

AURELIO JOSÉ FANJUL

Doctor de la Universidad de Buenos Aires (Área laboral). Ex Juez del trabajo. Profesor de Ciencias Médico Legales (UCA). Ex profesor de Riesgos del Trabajo (UBA). Ex profesor de Derecho del Trabajo (USAL). Asociado honorario de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Socio honorario de la Sociedad de Medicina del Trabajo. Miembro de la Academia Argentina de Medicina del Trabajo.

# *Discriminación por enfermedad en el derecho laboral*

El derecho al trabajo y el derecho a la salud  
Calificación de aptitud para el puesto de trabajo  
Confidencialidad de la información. Sanciones  
Discriminación arbitraria. Carga probatoria  
Tratados internacionales. Jurisprudencia

*Prólogo de*  
ADRIÁN O. GOLDIN



EDITORIAL ASTREA  
BUENOS AIRES - BOGOTÁ

2 0 1 3

## ÍNDICE GENERAL

<i>Prólogo</i> .....	IX
Introducción .....	1

### CAPÍTULO PRIMERO

#### EL “DERECHO DE TRABAJAR”

§ 1. Proemio .....	13
§ 2. Insuficiencia de la concepción decimonónica .....	15
§ 3. Evolución del concepto de “trabajo” .....	16
§ 4. El “derecho de trabajar” en la carta magna. El principio “in dubio pro iustitia socialis”. Nuestra propuesta .....	19
§ 5. El derecho al trabajo como “arquetipo de los derechos sociales y primer derecho social históricamente reivindicado” .....	24
§ 6. La reforma constitucional de 1994. El derecho internacional de los tratados y de los derechos humanos .....	31
§ 7. La reforma constitucional y la reformulación del sistema de fuentes .....	38
§ 8. Una digresión sobre dos convenios de la OIT no ratificados .....	42
§ 9. “Derecho de trabajar”, “derecho al trabajo” y “deber de trabajar”. Coexistencia de derechos, deberes y obligaciones. Protagonismo del “derecho al trabajo” .....	43

§ 10.	Doctrina legal de la Corte Suprema y necesidad de su revisión. Reivindicación y operatividad de los derechos fundamentales .....	50
§ 11.	El "derecho al trabajo" y el "derecho al desarrollo" .....	54
§ 12.	El "derecho al trabajo" en el Estado social de derecho .....	58

## CAPÍTULO II

### DERECHO AL TRABAJO, DERECHO A LA SALUD Y DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA

§ 13.	Acceso al puesto de trabajo y tutela contra la discriminación arbitraria .....	61
§ 14.	Discriminación arbitraria. La definición de las Naciones Unidas y de la Organización Internacional del Trabajo .....	62
§ 15.	La doctrina nacional. El pensamiento español .....	64
§ 16.	Nuestra carta magna .....	66
§ 17.	Elaboración del concepto de derecho subjetivo .....	67
§ 18.	La "interpretación evolutiva" y la "fuerza normativa" de la Constitución .....	69
§ 19.	Derechos naturales y derechos humanos. Estado (liberal) de derecho y Estado social de derecho .....	73
§ 20.	Documentos internacionales sobre "derecho al trabajo" .....	75
§ 21.	Carlos María Fourier. El "workfare" de los Países Bajos .....	76
§ 22.	El derecho a la vida como marco conceptual del derecho a la salud .....	77
§ 23.	Derecho a la salud y relaciones del trabajo. La salud como valor constitucional implícito hasta la reforma de 1994 .....	80
§ 24.	Constitución nacional e instrumentos internacionales .....	82
§ 25.	Jurisprudencia de la Corte Suprema con respecto a materias incluidas en tratados internacionales de derechos humanos .....	84

§ 26.	El derecho a la salud, la Corte Suprema y el derecho internacional de los tratados .....	89
§ 27.	Principales precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación .....	91
§ 28.	Una puntillosa y sustancial distinción doctrinal. Derechos "de" y derechos "al" .....	93

## CAPÍTULO III

### APTITUD LABORAL Y DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD

§ 29.	El "derecho al trabajo" y el "derecho a la salud". Test de aptitud laboral y protección de datos personales .....	97
§ 30.	Algunos precedentes con características de "leading case" de la Corte Suprema de Justicia. Aptitud laboral y conducta discriminatoria .....	99
§ 31.	El techo de bóveda normativo .....	102
§ 32.	El "derecho a la salud" y el test de aptitud como acceso al empleo .....	102
§ 33.	Calificación de aptitud para el puesto de trabajo ...	103
§ 34.	Algunos documentos internacionales referidos al principio de no discriminación .....	104
§ 35.	De los derechos fundamentales y el ordenamiento positivo español .....	104
§ 36.	Política sanitaria antidiscriminatoria .....	107
	a) Intentos legislativos nacionales, en procura de conciliar el "derecho al trabajo" con la "aptitud" laboral .....	107
	b) Embates legislativos aislados para combatir la discriminación por enfermedad .....	108
	1) Epilepsia (ley 25.404) .....	108
	2) Diabetes (leyes 23.753 y 25.788) .....	110
	3) Sida (ley 23.798 y decr. regl. 1244/791) .....	113
	4) Enfermedad de Chagas .....	114
	c) Aspectos procesales tutelares. Carga de la prueba y acceso expedito a la justicia .....	116
	d) La inversión de la carga probatoria .....	117

§ 37.	La "enfermedad" como causal discriminatoria. Puesta a punto de nuestro ordenamiento sustantivo. La experiencia española .....	121
	a) El ordenamiento positivo español .....	125
	b) Estatuto de los Trabajadores de España .....	125
	c) Jurisprudencia española .....	126
	d) Ley de prevención de riesgos laborales .....	128
	e) Constitución española .....	128
§ 38.	Los denominados indicadores del estado de salud como aptitud laboral. Salud práctica y derecho a trabajar .....	130

## CAPÍTULO IV

### INFORMACIÓN MÉDICA

§ 39.	Aspectos de una eficaz política social antidiscriminatoria .....	137
	a) Legislación nacional sobre protección de datos personales .....	137
	b) Los datos médicos personales en el sistema de riesgo del trabajo .....	139
	c) Doctrina de la Corte Suprema .....	140
§ 40.	Datos médicos "públicos" y "privados". Información "sensible" .....	141
§ 41.	Deber de prevención y derecho a la intimidad de la persona .....	143
	a) Una discrepancia .....	148
	b) Doble objetivo y doble protección .....	151
§ 42.	Vigilancia de la salud e información médica. Derecho a la intimidad. Derechos humanos y principio protectorio .....	152
§ 43.	Información genética. Un desafío para el derecho .....	160
§ 44.	Algunos documentos sobre información genética, confidencialidad y dignidad humana .....	164
	<i>Bibliografía</i> .....	167
	<i>Índice alfabético</i> .....	177