

DICTAMEN SOBRE EL USO DE LA PRUEBA DE VIH EN EL CAMPO LABORAL

Caracas, 08 de agosto de 2.007

CONSULTA: En virtud de que se ha generalizado tanto en instituciones privadas como p[úblicas] la exigencia como requisito de contrataci[ón] las pruebas de diagnostico del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), constituyendo una violaci[ón] de los derechos humanos para el acceso y permanencia en el trabajo, esta Consultoría Jurídica realiza las siguientes consideraciones:

Consideraciones preliminares:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé el trabajo, dentro de los Derechos Sociales, como un derecho y como un deber. Así mismo, por considerarse el trabajo un hecho social, es obligación del Estado desarrollar normas que protejan y garanticen los derechos fundamentales de los ciudadanos, teniendo como principio la igualdad en el acceso al trabajo así como su efectivo ejercicio. El artículo 87 dispone lo siguiente:

Artículo 87:

□ Toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar. El Estado garantizará la adopción de las medidas necesarias a los fines de que toda persona pueda obtener ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de ese derecho. Es fin del Estado fomentar el empleo. La ley adoptará □ medidas tendientes a garantizar el ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras no dependientes. La libertad de trabajo no será sometida a otras restricciones que las que la ley establezca.

Todo patrono o patrona garantizará a sus trabajadores o trabajadoras condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados. El Estado adoptará medidas y creará instituciones que permitan el control y la promoción de estas condiciones □

Igualmente la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 23 expresa que toda persona tiene derecho al trabajo, al igual que condiciones equitativas y satisfactorias, en los siguientes términos:

Artículo 23:

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

2. *Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.*
3. *Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.*
4. *Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.*

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha reconocido formalmente el derecho a la igualdad y no discriminación, es así como suscribe y ratifica, reconociendo la supremacía legal que tienen los tratados y convenios en nuestro ordenamiento jurídico, El Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) N° 111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 27.309 de fecha 6 de diciembre de 1964, que define la discriminación de forma siguiente:

Artículo 1:

"1.-A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

- a) *cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;*
 - b) *cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.*
1. *Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación*
 2. *A los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.*
 3. *No se consideran como discriminatorias las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospechas legítimas de que se dedica a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado, o acerca de la cual se haya establecido que de hecho se dedica a esta actividad, siempre que dicha persona tenga el derecho a recurrir a un tribunal competente conforme a la práctica nacional.*
 4. *Las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo*

no se consideran como discriminatorias.

Todo miembro puede, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial.

Asimismo, la Constitución reconoce el derecho a la Igualdad y No Discriminación en los artículos 19 y 21, respectivamente:

Artículo 19:

"El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen".

Artículo 21:

"Todas las personas son iguales ante la ley; y en consecuencia:

- 1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.*
- 2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan/ (...)/"*

Es importante resaltar, que este derecho se lesiona cuando se exige a quien solicita trabajo o está empleado que se someta a la prueba de VIH, o se le niega el empleo, se les desmejoran las condiciones laborales o se les despide. El Estado debe asegurar condiciones de igualdad en el acceso y permanencia a este derecho con el fin de que todos y cada uno de los trabajadores y trabajadoras independientemente de su condición, puedan participar activamente en el desarrollo de la sociedad.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto a la Igualdad y No Discriminación en su artículo 1 dispone lo siguiente:

Artículo 1:

"1.- 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 este 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"

La Ley Orgánica del Trabajo reconoce y establece el derecho a la Igualdad y No Discriminación considerando de esta manera que el trabajador con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) tiene iguales derechos que cualquier otro trabajador sin ninguna distinción respecto a la condición del mismo.

Así, encontramos las siguientes disposiciones de la referida ley:

Artículo 26:

"Se prohíbe toda discriminación en las condiciones de trabajo basada en edad, sexo, raza, estado civil, credo religioso, filiación política o condición social. Los infractores serán penados de conformidad con las leyes. No se considerarán discriminatorias las disposiciones especiales dictadas para proteger la maternidad y la familia, ni las encaminadas a la protección de menores, ancianos y minusválidos.

Parágrafo Primero: En las ofertas de trabajo no se podrán incluir menciones que contraríen lo dispuesto en este artículo.

Parágrafo Segundo: Nadie podrá ser objeto de discriminación en su derecho al trabajo por sus antecedentes penales. El Estado procurará establecer servicios que propendan a la rehabilitación del ex recluso".

Por su parte, el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo dispone:

Artículo 8:

"(...) e) Principio de no discriminación arbitraria en el empleo, por razones de género o preferencia sexual, condición social, raza, religión, ideología política, actividad sindical, o cualquier otra fundada en criterios de relevancia incompatibles con el ordenamiento jurídico.

Artículo 14:

"Tutela (Régimen probatorio): El trabajador víctima de discriminación en el empleo podrá extinguir la relación de trabajo invocando una causa justificada de retiro o, si lo estima conveniente, ejercer la acción de amparo constitucional para obtener la restitución de la situación jurídica infringida.

Parágrafo Único: El accionante deberá aportar al proceso elementos de juicio que permitan deducir la discriminación alegada, correspondiendo al demandado la justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y su proporcionalidad"

En este sentido, la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo en su artículo 59 numeral 5 establece que a los efectos de la protección de los trabajadores y trabajadoras, el trabajo deberá desarrollarse en un ambiente y condiciones adecuadas que impidan cualquier tipo de discriminación.

Artículo 59:

"5.- Impida cualquier tipo de discriminación."

Como se desprende de las normas transcritas, nuestro ordenamiento jurídico, reconoce y garantiza a todos los trabajadores y trabajadoras el derecho a la igualdad y no discriminación. La discriminación por razones fundadas en el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) está prohibida y, en consecuencia, cualquier acto o medida del patrono que tenga por objeto quebrantar el goce y ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos y libertades de los trabajadores es inconstitucional.

Por otra parte, se consideran actos y medidas de carácter discriminatorio la práctica de pruebas de anticuerpos contra el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) en exámenes de pre-empleo como requisito para el ingreso a cualquier puesto de trabajo. Se conoce que el resultado de estas acciones constituye la imposibilidad de ubicarse laboralmente, el despido intempestivo, o la baja de categoría laboral.

En virtud de lo expuesto, la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela prevé en su artículo 46 numeral 3 lo siguiente:

Artículo 46:

"3.- ninguna persona será sometida sin su libre consentimiento a experimentos científicos o a exámenes médicos o de laboratorio, excepto se encuentre en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley".

Así mismo, la Resolución SG-439 del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, sobre las pruebas de VIH (Dictada el 02 de septiembre de 1994, publicada en la Gaceta Oficial 35. 538) establece lo siguiente:

Artículo 1:

"A fin de proteger la integridad y dignidad de la persona humana, se restringe en todo el ámbito nacional, la aplicación de las pruebas de anticuerpos contra el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), en las siguientes circunstancias:

- a) Para estudios epidemiológicos de prevalencia de anticuerpos en la población general o en grupos sociales específicos planificados y dirigidos por autoridades sanitarias con fines meramente estadísticos y descriptivos asegurando toda la orientación necesaria preservando la confidencialidad sobre datos de identificación personal de los sujetos participantes, así como los resultados obtenidos con la práctica de las pruebas de anticuerpos contra el VIH.*
- b) A los donantes de sangre, tejidos, semen y órganos con el fin de evitar la utilización de los mencionados elementos corporales posiblemente*

contaminados con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH). Los donantes deberán ser informados de que las pruebas de anticuerpos contra el VIH serán practicadas, así como también de los resultados que se obtengan, asegurando en todo caso la confidencialidad en el manejo de los mismos.

- c) En las personas que presenten signos o símbolos manifiestos que sugieran el diagnóstico de la presencia de anticuerpos contra el VIH o del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), con el propósito de prevenir o tratar enfermedades oportunistas relacionadas al SIDA, previa autorización libre expresa del paciente, por orden y vigilancia del médico tratante.*

Artículo 2:

"Se acuerda que las pruebas de anticuerpos contra el VIH no podrán practicarse sin el consentimiento libre, expreso y manifiesto de la persona que será sometida al examen. No podrá exigirse como requisito a las solicitudes de trabajo o para continuar la actividad laboral; para ingresar a los centros de educación básica, media, diversificada y superior; para dispensar los servicios de salud y en general en todas aquellas situaciones tendientes a limitar el libre ejercicio de los Derechos Individuales, Sociales, Económicos, Políticos y Culturales".

La Resolución SG-439 sobre las pruebas de Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), establece y restringe a nivel nacional la solicitud de las pruebas de anticuerpos contra el VIH, como requisito para ingresar a centros de trabajo, estudios. Establece también el consentimiento previo e informado como obligación fundamental y en claro respecto a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de las personas con Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH).

Es así, como las prácticas de las pruebas de anticuerpos para la detección de Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) se convierten en una forma de discriminación, ya que son utilizadas sin indicación clínica precisa y se ha convertido en un instrumento de exclusión para todo y toda aspirante en un puesto de trabajo en las diferentes instituciones, empresas y centros de trabajo de carácter público o privado y para los trabajadores y trabajadoras a quienes ilegítimamente se les ha exigido para la continuidad de la relación laboral.

DICTAMEN:

En criterio de esta Consultoría Jurídica, de acuerdo a lo anteriormente expuesto se considera, como una forma de discriminación contraria a los derechos humanos fundamentales amparados por nuestro ordenamiento jurídico, la práctica de pruebas de anticuerpos contra el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) en exámenes de pre-empleo como requisito para el ingreso a cualquier puesto de trabajo o en cualquiera de los exámenes de salud periódicos durante la relación de trabajo lo cual puede ser constatado en las funciones de inspección realizadas por el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (Inpsasel).

El Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales, al constatar por cualquier medio estas situaciones podrá hacer uso de sus atribuciones legalmente conferidas y aplicar las sanciones a que hubiere lugar.

Así mismo, se insta a todos los Laboratorios públicos y privados abstenerse de realizar la prueba de anticuerpos contra el VIH, cuando éstos sean requeridos por los patronos o patronas en las muestras de sus trabajadores y trabajadoras o de los aspirantes a puestos de trabajo, mucho menos si éste no es solicitado directamente por el trabajador dueño de la muestra quien es además el único autorizado para conocer el resultado de dichas pruebas.

Hctor Mauricio Benavides

Consultor Jurídico (E)
Inpsasel