exámenes establecidos en la presente Resolución deberán ser realizados en centros habilitados por la autoridad sanitaria y bajo la responsabilidad de un médico del trabajo habilitado ante la autoridad correspondiente.

El incumplimiento de las obligaciones impuestas en la presente Resolución a las Aseguradoras, empleadores y, en su caso, trabajadores, será juzgado y comprobado mediante el procedimiento reglado por las Resoluciones S.R.T. Nros. 10/97 y 25/97 y pasible de las sanciones establecidas por la normativa vigente (art.9).

³¹ Maglio, I. (2012). Guía de buenas prácticas ético legales en VIH/SIDA. [Versión electrónica], *Fundación Huesped en acción contra el SIDA*. 137-138.

Entendemos el valor fundamental del examen preocupacional para los empleadores, el cual si bien es costoso, es un instrumento imprescindible para resguardar la responsabilidad de los mismos. Existen muchas ofertas y distintos costos en el mercado de la medicina, que en más de una oportunidad seducen a los empleadores por una diferencia económica favorable, realizando exámenes preocupacionales que no cumplen con los mínimos requisitos, ni tampoco realizados por galenos del trabajo.

4.1.2 Jurisprudencia

La doctrina y jurisprudencia sostienen que la Ley Nacional de Sida, Ley 23.798, y su Decreto Reglamentario N° 1244/91 prohíben absolutamente la realización de exámenes de detección de HIV sin conocimiento del sujeto, y como las situaciones de discriminación son dificultosas de acreditar mediante elementos de prueba directos, puede recurrirse a las presunciones, y más aun, existen precedentes que invierten el "onus probandi", colocando en cabeza del acusado la demostración de que su conducta no puede ser tachada de tal.

No obstante ello, la Ley Nacional de Sida, Ley 23.798 determina que las personas no pueden ser obligadas a someterse al test de detección de esta enfermedad. En este sentido, ya hace tiempo, se han pronunciado la Organización Mundial de la Salud y la Organización Internacional del Trabajo. Existen varios casos jurisprudenciales que determinaron que la realización del análisis de HIV sin el consentimiento del postulante a un empleo, obliga a quien lo solicitó a reparar el daño moral causado, pues su conducta importa un interés innecesario y arbitrario en la vida del actor³².

Personalmente creemos que los exámenes preocupacionales habilitados por la Ley de Seguridad e Higiene tienen una doble finalidad; que el empleador conozca si el postulante ha contraído alguna enfermedad infecto-contagiosa para tomar los recaudos correspondientes para seguridad de los demás trabajadores, y otra finalidad netamente cruel que la de discriminar. Al comienzo parte de la doctrina nacional se había pronunciado sobre el tema en cuestión y sostuvo que no era necesario el consentimiento del postulante cuando se le realizaren tests para detectar directamente al HIV, de esta manera gran parte de los empleadores no solo que no respetaban la intimidad del futuro

³² Fuente: Pagina Web de Jebesen & CO. Abogados de Empresas. Recuperado el día 31/12/13 <http://www.jebesen.com.ar/jebesen/espanol/boletines/2005/boldle1205.html>

empleado sino que no brindaban el puesto de trabajo a la persona infectada y tampoco le comunicaban su estado.

De manera muy similar se pronunció la Corte Suprema de Justicia en autos "B., R. E. v. Policía Federal Argentina", en el cual un trabajador que ya se encontraba prestando servicios para las fuerzas de seguridad se había sometido voluntariamente al examen médico y de esta manera entiende la CSJN que hubo consentimiento implícito por parte del trabajador. Sin embargo el fallo no fue unánime, fue duramente cuestionado por entenderse que está en contra de principios constitucionales y por supuesto destructor de la intimidad de las personas involucradas³³.

Podemos citar el caso "R. L. F. c/ Trenes de Buenos Aires S.A", en el que se acreditó que el actor realizó diversas pruebas y **resultó preseleccionado por la firma demandada para el puesto de boletero para el que se había postulado con anterioridad, posteriormente el postulante se realiza el examen médico y sus resultados arrojaron como resultado que el mismo era apto para tal vacante, sin embargo en la documentación respectiva consta que se le realizó un test de sida con resultado "positivo", y desde ese momento fui excluido por la accionada, alegando que no poseía el perfil buscado para el puesto de trabajo.**

Si bien la empresa puede invocar la libertad de contratación y el ejercicio discrecional (no condicionado a recaudo alguno) de dicha facultad, no por ello puede avasallar otros derechos fundamentales como son los vinculados con la igualdad de trato. La Cámara, en este caso, entendió que si el actor no tenía "el perfil adecuado para el puesto", la empresa tendría que haber probado dicho extremo, y asimismo expresó que no se entiende cómo es que el actor sorteó todas las instancias de selección y se lo remitió a la realización de un examen preocupacional si no reunía el referido "perfil"³⁴.

4.2. Durante la vigencia de la relación laboral

Una vez superado el examen médico preocupacional el trabajador ya ingresa a laborar para su empleador según condiciones y normas preestablecidas en el contrato de trabajo. Muchas veces ocurre que el trabajador contrae el virus luego de los exámenes previos a

³³ CSJN., "B., R. E. C/Policia Federal Argentina s/amparo", 17/12/1996.

³⁴ CNCiv., Sala E; "R., L. F. c. Trenes de Buenos Aires S.A". sd., Fuente: Página Web Jebsen & CO, Abogados de Empresas. <http://www.jebsen.com.ar/jebsen/espanol/boletines/2005/boldle1205.html>

ser empleado por su patrón, en este caso suele suceder que con exámenes médicos que se realizan luego de cierto tiempo de la relación laboral, aparezcan ciertas enfermedades tales como el SIDA. Desde ese momento no sería extraño que el empleador decida desvincular al trabajador infectado, considerando que al permitirle la permanencia en su puesto de trabajo pueda en un futuro empeorar su salud y así acarrear un futuro muy costoso para su gestión, disfrazando esa desvinculación con cualquier causa sin fundamento ni razón alguna.

Siendo el dato biológico del infectado de conocimiento público dentro del área laboral, éste a menudo experimenta ciertas situaciones no muy agradables por ser puramente discriminatorias; sea el alejamiento de sus compañeros de trabajo, aislamiento, cambio de tareas, hasta el maltrato verbal y culminando con la extinción del contrato de trabajo por causas inexistentes y/o falsas quedando estas impunes o finalizadas con un arreglo extrajudicial muy alejado de ser equitativo y justo.

Entendemos que en esta etapa es donde el trabajador queda absolutamente expuesto a los actos discriminatorios, sea del empleador o de sus compañeros de trabajo. Así las cosas, el trabajador ya comienza a recorrer un largo y tedioso camino, recordemos que trabajo es: “El instrumento fundamental de que se sirve el hombre para procurarse de los bienes que resultan imprescindibles para su subsistencia y la de toda su familia”³⁵. Al ser tan necesario trabajar para poder subsistir el trabajador y su familia, se puede llegar a imaginar el gran daño moral, aparte del físico propio de la infección, que puede acarrear por el más mínimo acto discriminatorio sufrido en su ámbito laboral.

4.2.1. Jurisprudencia

Encontrándose en vigencia el contrato de trabajo entre las partes puede suceder que ante negativas y/o comportamientos hostiles tanto de empleadores como compañeros, a causa de su enfermedad, puede el trabajador considerarse despedido de forma indirecta como a continuación explicaremos. Entendemos que en Autos, "A., J. L. c. Disco S.A". Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI, Del 19/02/2010, el actor, trabajador con HIV, demanda a la empresa donde prestaba servicio con el objeto de reclamar las indemnizaciones derivadas del despido indirecto en el cual se colocó desde

³⁵ Mirolo, René Ricardo, “Curso de Derecho del Trabajo de la Seguridad Social” 1 Tomo, Ed. Advocatus, 2003, pág. 20.

que el empleador se negó a asignarle tareas livianas y reducir la jornada laboral, ubicando esta situación dentro de las previsiones del art. 211 de la Ley de Contrato de Trabajo. “Es procedente otorgar una indemnización en concepto de daño moral a un trabajador portador de HIV, pues la actitud apresurada del empleador encuadrar su situación en el art. 211 de la ley 20.744 luce encaminada a concluir el vínculo para desprenderse del dependiente, lo cual debió causar a aquél un perjuicio adicional, afectando innecesariamente su esfera emocional y agregando una mortificación adicional a la que sufría en razón de su estado de salud³⁶.”

Por otro lado la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó el decisorio del a quo, el cual hizo lugar al reclamo del cobro de indemnizaciones derivadas del despido indirecto en el cual se encuadra un trabajador luego de que notificara a su empleadora que padecía HIV. “Apreciados los términos del intercambio telegráfico —que precedió a la decisión rescisoria— y la prueba producida, se verifica que la actitud del empleador no se correspondió con la que era requerible a partir de lo dispuesto en los artículos 62 y 63 de la LCT. En concreto, una vez advertido el sensible estado de salud por el que atravesaba el trabajador (no quedaron dudas sobre la atención que merecía dicho estado al menos desde el primer telegrama cursado por éste, en el que dejó aclarado que se encontraba afectado por el virus HIV), era exigible por parte del empresario una actitud que facilitara la posible reinscripción de aquél en el ámbito laboral o, al menos, indicara los pasos a seguir procurando que estos últimos distaran de cualquier indicio segregatorio o discriminatorio. Los términos de las comunicaciones del empleador no traslucen, en cambio, dicha actitud, pues por un lado denotan cierta imprecisión (susceptible de calificarse como contradicción) entre la primera intimación a trabajar y la posterior exigencia de un certificado médico (cfr. fs. 150 y fs. 152); y, por otro lado, dejan entrever una demora inexplicada en la necesaria respuesta que el trabajador esperaba sobre la posibilidad de retomar las tareas, dándole motivo así al despido indirecto (cfr. partic. fs. 152 y fs. 156; y arts. 242 y 246, LCT)”. Autos “APF c. ARJ”, Año 2006, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI (CN Trab) (SalaVI) La Ley Online.

³⁶ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI, "A., J. L. c. Disco S.A". Sentencia del 19 de Febrero de 2012, Fallo 2010-7, 255, Disponible en <http://www.laleyonline.com.ar>.

4.3. Extinción del contrato de trabajo

Sabemos que el contrato de trabajo posee vocación de continuidad en función del principio de permanencia, sin embargo, en no pocas ocasiones los empleadores optan por desvincular trabajadores rompiendo la relación laboral que existe entre ellos con ciertos fundamentos que en realidad encubren o disfrazan, si se quiere, otros motivos, algunas de estas supuestas “razones” se deben a reestructuración empresarial, corte de personal por motivos económicos, falta de trabajo, etc.; sin embargo los verdaderos motivos pueden ser un embarazo, convivir con una enfermedad como es nuestro tema de estudio, por participar y realizar tareas de índole gremial o por el solo motivo de hacer uso de todos los derechos que tienen los trabajadores para cumplir con otras tareas extra-laborales y así ir creando un alto índice de ausentismo en el establecimiento. A muchos empleadores esta no es una idea que les resulte conveniente, razón por la cual deciden despedir al trabajador, el mismo puede ser comunicado fehacientemente por el empleador o invocado por el trabajador en forma indirecta. De Diego habla de despido diciendo que es la “extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del empleador, basada en una justa causa, admitida por la ley, o sin invocación de causa, según los casos”³⁷.

Como es de esperarse, el despido acarrea una cuestión jurídica-social muy importante, ya que producida la extinción del contrato laboral, se encuentra la consecuencia social más próxima como lo es la desocupación y sobre todo en tiempos de escasez de ofertas laborales, podemos imaginar esta situación sobre todo para una persona que convive con VIH.

Vivimos en una realidad donde esta persona desempleada se verá en una situación muy complicada a la hora de volver a conseguir trabajo y he aquí la gran relevancia que tiene un despido a causa de enfermedad. Entendemos que la pérdida de empleo para el trabajador supone entre otras repercusiones, la pérdida de los ingresos económicos para solventar sus necesidades básicas y las de su familia. Recordemos que el despido aunque no deba ser la manera más aconsejable que termine la relación laboral, al empleador no le está vedado extinguir el vínculo laboral con el trabajador de manera arbitraria dando lugar al pago de indemnizaciones correspondientes al trabajador (art. 245 LCT).

³⁷ De Diego, Julian Arturo, op., p. 322.

Clasificando las formas de extinción del contrato de trabajo en función a la voluntad de la parte que toma esta decisión, entendemos que el origen de la causa puede originarse por la voluntad del empleador y aquí aparecen el despido con justa causa y el despido sin justa causa; por voluntad del trabajador nos encontramos con la renuncia propiamente dicha; siendo esta el acto unilateral del trabajador de rescindir el contrato de trabajo; por voluntad de ambas partes, sea por voluntad concurrente de las partes, por vencimiento del plazo o por finalización de la obra, y por ultimo por causas ajenas a la voluntad de las partes.

Dice el Dr. Toselli que, el despido es un acto unilateral, ya sea del empleador por vía del despido directo, o del trabajador, cuando actitudes o conductas del empresario tornan imposible la prosecución de la vinculación laboral; que es un acto recepticio, por cuanto su validez formal y por ende su eficacia jurídica, se tornan operativas a partir de que llega a la esfera de conocimiento del afectado, mediante instrumento idóneo para ello; que es un acto extintivo, ya que una vez recibida la comunicación, el contrato de trabajo queda trunco, se extingue para el futuro y como norma general, es irrevocable (art. 234, LCT); y por ultimo nos explica que es un acto formal, ya que requiere la comunicación escrita que determine la culminación del vínculo laboral³⁸.

En Derecho Laboral existen dos tipos de despidos, por un lado encontramos al despido directo y por otro al despido indirecto, el primero supone la extinción del contrato laboral por parte del empleador comunicando al trabajador tal decisión invocando el incumplimiento de éste último, dentro de la relación laboral relacionado a sus tareas y/o funciones para las que fue contratado, sin embargo, a la hora de ser analizado y juzgado por los magistrados, la causa con la que primitivamente habían desvinculado al trabajador puede no ser considerada y justificada como para sancionar al mismo con la desvinculación, condenando a la patronal al pago de la indemnización correspondiente (art. 245 LCT) y el segundo ocurre a la inversa, en diversas ocasiones cuando el empleador no se ajusta a la conducta de un buen empleador provocando la ruptura del vínculo, por ejemplo, impidiendo el ingreso del trabajador al establecimiento o no otorgándole herramientas para laborar, ocasionando malestares, hostigamientos, descuentos en sus haberes devengados, cambios injustificados de sus tareas, acosos y demás conductas indebidas, es aquí donde el mismo empleado puede considerarse despedido de forma indirecta.

³⁸ TOSELLI, Carlos Alberto, "Derecho del trabajo y de la Seguridad Social" 1 tomo, Ed. Alveroni, 2006, pág. 671 y 672.

Para entender mejor este concepto el Dr. Julio A. Grisolia, habla del despido indirecto diciendo que se configura cuando el trabajador decide poner fin a la relación laboral, colocándose en situación de despido (“se considera despedido”) ante lo que considera un incumplimiento grave patronal que impide la prosecución del vínculo, por ser constitutivo de injuria en los términos del art. 246 de la Ley de Contrato de Trabajo³⁹.

4.3.1. Jurisprudencia

No es extraño, en la actualidad, conocer como los jueces argentinos se pronuncian a favor de los trabajadores con respecto a los despidos sin causa que encubren en realidad un acto discriminatorio como, por ejemplo, portar el virus de inmunodeficiencia humano. Así sucedió cuando despidieron sin causa a un trabajador de una conocida cadena de supermercado, **el despido dispuesto por la demandada se encuentra comprendido en los términos de la ley 23.592 ante el reconocimiento de las licencias médicas justificadas debido a la enfermedad del accionante y si bien invocó una “reestructuración” esto no fue probado dado que de las constancias de la causa no surge que se haya despedido a ningún otro empleado** en la sucursal donde el trabajador cumplía funciones. Dijo la Dra. Graciela Craig que: “No solo la demandada invocó una “reestructuración” para despedir al actor, que reitero no se probó, sino que de las constancias de autos no surge por ejemplo que se haya despedido a algún otro empleado en la sucursal en donde cumplía funciones el accionante siendo éste exclusivamente con quien se produjera la resolución del contrato. Por ello, si observamos el devenir de los acontecimientos en la búsqueda de la verdad real sobre las apariencias y argumentos expuestos por la demandada nos encontramos con una conducta de su parte de franca violación a principios consagrados en la Constitución Nacional, Tratados Internacionales y disposiciones expresas emergentes de la ley 23.592”. Autos “Villagran, Carlos Alberto c. Coto C.I.C.S.A. s/despido” Año 2012, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI (CN Trab) (Sala VI).

En otra ocasión similar, un trabajador que desempeñó tareas en un call center laborando como agente telefónico para atención al cliente de una empresa prestadora de tales servicios, promovió demanda por despido y daños y perjuicios contra su empleador por entender que su empleador tomó conocimiento de que convivía con el virus. “Alegó que

³⁹ Grisolia, Julio A. “Ley de Contrato de Trabajo Comentada: texto comentado”-4ta Edición-Buenos Aires, Editorial Estudio, 2012, pag, 39.

la decisión rescisoria fue tomada luego de una serie de maniobras discriminatorias en su perjuicio llevadas a cabo por la accionada posteriormente a haberle comunicado que padecía HIV. La Sentencia de grado hace parcialmente lugar a la demanda, ante lo cual ambas partes apelan y es la Cámara de Apelaciones quien concluye revocando parcialmente el fallo recurrido. **Resulta excesivo y desproporcionado el despido de un trabajador que desempeñaba tareas de operador telefónico en un call center, pues aún cuando la empleadora en su comunicación rescisoria alegó pérdida de confianza por inconductas, no aportó elementos probatorios para acreditar las injurias atribuidas,** ni que los antecedentes del actor hicieran procedente otorgarle la sanción máxima. (Del voto de la Dra. Ferreirós). Autos “V., H. G. c. Lekryzon S.A. y otro/Despido” Año 2009. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VII(CN Trab) (Sala VII).

En otra oportunidad un trabajador comunica a su empleador de su enfermedad (HIV), y posteriormente a esto, la compañía le notifica al empleado que estaba despedido por causas de “reorganización”. Los magistrados entendieron que la comunicación del despido se realizó de manera incorrecta o incompleta, ya que no cumple con el requisito que establece el art. 243 de la LCT, el fundamento explicitado por la empleadora en el telegrama de despido como "razones de reorganización", sin la especificación de los hechos concretos en que se basa la medida, ya que el objeto de la norma es que, previo al litigio judicial, se determine cuál ha de ser la naturaleza de la controversia que ha de llegar a conocimiento de los jueces, con el propósito de que no se modifique la causal de despido consignada en la comunicación respectiva, garantizando el derecho de defensa en juicio del sujeto afectado por la decisión rescisoria a fin de evitar situaciones de incertidumbre. Dijo el Dr. Puppo, “en dicho pronunciamiento y analizado el reclamo desde la normativa de la ley 23.592, **la a quo hizo lugar a la acción indemnizatoria oportunamente intentada por Rodríguez al estimar que la verdadera razón en que se fundó su despido decidido por su ex principal y ahora demandada no lo fue la causal "razones de reorganización" que acusara "Juncal S.A. para prescindir de sus servicios, sino la circunstancia de que aquél ya le había anoticiado que era portador de HIV, por lo cual, la conducta de dicha aseguradora no solo fue arbitraria sino que también constituyó un discriminatorio menoscabo del ejercicio de un derecho humano fundamental, como lo es la conservación del puesto de trabajo”.** Autos “R., J. J. M. c. Juncal S.A. Cía. de Seguros”, Año 2005. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I (CN Trab) (Sala I).

Es necesario dejar en claro que no siempre las reclamaciones laborales o por daños y perjuicios que realizan los trabajadores al encontrarse despedidos de manera directa o indirecta a causa de su enfermedad, tengan una respuesta positiva por parte de los magistrados. A veces ocurre que el trabajador afectado no puede probar que realmente la desvinculación tiene íntima relación con el conocimiento que tenga su empleador de su estado de salud o puede ocurrir que el empleador haya tenido conocimiento de su enfermedad con anterioridad y haya decidido despedirlo luego de un lapso considerable de tiempo. Veamos por ejemplo, un empleado portador de HIV es despedido y tiempo después inició un reclamo con el objetivo de obtener una Indemnización por daño moral, El tribunal a quo rechazó el resarcimiento solicitado, apelada dicha sentencia de grado por el actor, la Alzada lo confirmó. Aquí observamos que **se rechaza la reparación por daño moral solicitada por un empleado portador de HIV que fue desvinculado, toda vez que no había producido prueba alguna que demuestre que la patronal, con anterioridad al despido, conociera de su estado de salud** y, menos aun, que el despido obedezca a dicha enfermedad. Autos “I. D. A. c. Shield Seguridad S.A. y otro/Despido”, Año 2009. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V(CN Trab) (Sala V).

Por otro lado, un trabajador demandó a su empleador reclamando el resarcimiento de los daños y perjuicios que supuestamente habrían derivado del despido discriminatorio dispuesto por ser portador del virus de HIV y que no se debía a la finalización del plazo del contrato como lo señala su empleador. El reclamo fue rechazado por el juez de grado, por el hecho de que no se había acreditado ni probado la intención discriminatoria por parte de su empleador. Apelada la sentencia de grado “la Cámara confirmó la decisión sosteniendo que es improcedente la demanda de daños y perjuicios promovida por un trabajador que se consideró víctima de un despido discriminatorio con motivo de ser portador del virus del HIV si quedó acreditado que el empleador conocía la condición del dependiente desde el momento del examen preocupacional, y la medida tuvo lugar cuatro años después, lo que no permite inferir que la extinción del contrato de trabajo habría acontecido por la circunstancia denunciada al demandar”⁴⁰.

La Dra. Gonzales dijo, “no se soslaya que el análisis en cuestión figura practicado el 20/2/01, es decir, con posterioridad a la fecha en que se realizó al demandante su examen preocupacional (ver fs. 287/303), como así también que, los estudios y el

⁴⁰ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II (CN Trab) (Sala II). “T., M. A. c. Ecohabitat S.A y otro”, Año 2009. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II (CN Trab) (Sala II). La Ley Online.

diagnóstico vinculados al HIV se encuentran preservados por la ley 23.798 y por el decreto 1244/91 y que, cuando un trabajador es portador de HIV y resulta despedido difícilmente ha de encontrarse una prueba clara y categórica puesto que, se trata de aquéllas que comprometen el secreto médico y, por lo tanto, cualquier perturbación en el mantenimiento del mismo, rara vez resulte documentada o pasible de tales probanzas, considero, y ello sin perjuicio de las circunstancias que el trabajador alega en su presentación recursiva, que giran en orden al mencionado examen que, la accionada habría tomado conocimiento de la afección del demandante, con anterioridad a la fecha pretendida por éste. En tal sentido, **el extenso lapso transcurrido desde que al trabajador se le efectuó examen en cuestión (20/2/01) y la fecha del despido (18/2/05), no permite inferir que la extinción del contrato de trabajo habría acontecido por la circunstancia denunciada al demandar.** Por otra parte, la causa del despido invocada por la empleadora se encuentra corroborada por la prueba informativa del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Subsecretaría de Higiene Urbana, que da cuenta de que "el contrato por el servicio público de higiene urbana suscripto con la empresa Echohabitat S.A., según los términos de la Licitación Pública nro. 14/97, finalizó con fecha 19 de febrero de 2005". Autos "T., M. A. c. Ecohabitat S.A y otro", Año 2009. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II (CN Trab) (Sala II).

Capítulo V

HERRAMIENTAS PROCESALES DEL DISCRIMINADO

A continuación se describirán cuales serán las herramientas o pasos a seguir de la personas discriminadas para lograr el cese o reclamo por actos discriminatorios que atentan contra sus derechos fundamentales.

Es importante aclarar que, es opción de la víctima elegir la vía que crea más conveniente para denunciar tales actos, una opción es la vía administrativa mediante la denuncia realizada ante Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) y la otra opción es la vía judicial a través del recurso de amparo consagrado en el art. 43 de la Constitución Nacional o la demanda ordinaria laboral.

5.1. Instancia Administrativa

Ante cualquier acto discriminatorio la persona cuyos derechos se ven vulnerados al ser discriminada por su origen étnico, por sus opiniones políticas o sus creencias religiosas, por tener alguna discapacidad o enfermedad, su nacionalidad, por su género o identidad sexual, por su edad o por su aspecto físico puede dirigirse al INADI (Instituto Nacional Contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo) para realizar la denuncia correspondiente. Éste es un organismo descentralizado que fue creado mediante la Ley N° 24.515 en el año 1995 y comenzó sus funciones en el año 1997.

Según el art. 2 de la ley N° 24.515, el INADI tendrá por objeto elaborar políticas nacionales y medidas concretas para combatir la discriminación, la xenofobia y el racismo, impulsando y llevando a cabo acciones a tal fin. Es una de las funciones de este organismo recibir y centralizar denuncias sobre conductas discriminatorias, xenofóbicas o racistas y llevar un registro de ellas (art, 4, inc. e).

Esta denuncia se realiza ante la Dirección de Asistencia a la Víctima del mismo organismo, donde se puede denunciar toda clase de discriminación, cualquiera sea el motivo en que se basa (religión, nacionalidad, etnia, sexo, enfermedad, aspecto físico etc.) o el ámbito en que sucede (laboral, educación, salud, etc.).

La asistencia que se brinda a las personas discriminadas consiste fundamentalmente en la contención y el asesoramiento jurídico gratuitos. Es importante aclarar que el INADI

no tiene facultades sancionatorias ni poder de policía, y está concebido principalmente como un organismo consultivo y de asesoramiento. Por lo tanto, no puede obligar al cese de la conducta discriminatoria ni a reparar el daño ocasionado por ella. Esta función es propia del poder judicial⁴¹.

La denuncia debe realizarse por escrito, con la firma del interesado y presentarse en la Mesa de Entrada de la sede del organismo, ubicada en Avenida General Paz 94, primer piso, Córdoba, de lunes a viernes de 8,30 a 16,30 horas. Otra de las alternativas es remitir la denuncia por correo a la dirección anteriormente señalada. Es importante que el escrito de denuncia se confeccione completando el formulario que se puede descargar por el sitio web del organismo (www.inadi.gob.ar).

Una vez realizada la denuncia, se hace un primer análisis y estudio de ella para corroborar si los requisitos formales se encuentran cumplidos, en caso que se encuentre incompleta, se le solicita al denunciante que los cumpla, bajo apercibimiento de archivo. En caso que la denuncia cumpla con los requisitos, se analiza si la situación denunciada constituye discriminación, en caso de que no se trate de un acto discriminatorio, se desestima la denuncia y, eventualmente, se deriva al organismo competente para intervenir en el conflicto planteado.

Cuando se trate de una situación de discriminación, se realiza una investigación elemental para determinar si verosímilmente pudo haber ocurrido la situación denunciada. En ese marco, se piden informes y explicaciones a las personas señaladas como responsables de la situación denunciada y a terceros, se reciben declaraciones testimoniales, y otras medidas. En caso que esa investigación arroje un resultado positivo, se admite el caso y se brinda apoyo a la persona discriminada, con el objeto de incidir en el cese y/o no repetición de la conducta denunciada. La admisión o la desestimación se cumplen previa emisión de un dictamen, que es una opinión no vinculante aunque jurídicamente fundada⁴².

No debemos olvidar que, la actividad probatoria obtenida por la vía administrativa, es solamente indiciaria, esto se refiere que solo emite una opinión técnica que tiene origen en la órbita de competencia del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo. Esto implica realizar un minucioso estudio con fundamentos,

⁴¹ Fuente Pagina Web INADI: Recuperado el día 09/02/2014 <http://inadi.gob.ar/asistencia/>

⁴² Fuente Pagina Web INADI: Recuperado el día 09/02/2014 <http://inadi.gob.ar/asistencia/>

que permita determinar si el acto denunciado queda encuadrado en la normativa que sanciona la comisión de actos de naturaleza discriminatoria que afectan intereses legítimos y fundamentales de la persona discriminada. Es decir, circunscribir el mismo acto discriminatorio y ubicarlo dentro de la Ley de Penalización de actos Discriminatorios, Ley N° 23.592; sin causar estado, esto quiere decir que no crea, modifica, o extingue derechos. De esta manera queda limitada, por lo tanto, la actividad del organismo en la producción de un dictamen no vinculante.

5.2. Instancia Judicial

Ante las acciones u omisiones que se presentan como discriminatorias dentro del ámbito de las relaciones laborales, la persona afectada puede optar por la vía judicial, para lograr el reconocimiento del derecho fundamental que se denuncia como vulnerado.

5.2.1. Amparo Genérico art. 43 Constitución Nacional

Por vía del **Amparo**, el art. 43 de la Constitución Nacional dispone que: *“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización [...]”*

Es muy clara la redacción del texto constitucional al no dejar dudas sobre la habilitación del remedio excepcional del amparo en casos que se cuestionen actos discriminatorios, ya que no solo se limita a la discriminación por razones gremiales, sino a cualquier tipo de discriminación.

La resolución del juez de primera instancia, Dr. Enrique Arias Gisbert, en el precedente “Balaguer, Catalina Teresa c/Pepsico de Argentina S.R.L.” (Sentencia del

14/10/2003)⁴³, reafirma su postura positiva en cuanto al medio utilizado. “La protección genérica del artículo 43 de la CN habilita la actuación de todo interés colectivo (sea laboral o no) por el defensor del pueblo, la o las organizaciones que tengan por objeto la protección del interés colectivo e incluso un damnificado directo. Suponer que la norma del artículo 43 de la Constitución Nacional protege cualquier interés colectivo con excepción del interés colectivo laboral implica trozar el continuo de protección jurídica que la Constitución establece por el artículo 16 de la Constitución Nacional [...]. Si se trata de modo desventajoso a los sujetos que se encuentran en situación de inferioridad entonces nos encontramos con ordenamientos racistas o discriminatorios propios de los regímenes nazi o fascista.”

No es menos importante mencionar, que la CSJN confirmó dicho fallo rechazando el planteo de la demandada por carecer de cuestión federal suficiente. (art.280, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)⁴⁴.

Respecto a los actos discriminatorios, el voto de la mayoría del STJ de Rio Negro en la causa “Pellejero” ha habilitado la acción de amparo expresando: “En nuestro entendimiento corresponde habilitar la vía del art. 43, CN, en forma excepcional para resolver sobre el alcance y protección del art. 1 de la Ley N° 23.592 invocada por la amparista toda vez que no existe un procedimiento específicamente reglado y tampoco se percibe que las vías alternativas o paralelas puedan erigirse en esta circunstancia en un remedio judicial más idóneo.”⁴⁵

5.2.2. Por Juicio ordinario de conocimiento con o sin cautelar

Otra de las vías posibles en materia de acciones referidas con procesos de discriminación y principalmente referido al procedimiento provincial, ley 7987, es viable que la acción se iniciara con el trámite establecido para el juicio ordinario de conocimiento por el art. 46 de la ley 7987.

⁴³ Juzgado del Trabajo N° 46, “Balaguer, Catalina Teresa c/Pepsico de Argentina S.R.L. s/juicio sumarísimo” Expte. N°33.975/02.

⁴⁴ “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa “Balaguer, Catalina c/Pepsico de Argentina S.R.L.””, Sentencia del 18/04/2006, B. 988. XL.

⁴⁵ STJ de Rio Negro “Pellejero, María Isabel c/ Banco Hipotecario S.A. s/ Amparo- apelación”, sentencia N° 52 del 02/06/2005.

Esta alternativa se aplica sobre todo en aquellas situaciones donde se han producido cambios generales de las condiciones laborales con incidencia en el contrato individual, y que no se ajustaría al supuesto del art. 66 de la LCT.

Para que se torne efectivo el dispositivo previsto en la ley 23.592, el trabajador deberá requerir el dictado de la medida de no innovar, que impida que se ejecute el acto que se denuncia como discriminatorio, o bien perseguir la responsabilidad patrimonial planteando la adecuación de su contrato laboral a la situación general de trabajadores en identidad de situación fáctica, que es tildado de discriminatorio. Recordemos que si el trabajador opta por iniciar la acción con el planteo de esta medida cautelar deberá cumplir con los requisitos que los códigos procesales exigen, otorgar contracautela, el peligro que signifique para su derecho la demora en la tutela judicial y que ello no implique un peligro real o potencial para el empleador que deba aceptar la disposición judicial⁴⁶.

En cambio cuando el acto denunciado por discriminación ya se ha producido, se pretende el cese de la conducta así enunciada y consecuentemente el restablecimiento de la situación anterior alterada por el accionar del empleador mediante medidas cautelares innovativas, de tramite sumario según ley de rito (art. 31 Ley de procedimiento laboral de Córdoba 7987).

Sin embargo, no hay impedimento alguno para que el trabajador incoe la causa solamente con el reclamo del resarcimiento patrimonial del daño ocasionado, siendo el medio adecuado la acción de daños y perjuicios sabiendo que el despido indirecto será un posible resultado del acto denunciado tomándose como parámetro del resarcimiento que se reclama la indemnización por antigüedad.

5.2.3. Cargas dinámicas probatorias.

Es de suma importancia conocer que la carga probatoria que se impone al empleador en los casos en los que se alega discriminación, no implica desconocer el principio contenido en el art. 377 del CPCCN, ni lo específicamente dispuesto en la ley 23.592,

⁴⁶ Carlos Alberto Toselli-Pablo Martin Grassis- Juan Ignacio Ferrer. Violencia en las relaciones laborales (Discriminación- mobbing-acoso sexual) , 1^º Edición. Córdoba. 2007. P., 530.

ya que **“quien se considere afectado en razón de cualquiera de las causales previstas en la ley** (raza, nacionalidad, opinión política o gremial, sexo, caracteres físicos, etc), **deberá, en primer término, demostrar poseer las características que considera que tienen una conexión directa con el acto que ataca** y los elementos del hecho, o en su caso, **la suma de indicios** en los que funda la ilicitud de éste, **quedando en cabeza del empleador acreditar que el despido tuvo por causa una motivación distinta** y a su vez excluyente, por su índole de la animosidad alegada, y ello por cuando, ante la alegación de un acto discriminatorio, mediando indicios serios y precisos en tal sentido, es el empleador quien debe aportar los elementos convictivos que excluyan la tipificación enrostrada, todo lo cual encuentra sustento en la teoría de las cargas dinámicas probatorias, según la cual, sin desmedro de las reglas que rigen el onus probandi, quien se encuentra en mejores condiciones, es quien debe demostrar objetivamente los hechos en los que sustenta su obrar, máxime cuando las probanzas exigidas pudieran requerir la constatación de los hechos negativo” (Maza, Miguel “El despido discriminatorio: una pequeña derogación con grandes consecuencias jurídicas” LNLSS 2004-546 y ss). “Cresta, Erica c/ Arcos Dorados SA s/ daños y perjuicios”. CNAT Sala II, Expte n° 25648/02 (sentencia. 93623 del 7/7/05).

5.3. Objeto del Reclamo

Existen situaciones donde se discrimina por motivos de salud y en especial por convivir con enfermedades tales como el VIH, en estos casos la víctima podrá elegir el cese del acto discriminatorio con más los daños sufridos que incluyen, haberes caídos durante el tiempo de segregación del empleo o podrá solamente reclamar daños materiales y morales padecidos. En cuanto al daño material es viable reclamar daños y perjuicios conforme las normas del Código Civil, los cuales son más amplios que los que dispone el art. 245 de la LCT, sirviendo solo como un marco de referencia mínimo.

Por otro lado el daño moral también puede ser objeto de reclamo, así lo sostiene el Dr. Puppo al expresar: “Frente a la falta de justificación del despido dispuesto por la demandada; las gestiones previas llevadas a cabo por la misma pretendiendo que los empleados a ordenes del actor presentaran informes de lo ocurrido en dicha trasnoche (que da cuenta los testimonios ya reseñados) y las licencias por enfermedad del mismo y el estado de deterioro físico de que dan cuenta también los testigos, me llevan a

concluir que existen presunciones graves y concordantes (art. 163, inc. 5, CPCC) que permiten concluir que la verdadera razón del despido de M. obedeció a que las autoridades de Cinemark ya tenían certeza de que el susodicho era portador de HIV y que por tal razón fue discriminado cuando se rescindió su vínculo. No existe obstáculo para que en una demanda por despido se pueda obtener una reparación autónoma por daño moral, en la medida que se llegue a demostrar que la principal tenía conocimiento que el trabajador despedido era portador de SIDA” (M.M.A. c/ Cinemark Argentina S.A. C.N.A.T., Sala I, Sentencia de fecha 28/2/2006).

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 poder desarrollar sus labores – en este caso, la empleadora denegó la reincorporación luego de concluida una licencia médica – configura un acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592 que torna procedente la reparación del daño moral. Cámara 1ª. De Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, 10/08/2000,”J., J. c/M.H.S.A.”, LLBA 2001-759.

5.3.Efectos de la acción judicial

Son opciones de la víctima respecto de cómo quiere que se repare el daño ocasionado por el acto discriminatorio, el trabajador podrá reclamar la **cesación del acto discriminatorio nulificando el despido**, teniendo la posibilidad de lograr la reincorporación al puesto de trabajo, ya que el acto discriminador resulta nulo y queda habilitada la posibilidad de **volver las cosas al estado anterior al acto lesivo (art. 1083 Cód. Civil)**, a la que habrá que sumar la correspondiente reparación material y moral que el mismo produce.

Otra alternativa que puede elegir el trabajador afectado es considerarse **despedido de forma indirecta**, en el precedente de la CNAT, “Ramírez José Luis C/Finexcor S.a. S/Despido”, (sentencia del 17/05/2010), los magistrados condenaron a una empresa del grupo Cargill a indemnizar a un empleado que, enfermo de SIDA, solicitó que le asignaran “tareas livianas” pero nunca obtuvo respuesta favorable. Desde allí se derivaron certificaciones médicas y nuevos telegramas que dilataron la reincorporación al trabajo, ante lo cual el empleado se consideró despedido “por culpa y accionar” de su empleadora. La Cámara laboral le dio la razón y para ello tomó en cuenta que “la

empresa contaba con sectores donde el actor podía realizar labores de menor exigencia. El actor presenta un Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida con antecedente de una tuberculosis generalizada, con tuberculosa cerebral y una reacción vivencial anormal neurótica con manifestación depresiva”, reconocen las constancias médicas⁴⁷.

⁴⁷ Fuente Pagina Web La capital. Recuperado el día 09/02/2014,
http://www.lacapital.com.ar/contenidos/2010/06/25/noticia_0049.html

Capítulo VI

DERECHO COMPARADO

En el final de nuestro capítulo, para ser más exacto en el capítulo cinco, titulado Derecho Comparado, podremos conocer legislaciones de diferentes países de América del Sur y América Central. En esta oportunidad hemos escogido tres países ellos son: Colombia, República Dominicana y Chile.

No será objeto del siguiente capítulo analizar minuciosamente cada una de las normativas, sino destacar sus puntos más relevantes tratando así de comparar y encontrar diferencias y semejanzas con las leyes de nuestro país.

6.1. Decreto 1543, Colombia, 1997.

Decreto 1543/1997

A través de este decreto se reglamenta el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ITS).

Este decreto establece en su artículo segundo el concepto de consejería, esta es una definición técnica que describe un conjunto de actividades realizadas para preparar y confrontar a la persona con relación a sus conocimientos, sus prácticas y conductas, antes y después de la realización de las pruebas diagnósticas; la misma se llevará a cabo por personal entrenado y calificado para dar información, educación, apoyo psicosocial y actividades de asesoría a las personas infectadas, a sus familiares y comunidad, en lo relacionado con las ITS, el VIH y el SIDA. Observamos que desde el inicio del decreto comienzan a enseñarnos un concepto que debe llevarse a práctica por personal adecuado y capacitado para intentar sobrellevar la situación por la que transita el afectado.

En cuanto a la obligación de la atención el artículo 8 dispone que ninguna persona que preste sus servicios en el área de la salud o institución de salud se podrá negar a prestar la atención que requiera una persona infectada por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) asintomática o enferma del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), según asignación de responsabilidades por niveles de atención, so pena de

incurrir en una conducta sancionable de conformidad con las disposiciones legales; salvo las excepciones contempladas en la Ley 23 de 1981. Esta normativa se acerca mucho a la figura del derecho al acceso a la atención de la salud que rige en nuestro país, solo que en Colombia ya es un deber atender a personas infectadas por este virus en particular, y no tiene ese tinte de generalidad como lo tiene en nuestro país dando lugar a dudas y arduos conflictos a la hora de satisfacer necesidades tan necesarias y básicas como lo es la salud a los pacientes no solo de enfermedades como esta, sino que de otras también.

El deber de la confidencialidad aparece en este decreto en el art. 32, explica el proceso de confidencialidad que deben llevar los profesionales al tomar conocimiento de las personas infectadas o conozcan o brinden atención en salud a una persona infectada por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), asintomática o sintomática, están en la obligación de guardar sigilo de la consulta, diagnóstico, evolución de la enfermedad y de toda la información que pertenezca a su intimidad. No hay diferencias si debemos compararlo con el concepto de confidencialidad en nuestro país.

En Colombia las excepciones para revelar el secreto profesional se asemeja mucho al de Argentina, el art.34 de este cuerpo dispone, que por razones de carácter sanitario, el médico tratante, teniendo en cuenta los consejos que dicta la prudencia, podrá hacer la revelación del secreto profesional a la persona infectada en aquello que estrictamente le concierne y convenga y a los familiares de la persona infectada si la revelación es útil al tratamiento, los responsables de la persona infectada cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces, los interesados por considerar que se encuentran en peligro de infección, al cónyuge, compañero permanente, pareja sexual o su descendencia y a las autoridades judiciales o de salud competentes en los casos previstos por la ley.

El derecho al consentimiento informado no es tema menos importante con respecto al consentimiento que debe prestar el infectado para realizarse análisis médicos, para que la práctica de pruebas de laboratorio para detectar la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) en el orden individual o encuestas de prevalencia, sólo podrá efectuarse previo consentimiento de la persona encuestada o cuando la autoridad sanitaria competente lo determine, de acuerdo con las previsiones del presente decreto.

En este cuerpo legal existe el deber de no infectar, en cuanto que la persona informada de su condición de portadora del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) deberá abstenerse de donar sangre, semen, órganos o en general cualquier componente anatómico, así como de realizar actividades que conlleven riesgo de infectar a otras personas, art. 41. Si analizamos este artículo podemos decir que, es un poco confuso, ya que entendemos que para donar semen u órganos en la actualidad es requisito indispensable realizar primero el análisis, con el consentimiento otorgado por el donante por supuesto, cuestión determinante para la realización de estos trasplantes, transfusiones o donaciones. Entonces creemos que el legislador colombiano quiso en realidad evitar ciertas situaciones que conlleven a accidentes clínicos asegurando así la salud de la sociedad. Quedando solo en la conciencia del infectado el deber de no infectar en todo caso durante sus prácticas sexuales.

Por último queremos destacar un artículo que a diferencia de nuestra legislación no se encuentra fuera del cuerpo legal. El deber de No Discriminación ya existe en este decreto, y no se complementa con otra ley como sucede en nuestro país. A las personas infectadas por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), a sus hijos y demás familiares, no podrá negárseles por tal causa su ingreso o permanencia a los centros educativos, públicos o privados, asistenciales o de rehabilitación, ni el acceso a cualquier actividad laboral o su permanencia en la misma, ni serán discriminados por ningún motivo (art. 139. Dec 1543, 1997).

6.2. Ley N° 55-93. República Dominicana, 1993.

En este país centro americano se encuentra prohibida la realización de pruebas para el diagnóstico de infección por el VIH, con excepción cuando el médico sospeche la infección de VIH, previa autorización del paciente, a pedido del interesado con prescripción médica, cuando una persona fuera a donar sangre u órganos humanos, (previa autorización del paciente) o anónimos no ligados a datos de identificación personal y también queda prohibida además, la transfusión sanguínea sin el debido tamisaje para el VIH y hepatitis viral, art. 2. Ley 55-93.

En la Ley 55.93, existe un artículo muy peculiar, que fue tema crucial en capítulos anteriores. El mismo reza que las pruebas para el diagnóstico de infección por el VIH deben realizarse para fines laborales, como requisito de ingreso a un trabajo o como

condición para la permanencia en el empleo y para fines propios de la atención en salud, cuando los resultados de la prueba condicionen la atención al paciente.

Entendemos que es otro país y que las normas constitucionales no son las mismas que en nuestro país, pero este artículo deja muy en claro que en materia laboral existe una gran brecha que nos separa. El deber de realizar un test para detectar VIH como requisito de ingreso o permanencia en un trabajo nos enseña y confirma que en países como República Dominicana los derechos sociales aun necesitan evolucionar y a su vez la necesidad de proteger al ciudadano en ámbito del derecho laboral. (art. 3 Ley N° 55-93).

En cuanto a la prevención para la expansión del virus establece este cuerpo legal que la prevención es el instrumento más importante para el control de la infección por el VIH, deberá ser impulsada por todas las instituciones del país, tanto públicas como privadas, gubernamentales (OGS) y no gubernamentales (ONGS), todas las escuelas, colegios y centros de educación superior, tanto públicas como privadas, la impartición de educación sexual acorde con el nivel educativo de que se trate, para lo cual la Secretaría de Estado de Educación, Bellas Artes y Cultos (SEEBAC) y el Consejo Nacional de Educación Superior (CONES) tomarán las medidas que entiendan pertinentes y por otro lado la Dirección General de Telecomunicaciones en coordinación con la SESPAS y la SEEBAC colocarán mensajes, de forma gratuita, en los medios masivos de comunicación, dirigidos a orientar a la población a fin de prevenir las enfermedades de transmisión sexual (ETS) y el SIDA.

Es muy curioso leer uno de los artículos de la presente ley que a modo de prevenir futuros contagios y así la propagación del VIH, dispone el mismo que los establecimientos tales como reservados, hoteles, moteles, etc., con servicio de cama, deberán colocar en un lugar visible un mínimo de dos preservativos o condones sin que el cliente tenga que solicitarlos.

Entendemos que es una forma de prevenir y concientizar a los ciudadanos de la gravedad que acarrear las prácticas sexuales en las que los participantes no usan protección.

Analizamos que en esta normativa el deber de confidencialidad está ausente toda vez que desde que se comprueba a través de pruebas de laboratorio que una persona es portadora del VIH, ésta deberá informar a su médico quienes han sido sus contactos sexuales, y deberá informar a éstos su sero-positividad.

Para el caso de que la persona sero-positiva no quiera o no pueda informar sus contactos sexuales personalmente sobre su condición serológica, esta podrá delegar en el médico y/o profesional que la esté atendiendo, la comunicación a los contactos sexuales, habiendo agotado todos los esfuerzos para dar cumplimiento a lo previsto en este artículo en caso de que el paciente se niegue a proceder en la forma prevista, el médico y/o profesional tratante del caso podrá informar a las SESPAS (Secretaría de Estado de Salud Pública y Asistencia Social) a fin de que establezca la forma de comunicarle a sus contactos sexuales el riesgo al que han estado expuestos (art. 21). Si bien lo que se trata de prevenir aquí es la posibilidad de que personas que están afectadas y desconozcan su estado continúen propagando el virus, entendemos que la confidencialidad de datos tan íntimos se vea vulnerada, algo que se protege celosamente en Argentina.

6.3. Ley N° 19.779. Chile, 2001.

En el país vecino en materia de prevención de VIH, éste posee la Ley N° 19.779 Ley en prevención del virus de inmunodeficiencia humana, publicada en el Diario Oficial de 14.12.01, la cual ha sufrido modificaciones las cuales se encuentran en la Ley N° 20.077 del año 2005. Reza en su artículo primero que la prevención, diagnóstico y control de la infección provocada por el virus de inmunodeficiencia humana, como la asistencia y el libre e igualitario ejercicio de sus derechos por parte de las personas portadoras y enfermas, sin discriminaciones de ninguna índole, constituyen un objetivo sanitario, cultural y social de interés nacional, muy similar a nuestra Ley Nacional de Sida 23.798, y dispone que corresponde al Estado la elaboración de las políticas que propendan hacia dichos objetivos, procurando impedir y controlar la extensión de esta pandemia, así como disminuir su impacto psicológico, económico y social en la población.

En cuanto al consentimiento informado la ley es clara diciendo que el examen para detectar el virus de inmunodeficiencia humana será siempre confidencial y voluntario, debiendo constar por escrito el consentimiento del interesado o de su representante legal. El examen de detección se realizará previa información a éstos acerca de las características, naturaleza y consecuencias que para la salud implica la infección causada por dicho virus, así como las medidas preventivas científicamente comprobadas como eficaces, esto es de gran ayuda y apoyo para alguien que al instante de realizar el

examen no sabe cuál será el plan que llevará a cabo de acuerdo a su salud física y mental.

Como ocurre en Colombia, en Chile ya existe dentro de la misma ley referida al Sida la prohibición de realizar actos discriminatorios a razón de su estado de salud. La misma establece que no podrá condicionarse la contratación de trabajadores, tanto en el sector público como privado, ni la permanencia o renovación de sus empleos, ni su promoción, a los resultados del examen destinado a detectar la presencia del virus de inmunodeficiencia humana, como tampoco exigir para dichos fines, la realización del mencionado examen y al igual que en el ámbito laboral, en el ámbito escolar queda totalmente prohibida la posibilidad de ingresar o continuar los estudios dependiendo del resultado que arroje una prueba de VIH. De la misma manera ningún establecimiento de salud, público o privado podrá negar el ingreso o atención a personas portadoras o enfermas con el virus de inmunodeficiencia humana o condicionar lo anterior a la realización o presentación de resultados del referido test, art. 7 Ley N° 19.779.

Conclusiones

Concluyendo afirmamos que, la discriminación en el ámbito de las relaciones laborales significa cualquier diferenciación, exclusión o preferencia sobre la base de raza, sexo, opinión política, extracción social, aspecto físico, religión 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 por motivos de enfermedad, minusvalía o porque la apariencia revele alguna característica física estigmatizada como defectuosa por los prejuicios que abundan en la sociedad actual, sobre todo el Virus de Inmunodeficiencia Humano, es un tema relevante objeto principal que defienden organismos tales como el INADI (Instituto Nacional en contra la Discriminación, la xenofobia y el racismo). En el ámbito laboral los trabajadores infectados de HIV, en repetidas ocasiones se ven afectados por las decisiones arbitrarias de extinguir el vínculo laboral por parte de sus principales basándose en causas inexistentes que solo encubren un acto puramente discriminatorio. Es innegable el aumento de denuncias realizadas ante el organismo mencionado *ut supra* y demandas judiciales reclamando resarcir los daños y perjuicios y daño moral por los actos discriminatorios ocasionados.

Remarcamos que durante tal situación, el trabajador habrá sido privado de su remuneración de carácter alimentario en un momento crítico ya que se encuentra privado de procurar el sustento para su grupo familiar a raíz de su enfermedad. Por esta razón, es importante distinguir que resulta de suma importancia que en nuestro país se afiance a medida que pasa el tiempo, con sentencias dictadas conforme al derecho vigente. Las decisiones de los magistrados deberán tener un contenido social con el fin de proteger al trabajador discriminado y segregado del ámbito laboral.

Paralelamente a esta situación, la Doctrina y la Legislación lograron importantes aportes referidos a la protección jurídica que debe amparar a toda persona, víctima de un trato desigual fundado en razones de su enfermedad, brindando así verdaderas armas jurídicas para dejar sin efectos, nulificar o reclamar por actos discriminatorios. Hoy en día podemos contar con varias vías para poder accionar y lograr el reconocimiento del derecho constitucional que se denuncia vulnerado por actos que se presentan como discriminatorios. Ellas son:

La vía Administrativa:

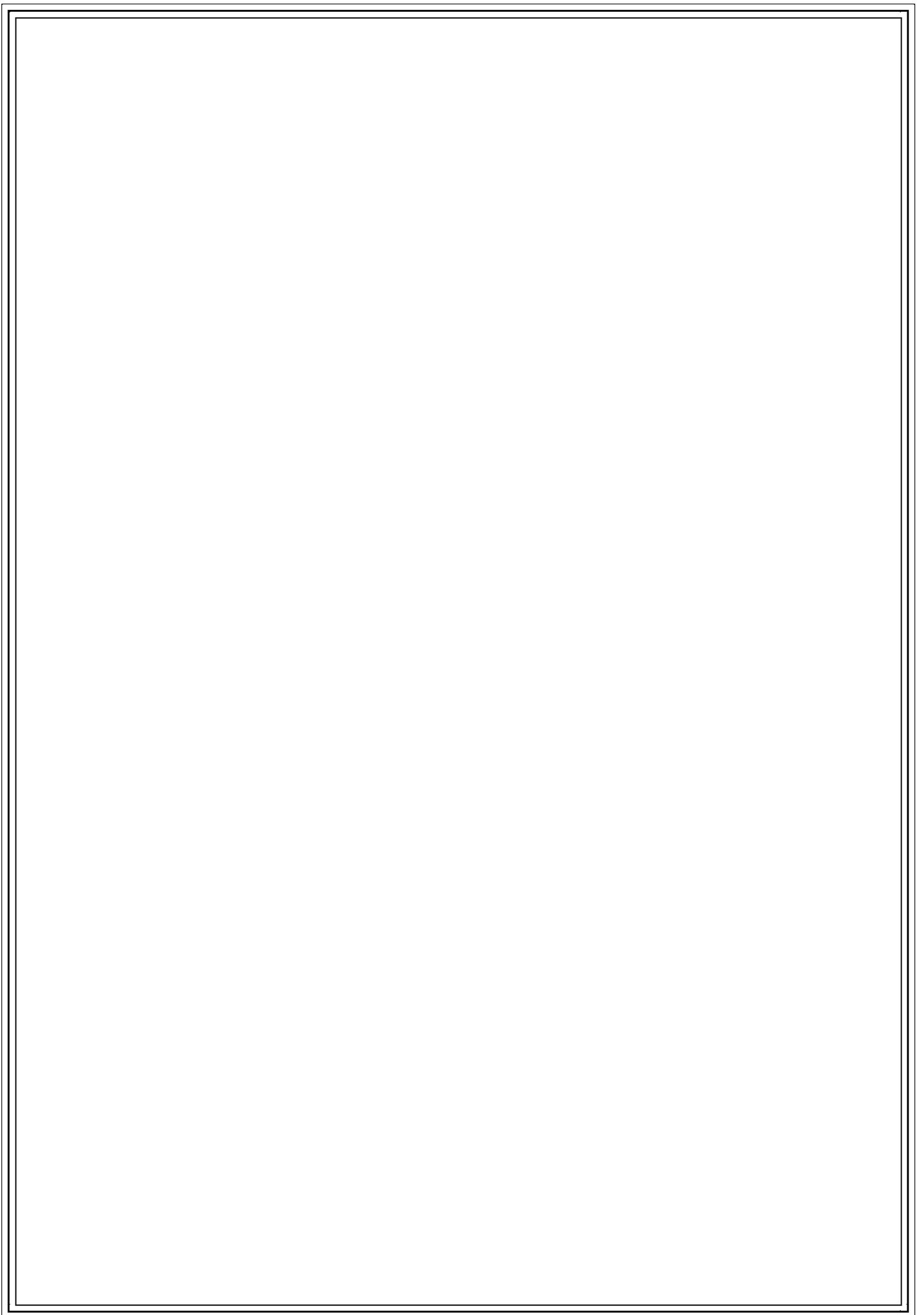
- Se puede realizar la denuncia ante el INADI, creado por la Ley 24.515.
- Se verifica la razonabilidad de la denuncia pudiendo:
 - a) Correr traslado al denunciado.
 - b) Recibir el descargo.
 - c) Recibir informes técnicos, pericias y testimoniales.
 - d) Elabora un dictamen fundado sobre la existencia o inexistencia del acto denunciado.
 - e) Dicho dictamen no causa estado ni modifica derechos pero tiene valor de prueba indiciaria.

La vía Judicial:

- Mediante el Amparo Genérico del art. 43 de la Constitución Nacional.
- Demanda Laboral Ordinaria con o sin petición de cautelar, ya sea de no innovar o innovativa según la situación que atraviese la víctima.

Varios son los efectos de la acción judicial en caso de presentarse tales situaciones, el trabajador puede optar por declarar nulo el acto, volver las cosas al estado anterior (reincorporándose al puesto de trabajo) o considerarse despedido de forma indirecta.

Creemos que se debe apelar al compromiso y solidaridad social y proteger al trabajador infectado por el VIH (como a cualquier otro trabajador) de las arbitrariedades de los empleadores que inmersos en la ignorancia sobre ciertas cuestiones sociales, se prestan para realizar esta clase de actos discriminatorios que perjudican no solo a un trabajador excluido sino también a su grupo familiar desde el momento que ya no pueden sostenerse por la falta de pago, sin prestación de servicios de obra social, cese de aportes para su jubilación, etc. En una palabra, debemos comprometernos y evitar menoscabar la dignidad del ser humano.



Bibliografía

Doctrina

Betancur, J., Correa, A. y Estrada S. (2005) *Manual de VIH/SIDA y otras infecciones de transmisiones de transmisión sexual*. (1º Ed.). Colombia: Fondo Editorial CIB

Bidart Campos, German J. (2008) - *Manual De La Constitución Reformada* - Tomo I, II y III. Buenos Aires. Ed. Ediar.

Carlos Alberto Toselli-Pablo Martin Grassis- Juan Ignacion Ferrer. *Violencia en las relaciones laborales (Discriminación- mobbing-acoso sexual)* , 1º Edición. Córdoba. 2007

Cortés, Julio César G. (1999). *La responsabilidad médica y el consentimiento informado*. Revista Médica del Uruguay. Vol. 15- Nº 1

De Diego, Julian, (2000). *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. (4º ed.). Buenos Aires. Abeledo-Perrot

Estébanez, P. (2005). *Medicina Humanitaria*. España: Editorial Díaz de Santos

Falistocco, C., Letoile, Y., y Di Bello H. (2013). De la emergencia al control de la epidemia. *Argentina Salud*, 19(4), 18-21.

Gillett G. SIDA y confidencialidad. En: Luna F, Salles A. *Decisiones de vida y muerte. Eutanasia, aborto y otros temas de ética médica*. 1ª ed. Buenos Aires: Ed. Sudamericana, 1995:89-96.

Grisolia, Julio A. “Derecho del Trabajo y de La Seguridad Social”, Ed. Depalma, 1999,

Grisolia, Julio A. “Ley de Contrato de Trabajo Comentada: texto comentado”- 4ta Edición- Buenos Aires, Editorial Estudio, 2012.

Gros Espiell, H. (1991). *La convención Americana y la convención europea de Derechos Humanos, Análisis Comparativo*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

Infante, César et al. *El estigma asociado al VIH/SIDA: el caso de los prestadores de servicios de salud en México*. Salud pública Méx [online]. 2006, vol.48, n.2, pp. 141-150. ISSN 0036-3634

Maglio, I. (2012). Guía de buenas prácticas ético legales en VIH/SIDA. [Versión electrónica], *Fundación Huesped en acción contra el SIDA*.

Marchant, J. (2004). La Discriminación Y El Derecho A La Igualdad [Versión electrónica], *La discriminación*. Recuperado de http://latinamerica.dpi.org/8MARCHANTJAIME-LADISCRIMINACION_001.doc.

Martin, Marcelo Daniel. (2003) Acerca del SIDA. Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba.

Miroló, René Ricardo, “Curso de Derecho del Trabajo de la Seguridad Social” 1 Tomo, Ed. Advocatus, 2003.

M.M.A. c/ Cinemark Argentina S.A. C.N.A.T., Sala I, Sentencia de fecha 28/2/2006

Osuna Fernández Largo, A. (2001). *Teoría de los Derechos Humanos, Conocer para practicar. Única Edición*.

Tobar , F. 2002. *Acceso a los Medicamentos en Argentina: Diagnóstico y alternativa*. Buenos Aires. Seminario II. Centro de Estudios de Estado y Sociedad.

Toselli, Carlos Alberto (2006) *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social* (2/2º ed.). Córdoba. Alveroni Ediciones

Legislación

Código Civil Argentino

Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación

Constitución de la Provincia de Córdoba.

Constitución Nacional de la República Argentina

Decreto 1543, Colombia, 1997.

Decreto Reglamentario 1244/91

El Convenio 111 de la OIT

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

La Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos

Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744

Ley de prevención, control y asistencia integral de las Enfermedades de Transmisión Sexual en el ámbito de la Provincia de Córdoba. 7.714

Ley de Procedimiento Laboral de la Provincia de Córdoba 7987

Ley Nacional antidiscriminatoria 23.592

Ley Nacional de SIDA. 23.798

Ley Nacional N° 24.515 Instituto Nacional Contra La Discriminación, La Xenofobia y El Racismo

Ley N° 19.779. Chile y modificatorias, 2001

Ley N° 55-93. República Dominicana, 1993.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

Resolución SRT 043/97

Jurisprudencia

Cámara 1ª. De Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, „J.,J. c/M.H.S.A.”, LLBA 2001-759. 10/08/2000

Cámara Civil - Sala F.”Union Gremial Argentina de Trabajadores Sanitarios c/Leal, Juan” s/Daños y Perjuicios. 20/12/1994

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I (CN Trab) (Sala I). “R., J. J. M. c. Juncal S.A. Cía. de Seguros”, Año 2005.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II (CN Trab) (Sala II). “T., M. A. c. Ecohabitat S.A y otro”, Año 2009.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V(CN Trab) (Sala V) “I., D. A. c. Shield Seguridad S.A. y otro/Despido”, Año 2009.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI (CN Trab) (Sala VI). “Villagran, Carlos Alberto c. Coto C.I.C.S.A. s/despido” Año 2012

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI, "A., J. L. c. Disco S.A". Del 19/02/2010,

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI, "A., J. L. c. Disco S.A".19/02/2010.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VII(CN Trab) (Sala VII). “V., H. G. c. Lekryzon S.A. y otro/Despido” Año 2009.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala X sent. Del 31/5/96 "I.O.E. c. ELMA S.A.

Camara Nacional en lo Civil., Sala E; “R., L. F. c. Trenes de Buenos Aires S.A”.sd.

CNAT Sala II Expte n° 25648/02 (sentencia. 93623 del 7/7/05) “Cresta, Erica c/ Arcos Dorados SA s/ daños y perjuicios” (G.- R.-)

Corte Suprema de Justicia de la Nación., “Asociación mujeres en igualdad v. Freddo SA” s/amparo. 16/12/2002

Corte Suprema de Justicia de la Nación., “B., R. E. C/Policia Federal Argentina s/amparo”, 17/12/1996.

Corte Suprema de Justicia de la Nación., “Fernández, Estrella v. Sanatorio Güemes SA” 23/8/1988.

Corte Suprema de Justicia de la Nación., “Guida, Liliana v. Poder Ejecutivo Nacional/empleo público. 2/6/2000.

Corte Suprema de Justicia de la Nación., “Ratto, Sixto y otros c/ Productos Stani SA”. 265: 242. Año 1966.

Marco Legal Protectorio de las Personas con HIV ante supuestos de Actos

Discriminatorios en el ámbito de las Relaciones Laborales

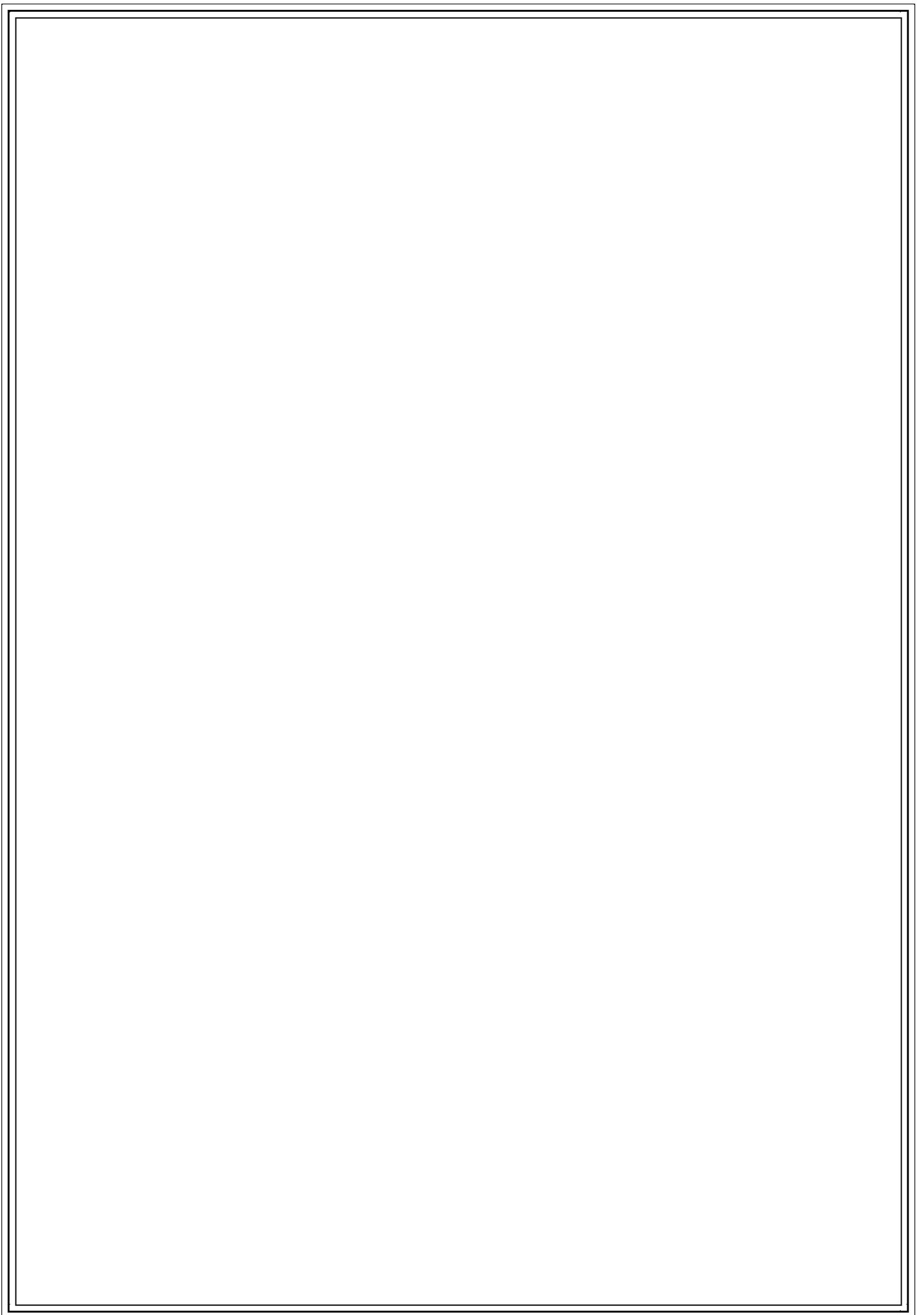
Álvarez Heber Leonel

Abogacía

2014

Universidad Empresarial Siglo 21

Ciudad de Córdoba, Argentina.



Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Este formulario estará completo sólo si se acompaña de la presentación de un resumen en castellano y un abstract en inglés del TFG

El mismo deberá incorporarse a las versiones impresas del TFG, previa aprobación del resumen en castellano por parte de la CAE evaluadora.

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	
E-mail:	
Título de grado que obtiene:	

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	
Título del TFG en inglés	
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	
Integrantes de la CAE	
Fecha de último coloquio con la CAE	
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

Autorización de Publicación electrónica:

- Si, inmediatamente
- Si, después de mes(es)
- No autorizo

Firma del alumno

