

La Protección Normativa de los Trabajadores Infeccionados o Supuestamente Infeccionados con VIH o SIDA

Pedro del Carpio Torres*

«En el presente artículo, el autor reflexiona acerca de las normas legales que protegen, a los trabajadores infectados con VIH o SIDA y a las postulantes a un trabajo que podrían sufrir de VIH o SIDA, de la vulneración de sus derechos fundamentales. En ese sentido, determina el alcance y las limitaciones de las normas para lograr evitar la discriminación contra estos trabajadores y postulantes.»

I. Introducción

Atender el problema social que representa la protección normativa insuficiente de nuestro ordenamiento jurídico a las personas infectadas con VIH o SIDA implica un análisis que evidentemente excede el ámbito del Derecho del Trabajo, toda vez que las mayores deficiencias se encuentran referidas al acceso a las prestaciones de salud, así como a la ausencia de medidas legislativas eficaces que eliminen la discriminación social que padecen las personas infectadas o supuestamente infectadas con VIH o SIDA, o cuando menos mitiguen sus lamentables efectos.

En el presente trabajo, nos avocaremos a revisar y evaluar la normativa vigente referida a las medidas de protección de los trabajadores infectados con VIH o SIDA, a fin de determinar si la misma representa la existencia de un adecuado marco normativo o si por el contrario, nos encontramos ante una normativa insuficiente que no garantiza la protección de los referidos trabajadores.

II. El VIH y el Sida

Como cuestión inicial resulta fundamental entender que los conceptos de SIDA y VIH no son equivalentes, a pesar que en el uso común resulta bastante usual identificar a los mismos como idénticos. En ese sentido, conforme a la definiciones realizadas por el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el

VIH/SIDA – ONUSIDA (en lo sucesivo, ONUSIDA) se distingue entre el Virus de Inmunodeficiencia Humana o VIH, como el microorganismo que ataca el sistema defensivo del organismo humano permitiendo que éste sea vulnerable a diversas infecciones que eventualmente podrían afectar su salud. Por otro lado, el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida o SIDA es considerado como la etapa más desarrollada del proceso que se inicia con la infección por el VIH.

Dicha distinción, no implica evidentemente una diferenciación meramente terminológica, sino que por el contrario el reconocimiento de distintas etapas en el desarrollo del mencionado microorganismo, en vista que en caso se produzca el debilitamiento del sistema inmunológico de la persona infectada con VIH, dicha condición podría terminar ocasionando el SIDA.

El «Informe sobre la epidemia mundial de SIDA»² señala que de acuerdo a las encuestas realizadas el año 2007 el porcentaje de la población nacional infectada con VIH es de 0.5%, con una prevalencia de 0.3% a 0.6%. Sin perjuicio de ello, ONUSIDA reconoce que existen estudios específicos que reconocen un porcentaje de 0.2% registrado en encuestas realizadas en el año 2002.

En el caso específico de hombres que mantienen relaciones homosexuales existe un incremento significativo en relación a los datos correspondientes

* Abogado. Ex – Director de Publicaciones de la Asociación Civil Derecho y Sociedad.

1 Tomado del «Informe sobre la epidemia mundial de SIDA – 2008», Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA – ONUSIDA., Ginebra, 2008, p. 230.

a la población en general, llegándose a registrar una prevalencia del 18% al 22% conforme a diversos estudios realizados entre 1996 y 2002. Sin perjuicio de lo señalado, resulta fundamental reconocer que la existencia de un porcentaje mayor de prevalencia entre hombres que mantienen relaciones homosexuales no implica que el problema social de la transmisión del VIH deba ser enfocado exclusivamente como una problemática de la comunidad homosexual o de los hombres que mantienen prácticas sexuales con personas de su mismo sexo, como lamentablemente viene sucediendo desde el inicio de los estudios del VIH, lo que contribuye a su propagación entre las personas heterosexuales quienes desconocen que la transmisión del VIH puede producirse mediante cualquier tipo de contacto sexual, entre otros medios de transmisión.

Así las cosas, concordamos plenamente con lo señalado por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) en el «Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo» respecto de la trascendencia del VIH y el SIDA al señalar que el tratamiento del VIH y el SIDA excede largamente los sufrimientos de las personas infectadas y sus familias, afectando profundamente el tejido social y económico de las sociedades.

En ese sentido, se han identificado las siguientes consecuencias²:

- a) Afecta al sector más productivo de la población activa.
- b) Reduce los ingresos e impone costos elevados a los empleadores como consecuencia de la disminución de la productividad, del aumento del costo de la mano de obra y de la pérdida de trabajadores calificados y con experiencia.
- c) Afecta gravemente los derechos fundamentales en el trabajo, principalmente a consecuencia de la discriminación de las personas infectadas con VIH o SIDA.
- d) Aqueja más cruelmente a los colectivos vulnerables, incluidos los niños y las mujeres, incrementando las desigualdades de trato existentes.

Adicionalmente, la epidemia del VIH y el SIDA pone en grave riesgo los derechos fundamentales de los trabajadores a la vida y la salud, en vista que la ausencia de medidas efectivas en materia de seguridad y salud en el centro de trabajo podría generar la existencia de condiciones que permitan su transmisión entre los trabajadores.

III. La Protección Normativa de los Trabajadores Infectados o Supuestamente Infectados con el VIH o Sida

3.1. Documentos Internacionales

Como hemos señalado, la OIT publicó en el año 2001 el «Repertorio de Recomendaciones Prácticas sobre el VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo», en el cual se precisan, entre otros aspectos, los derechos y deberes de empleadores y trabajadores, recomendando a los empleadores, en consulta con sus trabajadores, la adopción de las siguientes medidas:

- a. Establecer la aplicación de normas que impidan la propagación de la infección en el centro de trabajo y garantizar la protección de los trabajadores contra la discriminación basada en el VIH/SIDA.
- b. Las condiciones de contratación y de trabajo que guarden alguna relación con el VIH/SIDA deberán atenerse a la legislación y la práctica nacionales. Se debe procurar incluir disposiciones referidas a la protección y la prevención contra el VIH/SIDA en los convenios colectivos.
- c. Se deben establecer y respaldar programas en el centro de trabajo que tengan por finalidad informar, educar y adiestrar a los trabajadores en materia de prevención, atención y asistencia con respecto al VIH/SIDA.
- d. Los empleadores no deberían implantar ni consentir ninguna norma interna o práctica laboral discriminatoria contra los trabajadores infectados por el VIH/SIDA.

En particular, se recomienda lo siguiente:

- En principio, no se debe solicitar pruebas ni reconocimientos médicos relativos al VIH/SIDA.
- Velar por que no haya discriminación en el centro de trabajo que tenga por motivo la infección por el VIH real o supuesta.
- e. Fomentar el trabajo de las personas infectadas con VIH o SIDA mientras sean médicamente aptos para desempeñar las funciones laborales encomendadas.
- f. Se deben establecer procedimientos a los que puedan recurrir los trabajadores y sus representantes en sus reclamaciones relacionadas con el trabajo.
- g. Toda información de un trabajador relativa al VIH/SIDA debe ser tratada con estricta confidencialidad.
- h. Se debe garantizar un ambiente de trabajo seguro y sano.

2 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Prólogo Juan Somavia al «Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo», Primera Edición, Ginebra, 2001, p. iii.

3.2. La Constitución Política del Perú

Nuestra Constitución Política de 1993 no contiene ninguna disposición referida expresamente a la protección de las personas infectadas o supuestamente infectadas con el VIH o SIDA, lo que resulta comprensible debido a que en la oportunidad que se desarrolló el Debate Constitucional del Congreso Constituyente Democrático la epidemia del VIH y el SIDA no representaba un problema social importante debido al bajo índice de prevalencia en la población nacional y a la escasa información existente sobre las formas de transmisión.

Sin perjuicio de ello, existen disposiciones constitucionales que guardan estrecha relación con la protección de las personas infectadas con el VIH o el SIDA, las cuales señalamos a continuación:

3.2.1. El Derecho a la Salud

El artículo 7° de la Constitución establece que todas las personas tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa.

Al respecto, el autor Rubio Correa³ distingue acertadamente, que el derecho a la protección de nuestra salud y el deber de contribuir a su promoción y defensa, posee tres niveles distintos y complementarios:

- a. En el individuo mismo, puesto que cada persona posee deberes y derechos.
- b. Respecto del plano familiar, mediante el control de enfermedades hereditarias, el desarrollo de hábitos que eviten el contagio de enfermedades, entre otros.
- c. Finalmente, respecto de la comunidad corresponde el control de epidemias, control de gérmenes o el establecimiento de suficientes centros de atención médica.

El reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 7° de la Constitución implica necesariamente la existencia de obligaciones a cargo del Estado y de los particulares respecto del tratamiento de las epidemias existentes, dentro de las cuales la epidemia del VIH y el SIDA.

En ese sentido, concordamos con la autora Canales Torres quien señala que «la protección de la salud es un derecho y un deber de la persona y una

responsabilidad del Estado, quien diseñará la política nacional de salud y conducción en forma plural y descentralizada para facilitar el acceso de toda la población de manera equitativa a los servicios de salud»⁴.

Asimismo, el artículo 9° de la Constitución dispone que el Estado determine la política nacional de salud, correspondiendo al Poder Ejecutivo las funciones de normar y supervisar su aplicación, siendo responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud. Si bien no nos encontramos propiamente ante el reconocimiento de un derecho fundamental de las personas, el referido artículo precisa los deberes del Estado respecto de la política nacional de salud, complementando lo dispuesto por el artículo 7° de la Constitución.

Al respecto, dando cumplimiento a las disposiciones constitucionales señaladas líneas arriba, el Estado Peruano ha incluido dentro de la Política Nacional de Salud diversos programas de atención a la epidemia del VIH y el SIDA, los cuales tienen mayor incidencia en el control de su transmisión en la población y la eliminación de las prácticas discriminatorias en perjuicio de las personas infectadas o supuestamente infectadas con VIH o SIDA, mediante la realización de campañas de difusión en los medios de comunicación.

Lamentablemente, las medidas que vienen siendo adoptadas resultan insuficientes para atender la epidemia del VIH y el SIDA, puesto que la información proporcionada a la población sobre las formas de contagio y medidas de protección existentes resulta insuficiente y, por otro lado, se mantienen las prácticas discriminatorias en perjuicio de las personas infectadas, inclusive por parte del personal de instituciones públicas de salud y educativas.

Asimismo, el Estado no aplica una política de atención gratuita o subvencionada de las prestaciones médicas requeridas por las personas infectadas con VIH o SIDA, existiendo graves dificultades para acceder a las mismas debido al alto costo del tratamiento médico y a la deficiencia de las prestaciones a cargo del Ministerio de Salud y de ESSALUD.

3.2.2. El Derecho a no ser Discriminado

El artículo 2°, inciso 2 de la Constitución Política del Perú recoge el principio de no discriminación, el mismo establece que nadie puede ser discriminado

3 RUBIO CORREA, Marcial. «Estudio de la Constitución Política de 1993», Tomo II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p.84.

4 CANALES TORRES, Claudia. «Un supuesto de triple responsabilidad civil. A propósito de los daños producidos como consecuencia de las transfusiones de sangre en las instituciones públicas», en: Diálogo con la Jurisprudencia N° 109, Gaceta Jurídica, Lima, 2007p. 37

por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. La interdicción de la discriminación se manifiesta en los diversos aspectos de la sociedad, como es el caso del acceso a los servicios médicos, a la educación, entre otros, siendo materia del presente trabajo la interdicción de la discriminación en el empleo.

En ese sentido, respecto de la discriminación, el autor Martínez Vivot señala que existe discriminación «(...) cuando injustificadamente, se le afecta a una persona, o grupo de personas o una comunidad el ejercicio de alguna de las libertades fundamentales, expresadas por la Constitución Nacional, por razones de raza, nacionalidad, opiniones políticas o de cualquier orden, sexo, posición económica o social, u otra cualquier naturaleza posible»⁵. En el mismo sentido, la discriminación en el empleo es entendida de manera general como el acto de «(...) dispensar a las personas un trato diferente y menos favorable debido a determinados criterios como el sexo, el color de su piel, la religión, las ideas políticas o el origen social, sin tomar en consideración los méritos ni las calificaciones necesarias para el puesto de trabajo de que se trate.»⁶

“(...)la importancia del derecho fundamental a no ser discriminado en el empleo se sustenta en su naturaleza de garantía del respeto de la dignidad de los trabajadores y de la eliminación progresiva de los actos de segregación social”

Al respecto, consideramos que la importancia del derecho fundamental a no ser discriminado en el empleo se sustenta en su naturaleza de garantía del respeto de la dignidad de los trabajadores y de la eliminación progresiva de los actos de segregación social. De esta manera, si bien el artículo 2º, inciso 2 de la Constitución no reconoce expresamente dentro del listado de «motivos prohibidos» de discriminación a la condición real o supuesta de encontrarse infectado con SIDA o VIH, es evidente que por la propia naturaleza del derecho a la no discriminación dicho listado no es taxativo, más aún si el propio

texto constitucional reconoce la existencia de motivos prohibidos de «otra índole», es decir, motivos distintos a los reconocidos expresamente.

En ese sentido, respecto de los motivos o razones que pueden ser considerados prohibidos, concordamos plenamente con lo señalado por el autor Neves Mujica, el cual afirma que «(...) los motivos resaltados (por nuestra Constitución) no son los únicos prohibidos, sino sólo los más perniciosos; cualquier otro equivalente, por su utilización histórica o socialmente significativa, debería quedar comprendido.»⁷ Esta acertada posición doctrinaria ha sido refrendada por el autor Arce Ortiz quien afirma que el listado contenido en nuestro texto constitucional no es «(...) cerrado e invariable, sino, por el contrario, su carácter de «lista enunciativa» revela la intención del constituyente de no dejar fuera ninguna discriminación, sea ésta presente o futura»⁸.

En la línea de lo expuesto, la autora Saez Lara señala que el contenido autónomo del derecho fundamental a no ser discriminado en el empleo, se fundamenta en los aspectos pre - normativos y sociales de las conductas discriminatorias, las cuales se sustentan en los fenómenos históricos de segregación y marginación⁹.

De esta manera, consideramos que la interdicción de la discriminación debe alcanzar no sólo a los motivos prohibidos históricamente reconocidos por la doctrina, legislación y jurisprudencia, como es el caso de la edad, el sexo, la condición económica, entre otros, sino también a nuevos motivos de discriminación que se presenten en la sociedad, como es el caso de la discriminación de las personas que tienen la condición real o supuesta de ser portadores del VIH o SIDA.

El Informe N° 005-2009-DP/ADHPD denominado «Actuación del Estado frente a la discriminación. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo», que fue elaborado por la Defensoría del Pueblo en el mes de abril del 2009, precisa que en el período 2007-2008 la Defensoría del Pueblo conoció 149 quejas por presuntos actos de discriminación, las mismas que estuvieron basadas en motivos como el VIH/SIDA, el sexo, la discapacidad, la raza o identidad étnica, entre otros. En ese sentido, se señala que la mayoría de quejas se encuentran referidas a la discriminación de personas infectadas o supuestamente infectados con VIH o SIDA.

5 **MARTINEZ VIVOT**, Julio. «La discriminación laboral. Despido discriminatorio», Fundación de centro de estudios políticos y administrativos, Buenos Aires, 2000, p. 27.

6 Tomado de «La hora de la igualdad en el trabajo. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo», Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 2003, p. 16.

7 **NEVES MUJICA**, Javier. «Introducción al derecho laboral», Segunda Edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, p. 109.

8 **ARCE ORTIZ**, Elmer. «La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales», Segunda Edición, ARA Editores, Lima, 2006, p. 145.

9 **SAEZ LARA**, Carmen. «Mujeres y mercado de trabajo», Consejo Económico y Social, Madrid, 1994, p. 37.

Si bien las quejas se encuentran referidas principalmente a la negativa, malos tratos y condicionamientos indebidos en la atención médica y el acceso a la educación de las personas infectadas o supuestamente infectadas con VIH o SIDA, consideramos que las medidas de discriminación en perjuicio de dichas personas no se limitan únicamente a los ámbitos señalados, sino que también se encuentran presentes en otras esferas, dentro de las cuales se encuentra el empleo.

En efecto, constituye una práctica extendida en el ámbito laboral la aplicación de pruebas médicas obligatorias a las personas que pretende acceder a un puesto de trabajo y a aquellas que mantienen una relación laboral vigente, incluyendo dentro de dichas pruebas a los exámenes sanguíneos que detectan la presencia de anticuerpos como las proteínas del VIH, siendo las más utilizadas la de ELISA (Enzyme-Linked Immunosorbent Assay), IFA (Immunofluorescent Assay) y Western Blot. Así, si bien la realización de dichas pruebas médicas puede tener por finalidad el informar a los trabajadores sobre su condición médica, evitar la propagación de enfermedades y epidemias en el centro de trabajo, así como aplicar las medidas necesarias en el centro de trabajo para garantizar la integridad y salud de los trabajadores. Lo cierto es que la eventual detección de la condición de un trabajador o de una persona que pretende acceder a un puesto de trabajo como portador del VIH o SIDA puede generar la aplicación de medidas discriminatorias como es el caso de la decisión de no contratar a la persona postulante, la modificación inmotivada de las funciones encomendadas, e, inclusive, el asilamiento del trabajador, entre otras medidas que afectan gravemente los derechos a la dignidad y a no ser discriminado en el empleo.

No debe olvidarse que el concepto de discriminación posee una finalidad eminentemente protectora, en la medida que se busca restringir y sancionar la aplicación de actos discriminatorios en perjuicio de colectivos sociales segregados, por lo que la inclusión de la condición de ser una persona real o supuestamente infectada con VIH o SIDA dentro de los «motivos prohibidos» de discriminación responde a la necesidad de tutelar los derechos de un colectivo social que viene siendo víctima de segregación. En ese sentido, el autor Arce Ortiz ha señalado con acierto que el concepto de discriminación, «(...) hunde sus raíces en la defensa de los valores inherentes a la dignidad humana, cuya prevalencia, redundantemente, requiere que se erradiquen manifestaciones de menosprecio hacia ciertos grupos, y que se subsanen los efectos por ella provocados»¹⁰.

Así pues, el derecho fundamental a no ser discriminado en el empleo posee una naturaleza progresiva, toda vez que permite la inclusión creciente de motivos y razones prohibidas de acuerdo a los fenómenos sociales existentes, por lo que a los motivos o razones prohibidas históricamente reconocidos, como es el caso del sexo, raza, religión y opinión, se le han adicionado las referidas al origen social, condición económica, opinión y otros de naturaleza similar, como acertadamente se ha precisado en nuestra Constitución.

3.3. La Ley No. 26626

Mediante la Ley No. 26626, publicada el 20 de junio de 1996, se declaró de necesidad nacional e interés público la lucha contra la infección por el VIH, el SIDA y las Infecciones de Transmisión Sexual o ITS, correspondiendo al Ministerio de Salud la elaboración del Plan Nacional de Lucha contra el VIH, el SIDA y las ITS, el que se denomina CONTRASIDA.

Así, respecto de la protección de las personas infectadas con VIH o SIDA en el centro de trabajo, a través del artículo 6° de dicha Ley se reconoció el derecho de dichas personas infectadas a que continúen laborando mientras estén aptas para desempeñar sus obligaciones. Asimismo, se estableció la nulidad del despido laboral que tenga como causa la discriminación al trabajador portador del VIH o SIDA.

El reconocimiento del derecho de las personas infectadas a continuar laborando «mientras estén aptas para desempeñar sus obligaciones» constituye una medida adecuada, puesto que se reconoce que el simple hecho de que una persona sea portadora del VIH no implica que necesariamente se encuentre incapacitada para continuar laborando con normalidad. Por ello, el empleador no podría modificar de manera inmotivada y unilateralmente las condiciones de trabajo aplicables al trabajador sustentando su decisión única y exclusivamente en su condición de portador del VIH.

Por otro lado, desde nuestra perspectiva el reconocimiento de la discriminación por ser portador del VIH o SIDA como causal de nulidad del despido constituye una precisión importante a la redacción defectuosa del inciso c) del artículo 29° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo No. 003-97-TR, el cual sólo reconoce a la discriminación por razón de «sexo, raza, religión, opinión o idioma» como causal de nulidad del despido, lo que resulta contradictorio con lo dispuesto por el inciso 2) del artículo 2° de la

10 ARCE ORTIZ, Elmer, op. Cit. p. 139.

Constitución que reconoce la interdicción de la discriminación «por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.»

Al respecto, concordamos con el autor Ferro Delgado respecto de la redacción del inciso c) del artículo 29° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo No. 003-97-TR, quien señala que «si los derechos a la no discriminación e igualdad ante la ley tienen la calidad de derechos fundamentales de la persona, y por ende, gozan de mayor nivel de protección jurídica que el ordenamiento reconoce, la norma laboral no puede introducir limitaciones a los trabajadores respecto de las garantías que son comunes a todas las personas.»¹¹ En ese sentido, el referido autor precisa que corresponde «la prevalencia del mandato constitucional de manera que cualquier supuesto de separación cuya motivación responda a actos de discriminación goza de protección propia del despido nulo, incluso en los supuestos que el TUO del Decreto Legislativo 728 no ha previsto, como la discriminación por razón de origen o discriminación de cualquier otra índole.»¹²

Así, lo señalado por el referido autor concuerda plenamente con lo resuelto por el Tribunal Constitucional mediante sentencia del 16 de abril del 2003, recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC, mediante la cual se señaló que «no hay norma jurídica alguna que pueda encontrarse desligada de la Norma Suprema, que es la que preside, informa y fundamenta la validez de todo el ordenamiento jurídico».

Por ello, consideramos que inclusive antes de la entrada en vigencia de la Ley No 26626 el trabajador despedido a consecuencia de su condición de infectado real o supuesto del VIH o SIDA podía demandar judicialmente la nulidad de su despido, a pesar que el inciso c) del artículo 29° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo No. 003-97-TR no preveía expresamente la nulidad del despido que tenga por motivo la discriminación por ser portador real o supuesto del VIH o SIDA.

Por otro lado, la Ley No. 26626 contiene disposiciones generales que también resultan de aplicación para el tratamiento del VIH y SIDA en el centro de trabajo, como las señaladas en su artículo 4° en el cual se reconoce la voluntariedad de la realización de las pruebas para diagnosticar el VIH y SIDA, las cuales deben realizarse previa consejería obligatoria, salvo las excepciones reconocidas expresamente.

Asimismo, el artículo 5° de la referida ley reconoce como principio general la confidencialidad de los resultados de las pruebas diagnosticadas de VIH/SIDA y la información sobre la causa cierta o probable de contagio, estableciéndose expresamente los supuestos de excepción. En el mismo sentido, respecto de la confidencialidad de los resultados de las referidas pruebas el artículo 25° de la Ley No. 26842, Ley General de Salud, establece que toda información relativa a los actos médicos tiene carácter reservado, por lo que los profesionales de la salud, los técnicos o los auxiliares están impedidos de proporcionar información relacionada a actos médicos en los que participen o de los que tengan conocimiento, a menos que exista consentimiento por escrito del paciente, entre otros supuestos de excepción.

Así, si bien en la práctica resulta bastante usual que las entidades médicas que realizan los exámenes médicos entreguen los resultados al empleador en vista que fue éste quien asumió el pago de las pruebas, lo cierto es que conforme a las normas citadas si el empleador desea tener acceso a la información relativa a los exámenes médicos realizados a sus trabajadores, deberá contar con el consentimiento por escrito otorgado por los propios trabajadores, siendo irrelevante que el costo de dichos exámenes haya sido asumido por el propio trabajador o por el empleador.

3.4. El Decreto Supremo No. 004-97-SA

Mediante el Decreto Supremo No. 004-97-SA se aprobó el Reglamento de la Ley No. 26626, el cual en su artículo 15° establece que la prueba de diagnóstico de VIH no debe ser requerida como condición para iniciar o mantener una relación laboral, educativa o social.

Dicha disposición es acorde con la Ley N° 26772, referente a las ofertas de empleo, la misma que señala que las ofertas de empleo no pueden contener requisitos que constituyan discriminación, entendiéndose por discriminación en los requerimientos de personal, a los requisitos para acceder al mismo que impliquen una diferenciación basada en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de cualquier otra índole.

3.5. La Resolución Ministerial N° 376-2008-TR

El 30 de noviembre del 2008 se publicó la Resolución Ministerial N° 376-2008-TR, que establece obligaciones y derechos para los empleadores, trabajadores y personas que busquen empleo con

11 FERRO DELGADO, Victor. «El despido arbitrario y el despido nulo», en: Themis – Revista de Derecho N° 34, Thémis Asociación Civil - Revista de Derecho, Lima, 1996, p. 54.

12 Ibid.

relación al VIH y SIDA, las cuales son de obligatorio cumplimiento tanto en la actividad privada como en la pública, cualquiera sea el régimen laboral o la modalidad contractual laboral.

Mediante la referida Resolución Ministerial se establece diversas disposiciones en relación al desarrollo e implementación de políticas y programas sobre VIH y SIDA en el lugar de trabajo, con la finalidad de prevenir y controlar su progresión, proteger los derechos laborales, así como erradicar el rechazo, estigma y la discriminación de las personas real o supuestamente infectadas con el VIH o SIDA.

A continuación, reseñamos las principales obligaciones aplicables a los empleadores conforme a la norma señalada:

- a. En aquellos centros de trabajo en los que exista el riesgo de contraer el virus, los empleadores tienen la obligación de cumplir las normas de bioseguridad y de profilaxis post exposición laboral vigentes.

Asimismo, los empleadores deberán adoptar medidas que garanticen el apoyo y asistencia a sus trabajadores infectados o afectados a consecuencia del VIH y SIDA.

- b. Está prohibido que el empleador exija la prueba del VIH o la exhibición del resultado de ésta, al momento de contratar trabajadores, durante la relación laboral o como requisito para continuar en el trabajo. Consideramos que dicha prohibición no impide que el trabajador se someta voluntariamente a dicha prueba o decida exhibir el resultado de ésta

Asimismo, se prohíbe que las pruebas del VIH sean realizadas por el empleador, o por otro que éste vinculado económicamente a éste, a fin de garantizar la autonomía de la voluntad del trabajador y la confidencialidad de las pruebas del VIH y sus resultados.

- c. Se reitera la nulidad del despido basado en que el trabajador es una personal real o supuestamente infectada con el VIH o SIDA, así como todo acto dentro de la relación laboral fundado en esta condición.
- d. Los empleadores se encuentran obligados a establecer procedimientos a los que puedan recurrir los trabajadores y sus representantes en los reclamos vinculados con el VIH y SIDA en el centro de trabajo.

Consideramos que dichos procedimientos no deben regular sólo los reclamos de las personas real o supuestamente infectadas con VIH o SIDA respecto de supuestas prácticas

discriminatorias, sino también aquellos reclamos que tengan por finalidad exigir al empleador el cumplimiento de sus obligaciones con relación al tratamiento del VIH y SIDA en el centro de trabajo, en especial aquellas referidas a las medidas que eviten el contagio entre los trabajadores.

- e. Los empleadores deberán establecer como falta laboral todo acto discriminatorio de un trabajador real o supuestamente VIH-positivo.

En ese sentido, se estableció un plazo máximo de 90 días hábiles contados desde la entrada en vigencia de la Resolución Ministerial No. 376-2008-TR, el cual venció el 8 de abril del 2009, para que el empleador adapte su Reglamento Interno de Trabajo, en caso cuente con éste, y su organización laboral, cumpliendo con las obligaciones señaladas.

Desde nuestra perspectiva, consideramos que la Resolución Ministerial No. 376-2008-TR debió establecer que las pruebas de descartes del VIH o SIDA sólo pueden ser realizadas en aquellos supuestos que la eventual condición de infectado del trabajador resulte determinante para la ejecución de las labores encomendadas o represente un riesgo de contagio para los demás trabajadores.

Sin perjuicio de ello, observamos que las normas contenidas en dicha Resolución Ministerial son acordes con lo señalado por la OIT en el «Repertorio de Recomendaciones Prácticas sobre el VIH/SIDA y el Mundo del Trabajo», lo que representa un importante avance en el desarrollo de un marco normativo protector de los trabajadores real o supuestamente infectados con VIH o SIDA.

IV. Conclusiones

La aprobación de las «Medidas nacionales frente al VIH y SIDA en el lugar de trabajo», a través de la Resolución Ministerial No. 376-2008-TR, representa un importante avance en la protección normativa de los trabajadores real o supuestamente infectados con el VIH o SIDA, en vista que contiene disposiciones que buscan eliminar la discriminación de los referidos trabajadores en el centro de trabajo, promover la aplicación de medidas de seguridad que impidan el contagio del VIH, garantizar el cumplimiento de las obligaciones exigibles a los empleadores y trabajadores mediante la aplicación de procedimientos específicos para realizar reclamos, entre otras medidas.

Sin perjuicio de ello, consideramos que resulta fundamental establecer los criterios objetivos para determinar los supuestos en los cuales resulta posible la aplicación de pruebas de descartes del VIH a los trabajadores o postulantes a un puesto de trabajo, toda vez que la prohibición de establecer la

“(...)dichas pruebas deberían ser aplicadas sólo en aquellos supuestos que la eventual condición de infectado del trabajador resulte determinante para la ejecución de las labores encomendadas(...)”

obligatoriedad de la prueba de descarte del VIH o la exhibición del resultado resulta insuficiente. Si bien se ha establecido con claridad que la realización de las pruebas de descarte de VIH requieren necesariamente el consentimiento del trabajador o del postulante al puesto de trabajo, consideramos que dichas pruebas deberían ser aplicadas sólo en aquellos supuestos que la eventual condición de

infectado del trabajador resulte determinante para la ejecución de las labores encomendadas o represente un riesgo de contagio para los demás trabajadores, que no pueda ser controlado mediante la aplicación de medidas adecuadas en materia de seguridad y salud.

Por otro lado, resulta indispensable que la Autoridad Administrativa de Trabajo desarrolle las políticas y programas sobre VIH y SIDA que se encuentran a su cargo en estrecha coordinación con las autoridades sanitarias y con los empleadores, poniendo mayor énfasis en los programas de difusión de las formas de prevención del contagio del VIH, así como en la realización de actuaciones inspectivas referidas al cumplimiento de las obligaciones de los empleadores en materia de seguridad y salud que tengan relación directa con el control de propagación de la epidemia del VIH y SIDA en el centro de trabajo. 