

Despido discriminatorio por razones de salud: entre la reparación plena y la tarifación del derecho

Por Natalia Lorena Galluccio

Abogada Laboralista. Maestranda en Derecho del Trabajo (UBA). Matriculada en CABA y Provincia de Buenos Aires. Egresada de la Maestría en Derecho Laboral y Relaciones Internacionales del trabajo (UNTREF, 2013-2015), pendiente de tesis. Vocal de la Asociación de Abogados y Abogadas Laboralistas.

I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar el despido discriminatorio por razones de salud, a la luz de la reciente incorporación del artículo 245 bis a la Ley de Contrato de Trabajo, introducido por la llamada *Ley Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos*. Más allá del título otorgado a la norma, el contenido y los efectos concretos de esta reforma resultan —al menos en lo que respecta a los derechos de las y los trabajadores— profundamente regresivos.

Si bien una primera lectura del artículo 245 bis podría sugerir un avance en materia antidiscriminatoria, al prever una sanción económica frente a despidos fundados en motivos prohibidos, un análisis más detenido, en contexto con el orden jurídico vigente y con la especial situación de vulnerabilidad que atraviesan las personas despedidas por razones de salud, revela una realidad distinta.

En efecto, la nueva disposición **impone un régimen de tarifación del acto discriminatorio**, reemplazando lo que hasta ahora era la posibilidad de obtener una **reparación plena**, mediante la vía de la **nulidad del despido** contemplada en el artículo 1° de la Ley 23.592 y la consecuente reinstalación del trabajador en su puesto.

Desde esta perspectiva, el artículo 245 bis configura un **retroceso en la tutela de derechos fundamentales**, al transformar la exclusión por motivos discriminatorios —como el estado de salud o la discapacidad— en un hecho consumado que únicamente genera una compensación económica tarifada. Esta lógica no solo vacía de contenido el principio de no discriminación, sino que **contradice abiertamente los estándares del bloque de constitucionalidad federal y de los tratados internacionales de derechos humanos**, especialmente aquellos que reconocen el derecho a la igualdad real de oportunidades y a una reparación integral frente a actos lesivos, como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En función de lo expuesto, el objetivo aquí es *analizar si el art. 245 bis se adecua a los estándares de protección internacional de personas con discapacidad o implica un retroceso en la tutela contra el despido discriminatorio por razones de salud*.

II. El estado de salud y discapacidad como causa de discriminación laboral .

El despido por razones de salud ocupa un lugar central en la casuística diaria, ya sea porque el trabajador padece una enfermedad inculpable que le genera una

discapacidad transitoria o permanente, o sufre un accidente de trabajo y debe reincorporarse con su capacidad psicofísica reducida.

En la práctica, todos los laboristas sabemos que detrás de muchos despidos 'sin causa' late la verdadera razón: la enfermedad del trabajador. Y eso es discriminación, aunque se intente encubrir.

Recordemos, que el trabajador enfermo o con una patología crónica debe ser considerado una persona con discapacidad en los términos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378), por lo que cualquier trato adverso fundado en esa condición configura un acto discriminatorio agravado.

En su artículo primero, la Convención establece que su propósito es “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”. Y seguidamente, define quiénes se encuentran amparados bajo esta especial protección, diciendo: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Con ello, se adopta una definición amplia, incluyendo al enfermo crónico, psiquiátrico o funcionalmente limitado, lo que llevado a los casos adquiere particular relevancia, dada la frecuencia y alta conflictividad observada cuando el trabajador presenta licencias por enfermedad inculpables en torno a este tipo de patologías, especialmente las psiquiátricas.

En el ámbito nacional, la Ley de Protección de la Salud Mental (n° 26.657) contempla el derecho a la salvaguarda de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de quienes tienen padecimientos mentales. En este entendimiento, la CSJN ha reconocido que las personas con padecimiento mental conforman un colectivo social en particular situación de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono, destacando la necesidad de establecer una protección normativa eficaz.¹

Hacemos particular mención de la salud mental, ya que muchos conflictos en las relaciones individuales de trabajo que derivan en despido, tienen origen en la patología psiquiátrica del trabajador, quien se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad, a lo que se le suma muchas veces el despido discriminatorio.

En virtud de lo expuesto, la idea del presente trabajo es abordar el despido discriminatorio por razones de salud desde una perspectiva doctrinaria crítica, identificando sus fundamentos normativos, los estándares probatorios desarrollados

¹ Fallos 331:211 CSJN R., M.J. s/ INSANIA. “Los pacientes institucionalizados, especialmente cuando son reclusos coactivamente sin distinción por la razón que motivó su internación, son titulares de un conjunto de derechos fundamentales, como el derecho a la vida y a la salud, a la defensa y al respeto de la dignidad, a la libertad, al debido proceso, entre tantos otros. Sin embargo, deviene innegable que tales personas poseen un estatus particular, a partir de que son sujetos titulares de derechos fundamentales con ciertas limitaciones derivadas de su situación de reclusión” (sumario Id SAIJ: FA08000003).

por la jurisprudencia y los riesgos de la nueva tendencia legislativa a ponerle precio al derecho a la igualdad.

A partir de allí, se busca contribuir e interpelar a los operadores jurídicos a analizar los casos de discriminación por razones de salud teniendo en mira la protección de quien se encuentra en situación de vulnerabilidad.

III Marco normativo. La protección legal preexistente: Ley 23.592, bloque constitucional y tratados

Es sabido que con anterioridad a la ley 27.742, la reparación del despido discriminatorio ha sido resuelto por la doctrina y jurisprudencia mediante la aplicación de la ley 23.592, cuyo texto en su artículo 1 dice:

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

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

Esta norma castiga el acto discriminatorio, imponiendo la obligación de dejarlo sin efecto y de reparar el daño moral y material ocasionado. Conforme lo ha entendido la doctrina y jurisprudencia, dicha ley es aplicable a todos los habitantes de la Nación Argentina, no habiendo motivo alguno para excluir de su aplicación a los trabajadores.

En línea con ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país..”. Este criterio hermenéutico resulta fundamental al momento de interpretar las normas de derecho del trabajo, obligando a integrar la norma con el resto del ordenamiento jurídico².

De lo contrario, la exclusión del trabajador de la protección de la ley antidiscriminatoria conculcaría la garantía constitucional de igualdad ante la ley – art 16 CN-, reiterada y ratificada en los tratados internacionales con jerarquía constitucional – art 75 inc. 22-.

De lo dicho se sigue que, siendo de aplicación plena la Ley 23.592 al ámbito laboral, el despido discriminatorio constituye un acto ilícito, y en consecuencia, debe considerarse nulo. Esta nulidad se funda en las normas constitucionales ya citadas – art 16- que garantizan la igualdad ante la ley, y los tratados internacionales con jerarquía constitucional que protegen contra todas las formas de discriminación.

² C.S.J.N., "Administración General de Vialidad Nacional v. Bejarano de Castro Fuentes Adela y otros"; Fallos, 244:129

En este marco, podemos integrar el régimen laboral con las disposiciones del Código Civil y Comercial en tanto resulten compatibles con los principios protectores del derecho del trabajo. El art 344 del Código Civil y Comercial refuerza esta conclusión al establecer que es nulo todo acto jurídico prohibido por el ordenamiento jurídico, contrario a la moral y buenas costumbres. A su vez, el art 1716 del CCyC impone la obligación de reparar todo daño causado injustamente, constituyendo una reglamentación legal del principio *alterum non laedere*, de raigambre constitucional y transversal a todo el ordenamiento jurídico argentino.

Esta perspectiva ha sido ratificada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha reconocido la aplicación supletoria del derecho común en el ámbito laboral cuando resulta necesario para garantizar la reparación plena y efectiva (fallo CSJN “Aquino”).

No menos significativo, es que el artículo 17 de la ley de Contrato de Trabajo castiga el acto discriminatorio en el ámbito de las relaciones laborales, consolidando así un marco normativo que impone su nulidad y consecuente reparación integral del daño causado.

Para terminar, debemos mencionar sintéticamente que esta prohibición de no discriminación (de la cual la discriminación por motivos de salud que es el propósito de este trabajo es una especie), se encuentra reforzada por diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, entre los que se destacan:

- La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378 – jerarquía supralegal, art. 75 inc. 22 CN): define discapacidad como una interacción entre deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales y diversas barreras, que puedan impedir la participación plena de las personas. Y a su vez en su artículo 27 reconoce el derecho al trabajo en igualdad de condiciones, y prohíbe la discriminación por motivos de discapacidad en todas las etapas del vínculo laboral.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (Ley 23.313 – jerarquía constitucional): En sus artículos 6 y 7 reconoce el derecho al trabajo y condiciones dignas. Mientras que el Art. 2.2 prohíbe la discriminación, incluyendo la fundada por el estado de salud.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (Ley 23.054 – jerarquía constitucional) Prohíbe en su artículo 1.1. toda forma de discriminación, y en el artículo 26 establece la obligación de desarrollar progresivamente los derechos económicos, sociales y culturales.
- Declaración Universal de Derechos Humanos: sus artículos 1, 2, 7, y 23 reconocen el principio de igualdad, protección contra la discriminación, el acceso a la justicia y el derecho del trabajo en condiciones dignas.

Estos instrumentos, en línea con la doctrina del *Drittwirkung*, imponen la obligación no solo al Estado, sino también a los particulares, de abstenerse de prácticas discriminatorias. Así, el empleador como actor privado resulta directamente alcanzado por el deber de no discriminar.

A su vez, deben considerarse los convenios internacionales de la OIT, con jerarquía supralegal en el derecho argentino. El Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) obliga a los Estados a eliminar toda forma de discriminación en el empleo y la ocupación. Esto significa que cualquier práctica que tenga el efecto de

excluir, segregar o poner en una posición de desventaja a una persona por circunstancias personales o sociales, o por características no relacionadas con el trabajo, es por definición discriminación, incluyendo aquellas fundadas en la condición de salud o discapacidad. El Convenio 159 refuerza esta protección al establecer el deber de adoptar políticas de integración laboral para personas con discapacidad, mientras que el Convenio 155 impone la obligación de resguardar la salud en el trabajo, de modo que la enfermedad o accidente no se conviertan en factores de exclusión. Estos instrumentos consolidan la exigencia de interpretar el despido por razones de salud como una forma agravada de discriminación prohibida en el plano internacional.

Además, no debemos olvidar que, sin perjuicio de sus instrumentos particulares, la OIT desde muy temprano ha venido señalando la existencia de reglas consuetudinarias internacionales que vinculan directamente a los Estados Miembros en función del propio mandato constitucional de la Organización. En este sentido, la **Declaración de la OIT de 1998 sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo** reconoce que todos los Miembros —hayan o no ratificado los convenios correspondientes— asumen el compromiso de respetar, promover y hacer efectivos los principios relativos a la libertad sindical, la eliminación del trabajo forzoso, la abolición del trabajo infantil y, de modo central para este estudio, **la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.**

Esto significa que la **República Argentina** se encuentra internacionalmente obligada a garantizar una tutela eficaz contra la discriminación laboral por motivos de salud o discapacidad, no solo por la ratificación de convenios concretos, sino también por el **compromiso constitucional derivado de su mera pertenencia a la OIT.** Tal obligación refuerza la necesidad de interpretar cualquier normativa interna —como el art. 245 bis LCT— de conformidad con los principios internacionales, evitando que se convalide la discriminación bajo la forma de una indemnización tarifada.

Finalmente, debemos agregar la garantía contra el despido arbitrario, establecida en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, eje central en la defensa de los derechos de los trabajadores. Esta cláusula no solo reconoce la estabilidad relativa del trabajador, sino que también impone al legislador la obligación del establecer mecanismos eficaces para protegerlo contra despidos arbitrarios o discriminatorios. En este contexto normativo, resulta fundamental analizar cómo se ven afectados estos estándares con la reciente incorporación del artículo 245 bis de la LCT, especialmente en relación con los principios de reparación plena, igualdad y no discriminación.

IV. Construcción jurisprudencial basada en la Ley 23.592

En materia de jurisprudencia, por lo menos hasta antes de la reforma introducida por ley 27.742, nuestro país ha desarrollado una sólida doctrina sobre el despido discriminatorio, sobre todo en torno a la aplicación de la Ley 23.592 en el ámbito laboral. Si bien esta norma no fue pensada originalmente para relaciones de trabajo, la jurisprudencia ha reconocido su aplicabilidad cuando el acto extintivo es utilizado como vehículo de discriminación prohibida por motivos arbitrarios.

Uno de los hitos fundamentales fue el fallo “Pellicori, Jorge c/ Colegio de Abogados de la Capital Federal” (CSJN, 2012), en el cual la Corte Suprema sostuvo que el

artículo 1° de la Ley 23.592 se aplica plenamente en el ámbito laboral y que la prohibición de discriminación debe ser interpretada conforme a los tratados internacionales con jerarquía constitucional. El tribunal consideró que la exclusión de un trabajador del régimen de igualdad normativa debido a factores como su salud, edad o ideología, constituye un acto nulo y discriminatorio. La decisión sostiene que basta con que la víctima presente hechos que sugieran discriminación para que el demandado deba probar una causa objetiva y razonable, enfatizando en que las víctimas de discriminación enfrentan serias dificultades probatorias, lo que justifica la inversión.

Asimismo, el fallo “Álvarez, Maximiliano c/ Cencosud S.A.” (CNTrab, Sala V, 2010) sentó doctrina al afirmar que “la ley 23.592 ha tendido a conjurar un particular modo de menoscabo del pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional: el acto discriminatorio. Y ha previsto, por vía de imponer al autor la obligación de “dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y [...] reparar el daño moral y material ocasionados” (art. 1°), una reacción legal proporcionada a tamaña agresión pues, y sobre ello cabe poner el acento, el acto discriminatorio ofende nada menos que el fundamento definitivo de los derechos humanos: la dignidad de la persona, al renegar de uno de los caracteres ínsitos de ésta: la igualdad en dignidad de todos y cada uno de los seres humanos, de la cual deriva, precisamente, el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, destinado a proteger en la existencia dicha igualdad en esencia, intrínseca o inherente a aquéllos

En esta inteligencia, el tribunal ordenó la reinstalación del trabajador debido a discriminación sindical, aplicando la Ley 23.592: “..cabe juzgar que tampoco puede verse incompatibilidad alguna entre la reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio y el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita del art. 14 de la Constitución Nacional, que invoca el apelante con arreglo al caso De Luca, de 1969 (Fallos: 273:87). Esto es así, por muy variados motivos. En primer lugar, la ratio decidendi del precedente se circunscribe, sin dudas, a una cuestión distinta de la antedicha, como lo fue la relativa al art. 17 de la Constitución Nacional y el derecho de propiedad en su nexa con los “salarios” o “remuneraciones” materia de examen en esa oportunidad. En segundo término, el sub examine, contrariamente a De Luca, no pone en la liza un régimen general de estabilidad propia o absoluta como protección contra todo despido arbitrario, sino la reincorporación, para el litigio y en el litigio, derivada del singular motivo de ruptura del contrato de trabajo: la discriminación”.

Respecto del voto de la minoría, sostuvieron la tesis de la procedencia de una compensación económica adicional en sustitución de la reinstalación: “corresponde reconocer a este último el derecho a una compensación adicional que atienda a esta legítima expectativa. De tal forma, que sin perjuicio del resarcimiento previsto en el artículo 1° de la ley 23.592 (daños y perjuicios), el trabajador tendrá derecho a percibir una suma adicional igual a la prevista en la LCT para otros supuestos de discriminación, es decir, la contemplada en el art. 245 con más un año de remuneraciones según dispone en su artículo 182”.

A esta línea deben agregarse numerosos precedentes donde se reconoce la discriminación fundada en patologías particulares como el HIV, hepatitis crónica o epilepsia, equiparables en sus efectos a la exclusión por estado de salud. Así, se resolvió en “I, O.E. c/ Empresa Líneas Marítimas Argentinas SA” (CNAT, Sala X, 31/5/96), “O., E. c/ Falabella SA” (CNAT, Sala IV, 30/08/04), “CPC S.A. c. V. M. E.” (CNAT, Sala VIII, 05/06/2013), “Rossi, Rodolfo c/ Orígenes AFJP SA” (CNAT, Sala VI, 6/5/05), “C., R. A. c/ Marofa SA” (CNAT, Sala VII, 3/11/06), y “Toro, Dora c/ SPM” (CNAT, Sala VII, 15/11/06), entre otros. En todos ellos, los tribunales entendieron que

el apartamiento del trabajador en función de una condición de salud que no lo incapacitaba totalmente para la prestación de tareas configuraba un supuesto de discriminación prohibida por la ley 23.592.

Del mismo modo, se ha reconocido expresamente que este tipo de actos discriminatorios constituyen ilícitos extracontractuales, generando la obligación de una reparación integral que incluye el daño moral.

Así lo sostuvo la CNAT, Sala IX, en “Encina, Luis Alejandro c/ Bridgestone Argentina SA” (SD 18.363, 28/12/2012), donde se declaró que el despido encubierto bajo la aplicación del art. 212 LCT, cuando existían tareas acordes disponibles, vulneraba el principio de no discriminación, configurando un acto ilícito que lesionaba la dignidad del trabajador. En tal caso, el tribunal entendió que la existencia de daño moral se presumía por la sola constatación del acto discriminatorio.

En el mismo sentido, en *R.M.R.D. c/ Interbas SA* (CNAT, Sala V, SD 76.681, 30/10/2014), el tribunal concluyó que la extinción del vínculo en los términos del art. 212, 2º párr. LCT, sin acreditar la imposibilidad de otorgar tareas acordes, configuraba un despido discriminatorio, imponiendo la reparación integral —material y moral—.

Más recientemente, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo – sala I- en autos “N. C. T. c/ Asociación Civil Mutualista Centro Naval s/ Despido”³, en un fallo de fecha 19 de noviembre de 2024, se resuelve que el despido de la trabajadora fue contemporáneo con su alta por enfermedad mental, “exhibió claros visos discriminatorios, circunstancia que permiten acceder a una compensación por daño moral, en tanto los motivos de organización no fueron acreditados...”.

Se pone de resalto la contemporaneidad del despido con el alta de la trabajadora, lo que es llamativamente indicativo -y por tanto indiciario- de la estigmatización de una mujer trabajadora que recientemente estaba superando una situación de vulnerabilidad por una enfermedad psíquica.

Este fallo destaca la discapacidad o pérdida de aptitudes físicas o corporales como categoría sospechosa, aspecto sobre el cual volveremos luego en el presente trabajo, y en palabras del tribunal “demarca a un grupo en situación de vulnerabilidad o históricamente desaventajado, en tanto tropieza contra valladares cuasi insuperables para ejercitar con plenitud el catálogo de derechos y garantías solidificados en el plexo positivo, como corolario de determinadas condiciones sociales, económicas, étnicas o culturales, o bien en razón de su edad, género o estado psicofísico, entre otros caracteres posibles (para más, ver: Clérico, Laura, Ronconi, Liliana y Aldao, Martín, “Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no dominación y la redistribución y el reconocimiento”, Revista *Direito GV*, nº17, enero junio 2013, San Pablo, págs. 115/170)”.

Dicho concepto obliga a inspeccionar los actos impugnados bajo un escrutinio estricto de constitucionalidad, posibilitando así el despliegue de una tutela más eficaz de los colectivos rezagados, lo que importa “la exigencia de un vigor adicional por parte de los operadores jurídicos que deben corroborar la operatividad de los derechos supuestamente afectados (en el caso, órgano jurisdiccional interviniente), así como también -y en lo que aquí interesa destacar- una doble agravación en las exigencias argumentativas que se encuentran a cargo del sujeto que desplegó la conducta reprochada, a quien no le bastará con deslizar fundamentos que trasuntan un nexo de mera razonabilidad entre los fines perseguidos y el comportamiento adoptado, sino que deberá ofrecer sólidas motivaciones que justifiquen el acto llevado a cabo y las razones objetivas que lo motorizaron”.

Por su parte, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires tiene dicho que *“lo realmente privilegiado por la ley 23.592 es la prevención y la nulificación del acto discriminatorio: impedirlo, si aparece inminente su concepción lesiva, o hacer cesar sus efectos y reparar las*

³ Rubinzal Online; RC J 12998/24

consecuencias dañosas del ilícito discriminatorio cuando éste ya se produjo. En consecuencia, constituyendo el acto discriminatorio un despido, la acción jurídica de privación de efectos al acto irrito debe traducirse necesariamente en la nulidad de la decisión extintiva y la consecuente reinstalación de la víctima en su puesto de trabajo cuando el damnificado así lo solicita (conf. causas SCBA L. 97.804 "Villalba", sent. de 22-XII-2010; L. 104.378 "Sffaeir", sent. de 8-VIII-2012; L.120413 "Villalba" sent. de 27/02/2019; L. 117.804 "Humaño" sent. de 26/03/2015), criterio del que se han hecho eco lo tribunal de trabajo en diversos fallos⁴.

Esta línea jurisprudencial afirma que, en caso de configurarse un despido discriminatorio, la consecuencia no puede limitarse a una indemnización tarifada, sino que debe disponerse la nulidad del acto extintivo, la reinstalación del trabajador si lo solicita y la reparación plena del daño moral y material causado. Tal enfoque es coherente con el principio pro homine, la teoría de la reparación integral y el principio de igualdad real de oportunidades consagrado en los tratados internacionales (art. 75 inc. 22 CN).

Además, este desarrollo jurisprudencial tiene su correlato en el plano internacional, donde tanto la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (respecto de la que ya nos referimos en el punto II) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han reconocido expresamente la salud y la discapacidad como categorías sospechosas de discriminación.

En suma, la jurisprudencia nacional y provincial ha consolidado un estándar claro: el despido discriminatorio, particularmente aquel vinculado al estado de salud, no admite una reparación tarifada, sino que exige la nulidad del acto extintivo y la restitución plena de derechos. Este marco preexistente resulta fundamental para contrastar con la regresividad que supone el art. 245 bis LCT.

V. La condición de salud y la discapacidad como categoría sospechosa de discriminación

El artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que los Estados deben respetar y garantizar los derechos reconocidos en la Convención "sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, **nacimiento o cualquier otra condición social**".

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha interpretado de manera amplia esta cláusula, integrando dentro de la noción de "otra condición social" tanto la **condición de salud** como la **discapacidad**.

En el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* (Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Serie C Nº 298), el Tribunal interamericano concluyó que la diferencia de trato sufrida por una niña portadora de VIH constituía una forma de discriminación basada en su condición de salud. En palabras de la Corte:

"Este Tribunal concluye que se realizó una diferencia de trato basada en la condición de salud de Talía. [...] La Corte considera que el VIH es un motivo por el cual está prohibida la discriminación en el marco del término 'otra condición social' establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana" (párrs. 252 y 255).

⁴ "S. R. I.C/ WAL MART ARGENTINA S.R.L. S/ MATERIA A CATEGORIZAR" Expediente Nº 25746. 30/5/2022 . Tribunal de Trabajo 4 La Plata.-

Más aún, la Corte sostuvo que la existencia de una categoría sospechosa —como lo es la condición de salud— impone a las autoridades un **juicio de igualdad más estricto**, limitando severamente la posibilidad de realizar distinciones basadas en dicha condición:

“El efecto jurídico directo de que una condición o característica de una persona se enmarque dentro de las categorías del artículo 1.1 de la Convención es que el escrutinio judicial debe ser más estricto al valorar diferencias de trato [...]. Solo en casos en donde las autoridades demuestren que se está en presencia de necesidades imperiosas, y que recurrir a esa diferenciación es el único método para alcanzar esa necesidad imperiosa, podría eventualmente admitirse el uso de esa categoría” (párr. 256).

Por otra parte, la Corte reconoció que el VIH puede constituir, además, una forma de **discapacidad social**, en tanto sus efectos pueden generar barreras de acceso y participación:

“La condición de persona con VIH como aspecto potencialmente generador de discapacidad [...] cuando, además de las afectaciones orgánicas, existan barreras económicas, sociales o de otra índole derivadas del VIH que afecten su desarrollo y participación en la sociedad” (párr. 255).

Este enfoque es coherente con el modelo social de la discapacidad, adoptado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), que reconoce que la discapacidad no reside únicamente en la condición médica de la persona, sino en el entorno que le impone barreras.

Finalmente, la Corte ha sido enfática en señalar que los Estados deben prevenir y revertir situaciones discriminatorias incluso cuando estas provienen de terceros. En la Opinión Consultiva OC-18/03, y en casos como *Atala Riffo vs. Chile* y *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, se estableció que:

“Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección [...] respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias” (OC-18/03, párr. 104).

En el ámbito laboral, esto implica que **el empleador no puede adoptar decisiones perjudiciales —como un despido— fundadas directa o indirectamente en la condición de salud o discapacidad del trabajador**, sin exponerse a un reproche de constitucionalidad e incluso convencionalidad.

VI. Art. 245 Bis LCT ¿Avance o retroceso?

Ahora bien, veamos el texto del artículo 245 bis el cual reza: “Agravamiento indemnizatorio por despido motivado por un acto discriminatorio. Será considerado despido por un acto de discriminación aquel originado por motivos de raza o etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo o género, orientación sexual, posición económica, **caracteres físicos o discapacidad**.”

En este supuesto la prueba estará a cargo de quien invoque la causal, y en caso de sentencia judicial que corrobore el origen discriminatorio del despido, corresponderá el pago de una indemnización agravada especial que ascenderá a un monto equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la establecida por el artículo 245 de la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias o de la indemnización por antigüedad del régimen especial aplicable al caso.

Según la gravedad de los hechos, los jueces podrán incrementar esta indemnización hasta el cien por ciento (100%), conforme los parámetros referidos anteriormente. La indemnización prevista en el presente artículo no será acumulable con ningún otro régimen especial que establezca agravamientos indemnizatorios.

El despido dispuesto, en todos los casos, producirá la extinción definitiva del vínculo laboral a todos los efectos” (la negrita me pertenece).

Como se puede apreciar, la norma en análisis prevé claramente como supuesto de despido discriminatorio aquel que obedece a los “caracteres físicos o discapacidad”. Con esto, como dijimos más arriba, tratándose el trabajador enfermo – o accidentado- de una persona que padece una discapacidad, sea temporal o permanente, en tanto sujeto que se encuentra atravesando situaciones discapacitantes, queda incluido en el ámbito de protección – o más bien desprotección- de esta norma.

Ello, toda vez que se pretende quitar el derecho del trabajador de solicitar la nulidad del despido discriminatorio, desandando el camino ya esbozado por la jurisprudencia bajo la ley 23.592, negando la acumulación con otros regímenes al establecer que el despido dispuesto es un hecho consumado e indemnizable.

Más aún, se invierte la carga probatoria, poniendo en cabeza del trabajador el deber de probar que fue víctima de un hecho discriminatorio, con la dificultad que ello conlleva en el marco de un proceso judicial, y a contrario de lo dicho por la doctrina y jurisprudencia de la materia.

Con la norma en análisis, el legislador parece admitir —al menos en lo declarativo— que la discapacidad y el estado de salud integran una categoría de protección reforzada en el derecho internacional de los derechos humanos, conforme la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), convenios OIT y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero esa admisión se queda en la superficie: en los hechos, la norma debilita la tutela, ya que convierte la discriminación en un hecho consumado con precio fijo e invierte la carga probatoria en perjuicio del trabajador, desconociendo los estándares de igualdad y reparación integral exigidos por el derecho internacional.

En primer lugar, la norma establece que la **prueba del acto discriminatorio recae íntegramente sobre quien lo invoca**, es decir, sobre la persona despedida. Esta solución legislativa desconoce lo dispuesto por órganos internacionales que han sostenido que, en casos de discriminación, el análisis debe realizarse bajo un estándar de “**carga dinámica de la prueba**”, o incluso de “**presunción de discriminación**” cuando existen indicios serios. En particular, la Corte IDH ha señalado que el Estado tiene la obligación de remover obstáculos probatorios estructurales que enfrentan los grupos históricamente vulnerados, como las personas con discapacidad o con enfermedades estigmatizantes.

Por otra parte, en materia de tutela reforzada, conviene recordar que la Recomendación N° 143 de la OIT, referida a los representantes de los trabajadores, sugiere que la carga de probar la legitimidad de la decisión extintiva pese sobre el empleador. Aunque se trate de un ámbito distinto, el principio refuerza la idea de que en casos en los que están comprometidos los derechos fundamentales corresponde exigir al empleador una justificación objetiva y razonable sobre su proceder. Al referirse a las medidas de protección de los representante de los trabajadores, textualmente dice: “(e) imponer al empleador, cuando se alegue que el despido de un representante de los trabajadores o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tiene un carácter discriminatorio, la obligación de probar que dicho acto estaba justificado”

En síntesis, tanto la jurisprudencia internacional como las recomendaciones de la OIT refuerzan la necesidad de invertir la carga probatoria en favor del trabajador en casos de discriminación, a fin de evitar que la desigualdad estructural en materia probatoria frustre la tutela de los derechos fundamentales.

En segundo término, el artículo 245 bis **transforma la discriminación en una fuente de lucro tarifado**, fijando un techo indemnizatorio equivalente a un 50% adicional sobre la indemnización por antigüedad, susceptible de ser ampliado hasta un máximo del 100% según criterio judicial, pero **negando la posibilidad de acumulación con otros regímenes protectores**. Este diseño normativo **elimina la posibilidad de solicitar la nulidad del despido**, dejando sin efecto la doctrina ampliamente reconocida por la jurisprudencia nacional que, con sustento en la ley 23.592, habilitaba al trabajador a requerir su **reinstalación como forma de reparación plena e integral**.

En este sentido, se ha pronunciado la doctrina nacional, observando que siendo la ley 23.592 aplicable a los habitantes de todo el país, a quienes el artículo 16 de la Constitución Nacional garantiza igualdad ante la ley, “la ley 27.742, empero, pretende hacer una excepción a esta garantía que, por cierto, está reiterada en todos los tratados, pactos, convenciones y declaraciones internacionales que, en virtud del inciso 22 del artículo 74 de la Carta Magna, tienen jerarquía institucional”.⁵

De este modo, el artículo 245 bis configura una respuesta jurídica insuficiente, que **no cumple con los estándares internacionales sobre igualdad y no discriminación**, ni con el principio de **reparación integral del daño**, exigido por la Corte IDH cuando se vulneran derechos fundamentales. Al consolidar la desvinculación laboral aun en casos de discriminación por motivos protegidos —como la discapacidad o el estado de salud— y al limitar la reparación a una suma de dinero previamente fijada, el Estado argentino **incumple con sus obligaciones internacionales** en materia de derechos humanos y derechos de las personas con discapacidad.

Conclusión

El recorrido efectuado demuestra que el artículo 245 bis de la LCT, lejos de significar un avance en la tutela antidiscriminatoria, consolida un claro retroceso normativo. Al

⁵ Mario E. Ackerman, “La reforma laboral en la ley 27.742 y su reglamentación”. Ed Rubinzal Culzoni. 2024. Pág. 307.

imponer un régimen de tarificación del daño, sustituye la posibilidad de obtener una reparación plena —mediante la nulidad del despido y la reinstalación en el puesto de trabajo— por una indemnización acotada, que transforma la discriminación en un hecho consumado y susceptible de ser convalidado con dinero.

La protección contra el despido por razones de salud no puede reducirse a un esquema tarifado. La condición de salud y la discapacidad, en tanto categorías sospechosas de discriminación, imponen a los jueces un control más estricto y una respuesta normativa acorde con los compromisos internacionales asumidos por la Argentina, en particular la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, los convenios de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este marco, la Ley 23.592 mantiene plena vigencia como norma de jerarquía superior, que impone la nulidad del acto discriminatorio y la reparación integral del daño. El art. 245 bis, por su parte, debe ser interpretado como un piso mínimo de tutela y nunca como un techo absoluto que clausure vías protectorias más amplias.

Desde la perspectiva del *Drittwirkung*, la prohibición de discriminación trasciende la relación vertical entre Estado y ciudadanos para proyectarse también sobre los particulares. Ello implica que el empleador, en tanto sujeto privado, está obligado a respetar los derechos fundamentales de sus trabajadores. Permitir que un despido discriminatorio quede reducido a una tarifa sería tanto como legitimar la desigualdad en el corazón mismo de la relación laboral.

La doctrina, la abogacía y la magistratura tienen la responsabilidad de preservar los estándares constitucionales y convencionales en juego. Reconocer la autonomía conceptual del despido discriminatorio por razones de salud y garantizar su tratamiento bajo parámetros de igualdad real y reparación plena es imprescindible para sostener un derecho del trabajo acorde con la dignidad humana y el mandato de no regresividad en materia de derechos fundamentales.

No se trata solo de técnica jurídica: se trata de vidas concretas, de trabajadores que atraviesan enfermedades y que, además de la vulnerabilidad propia de su estado de salud, se enfrentan al riesgo de quedar fuera del mundo laboral sin más respuesta que una indemnización dineraria previamente tarifada.

En definitiva, admitir que la discriminación pueda resolverse con una suma de dinero sería convertir la vulneración de derechos en un negocio. El derecho del trabajo argentino no puede permitirse semejante retroceso: el despido discriminatorio por salud debe ser considerado nulo e ineficaz, con todas las consecuencias jurídicas que ello conlleva. Este es el único modo de garantizar la vigencia del **principio de no regresividad en materia de derechos fundamentales**, que impide a los Estados adoptar medidas que reduzcan el nivel de tutela ya alcanzado y los obliga, en cambio, a asegurar una protección progresiva y cada vez más efectiva de los derechos humanos de los trabajadores.

Bibliografía

Cuadernillo de jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos n° 14: igualdad y no discriminación

Derechos de las personas con discapacidad. Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2012 - 2018). Publicación: octubre 2018

Goldín, Adrián. Derechos Fundamentales de la Persona y Relaciones del Trabajo. En La relación de trabajo / coord. Mario E. Ackerman , Alejandro Sudera. Santa Fe. Rubinzal - Culzoni.

María Luz Vega Ruiz, Daniel Martínez. Los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Documento de Trabajo. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra. Julio 2002

Mario E. Ackerman, "La reforma laboral en la ley 27.742 y su reglamentación". Ed Rubinzal Culzoni. 2024

Organización Internacional del Trabajo (OIT). *Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 86ª reunión, Ginebra, junio de 1998.

Jurisprudencia citada:

CSJN, "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.", 2004.

CSJN, "Pellicori, Jorge c/ Colegio de Abogados de la Capital Federal", 15/11/2012.

CSJN. R., M.J. s/ INSANIA, Fallos 331:211, 19/02/2008

C.S.J.N., "Administración General de Vialidad Nacional v. Bejarano de Castro Fuentes Adela y otros"; Fallos, 244:129, 29/07/1959.

CNAT, Sala IV, "O., E. c/ Falabella SA", 30/08/2004.

CNAT, Sala V, "Álvarez, Maximiliano c/ Cencosud S.A.", 2010.

CNAT, Sala V, "R.M.R.D. c/ Interbas SA s/ despido", Expte. 27.771/2010/CA1, SD 76.681, 30/10/2014.

CNAT, Sala VI, "Rossi, Rodolfo c/ Orígenes AFJP SA", 06/05/2005.

CNAT, Sala VII, "C., R. A. c/ Marofa SA", 03/11/2006.

CNAT, Sala VII, "Toro, Dora c/ SPM", 15/11/2006.

CNAT, Sala VIII, "CPC S.A. c. V. M. E.", 05/06/2013.

CNAT, Sala IX, "Encina, Luis Alejandro c/ Bridgestone Argentina SA s/ despido", Expte. 2877/2010, SD 18.363, 28/12/2012.

CNAT, Sala X, "I, O.E. c/ Empresa Líneas Marítimas Argentinas SA", 31/05/1996.

CNAT, Sala I, "N. C. T. c/ Asociación Civil Mutualista Centro Naval s/ Despido", 19/11/2024.

SCBA, "Villalba", L. 97.804, 22/12/2010.

SCBA, "Sffaeir", L. 104.378, 08/08/2012.

SCBA, "Humaño", L. 117.804, 26/03/2015.

SCBA, "Villalba", L. 120.413, 27/02/2019.

Tribunal de Trabajo 4 La Plata , "S. R. I.C/ WAL MART ARGENTINA S.R.L. S/
MATERIA A CATEGORIZAR" Expediente N° 25746. 30/5/2022.-