



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
MINISTERIO DEL TRABAJO
CONSULTORÍA JURÍDICA

N° 71

DICTAMEN: La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al igual que la legislación laboral, reconocen y garantizan a todos los trabajadores el derecho a la igualdad y no discriminación. La discriminación por razones fundadas en el VIH/SIDA están prohibidas por el ordenamiento jurídico vigente y, en consecuencia, cualquier acto o medida del patrono que tenga por intención, objeto o resultado anular o menoscabar el goce y ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos y libertades de los trabajadores es inconstitucional, nulo, no genera efecto jurídico alguno y es procedente contra ella la Acción de Amparo Constitucional, a los fines de restablecer la situación jurídica infringida.

Con el propósito de dar respuesta al planteamiento solicitado, esta Consultoría Jurídica estima necesario realizar las siguientes consideraciones:

I

EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL

Nuestro bloque constitucional, ha reconocido expresamente el derecho a la igualdad y no discriminación, desarrollando en distintas normas el contenido alcance y límites del mismo. En este sentido, 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, define la discriminación de la siguiente manera:

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.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. 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.

Artículo 4: No se consideran como discriminatorias las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima 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.

Artículo 5: 1. 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.

2. 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 o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial.

Es importante recordar, que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 23, consagra la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos, al establecer:

“Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre el goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.”

De tal manera, que en materia de derechos humanos, nuestra Constitución establece la supremacía legal que tienen estos tratados o convenios respecto de nuestro ordenamiento jurídico interno, otorgándoles jerarquía constitucional. El Convenio de la OIT N° 111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, es considerado por la comunidad internacional como un tratado sobre derechos humanos, por lo tanto, al haber sido suscrito y ratificado por la República, es una instrumento jurídico vigente en el país con jerarquía constitucional de conformidad con la norma transcrita.

Ahora bien, a fin de continuar luchando desde el mundo laboral contra la discriminación por razones de VIH/SIDA, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) elaboró una serie de directrices, denominadas “REPERTORIO DE RECOMENDACIONES PRÁCTICAS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), SOBRE EL VIH/SIDA Y EL MUNDO DEL TRABAJO” dirigidas a erradicar la discriminación y prohibir las pruebas de detección del virus en el trabajo. Se trata de un código redactado con miras a la Cumbre Mundial sobre VIH/SIDA de las Naciones Unidas (ONU) y presentado por el Director General de la OIT. Estas recomendaciones si bien no constituyen un acto jurídico de obligatorio cumplimiento, permiten determinar y divulgar algunos principios generales del Derecho del Trabajo sobre la materia. En este sentido vale la pena destacar la recomendación N° 4, la cual prevé:

4.1 “El reconocimiento del problema del VIH/SIDA en el ámbito laboral. el VIH SIDA constituye un problema en el lugar de trabajo y debería tratarse como cualquier otro tipo de enfermedad profesional grave, no solamente porque afecta a los trabajadores, sino porque, al ser el centro de trabajo parte integrante de la vida local, le incumbe una misión en la lucha general contra la propagación y los efectos

de la epidemia.”

Por otra parte, en el preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en adelante CRBV, se establece lo siguiente:

El pueblo de Venezuela, en ejercicio de sus poderes creadores e invocando la protección de Dios, el ejemplo histórico de nuestro Libertador Simón Bolívar y el heroísmo y sacrificio de nuestros antepasados aborígenes y de los precursores y forjadores de una patria libre y soberana; con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones; asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna...”

En este mismo sentido, es importante destacar ciertos artículos que guardan relación al tema en cuestión contenidos en nuestra Carta Magna:

Artículo 19. El Estado garantiza 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 es obligatorio para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y 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 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 grupos que sean discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan..

Artículo 46. Todos tienen el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, y en consecuencia: ...

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

Artículo 89. El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de este deber del Estado se establecen los siguientes principios: ...

2. Los derechos laborales son irrenunciables, es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos. Sólo es posible la transacción y convenimiento al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley.

4. Toda medida o acto del patrono contrario a esta Constitución es nulo y no genera efecto alguno

5. Se prohíbe todo tipo de discriminación por razones políticas, edad, raza, o credo o por cualquier otra condición...

Artículo 93. La ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a esta Constitución son nulos. (Resaltado Nuestro)

Como se desprende de las normas transcritas, el ordenamiento jurídico constitucional vigente reconoce expresamente el derecho a la igualdad y se prohíbe toda discriminación negativa de las personas cualquiera sea su condición. Entendiendo por discriminación negativa aquella que tiene por intención, objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos y libertades de las personas.

Para asegurar este derecho, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece una serie de garantías dentro de las cuales merecen especial atención, para el análisis de la presente consulta:

- La obligación del Estado de adoptar medidas positivas para asegurar que la igualdad sea real y efectiva, dirigida a personas o grupos que son discriminados. (artículo 21 numeral 2 CRBV)
- La prohibición absoluta de someter a las personas sin su libre consentimiento a exámenes médicos o de laboratorios, salvo cuando peligre su vida o en otras circunstancias previstas expresamente en la ley. (artículo 46 numeral 3 CRBV)
- La nulidad de todos los actos o medidas del patrono contrarios a la Constitución, especialmente aquellos que violen los derechos humanos, los cuales no generan efecto jurídico alguno. (artículo 89 numeral 4 CRBV)
- La nulidad de los despidos contrarios a esta Constitución, los cuales no generan efecto jurídico alguno. (artículo 93 CRBV)

II

EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL

El derecho a la igualdad y no discriminación también ha sido reconocido y desarrollado en la legislación y reglamentos del derecho del trabajo. Vale la pena destacar, que la prohibición de la discriminación o impedimento en el trabajo, por razones incompatibles con el ordenamiento jurídico laboral, siempre han estado establecidas en la legislación laboral, y en consecuencia el trabajador con VIH /SIDA tiene iguales derechos que cualquier otro trabajador, y de allí que la Ley Orgánica del Trabajo, al abordar el tema de la discriminación, no hace ninguna distinción respecto a la condición del trabajador.

Así, en la Ley Orgánica del Trabajo encontramos las siguientes disposiciones en materia de no discriminación:

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:

CAPÍTULO III

DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DEL TRABAJO

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 cualquiera 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 estimare 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.

Estas disposiciones reiteran la prohibición de toda discriminación que se funde en la raza, el sexo, el credo, la condición social u otras razones. Por tanto, no pueden admitirse tales formas de discriminación negativas en el trabajo, sea para el ingreso permanencia o retiro del mismo. Menos aún puede promoverse actos discriminatorios, a través de la difusión de informaciones que generen este tipo situaciones, ya sean dirigidas a los mismos trabajadores o a personas fuera del centro del trabajo.

Como se observa la legislación y reglamentos laborales desarrollan las garantías del derecho a la igualdad, dentro de las cuales es necesario mencionar a los fines de analizar la presente solicitud:

- Se establece la prohibición expresa de no discriminación arbitraria en el empleo, incluida aquella por razones de VIH/SIDA, lo que implica que esta prohibición se extiende tanto al ingreso, permanencia y egreso del trabajador.

- Reconoce que ante los actos y medidas discriminatorios de los patronos se podrá ejercer la acción de Amparo Constitucional "para obtener la restitución jurídica infringida". En estos casos el accionante solo deberá aportar elementos que permitan deducir la existencia de la discriminación alegada, mientras que corresponde al patrono la carga de la prueba para demostrar que su decisión ha sido objetiva, razonable y proporcional.

Finalmente, a opinión de esta Consultoría Jurídica, la sola voluntad del legislador no basta para poner fin a las odiosas formas de discriminación que aún subsisten en nuestras relaciones laborales, especialmente las discriminaciones por razones derivadas de condiciones de salud, para

el acceso y permanencia en determinados empleos, lo cual hace necesario asumir este problema como una materia de interés social y adoptar medidas.

III LA DISCRIMINACIÓN POR VIH/SIDA EN EL TRABAJO

Como se desprende de las consideraciones realizadas ut supra, cualquier acto o medida de discriminación del patrono, fundada en razones de VIH/SIDA, que tenga por intención, objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos y libertades de los trabajadores son nulos y no generan efectos jurídicos alguno, de conformidad con lo establecido en los artículos 21, 89 numeral 4°, y 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con su artículo 23, que le otorga rango constitucional, al Convenio de la OIT N° 111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación. En consecuencia, ante estas medidas procede la Acción de Amparo Constitucional, contemplada en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en estricto apego a las regulaciones previstas en el artículo 14 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.

Ahora bien, la realización de pruebas y exámenes de salud, antes y durante el trabajo constituyen fuentes constantes de actos y medidas de carácter discriminatorio. No sólo para los trabajadores con VIH/SIDA, sino para todas las personas que se encuentran en cualquier tipo de relación laboral. Por este motivo, los criterios para su aplicación deben ajustarse estrictamente a los parámetros establecidos en la Constitución y las leyes, respetando los derechos humanos y restringiéndolos única y exclusivamente en aquellos casos, en que de conformidad con la legislación aplicable en materia de salud laboral, resultan estrictamente necesarios para la protección de los trabajadores.

Desde esta perspectiva, la exigencia de las pruebas de anticuerpos contra el VIH para el ingreso o durante el empleo, constituyen un acto discriminatorio basado en condiciones de salud y, por tanto, una violación grave al derecho a la igualdad y al derecho al trabajo. Por este motivo, al ser abiertamente inconstitucionales no deben de ser exigidas por los patronos como un requisito para el ingreso al empleo o durante el mismo.

Recordemos que ninguna ley en materia de salud laboral obliga a las personas a realizarse este tipo de exámenes o pruebas, por el contrario el numeral 3° del artículo 46 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, reconoce el derecho de las personas a no ser sometidas a ellas sin su libre consentimiento a menos que este prescrito obligatoriamente en una ley. No se podría argumentar que el patrono puede solicitarlas para que el trabajador "libre y voluntariamente" acepte practicárselas, pues en una relación jurídica desigual, donde el patrono tiene más poder y recursos que el trabajador, la libre voluntad de las partes es una ficción o quimera, que ha sido restringida y limitada por el derecho de trabajo protector –orden público– por ello, la simple solicitud del patrono de la prueba de anticuerpos contra el VIH, pedimento que carece de base legal y constituye en la realidad una imposición unilateral y coercitiva a los trabajadores, constituye en sí misma una medida discriminatoria, que menoscaba el derecho a la igualdad. Por ello, de ocurrir una situación de esta naturaleza, se debe de ejercer la Acción de Amparo Constitucional y la simple solicitud de la prueba de anticuerpo constituiría, en sí mismo el acto discriminatorio.

En caso de despidos ejecutados dentro de un plazo razonable después de la practica de un prueba de anticuerpos contra el VIH en el lugar de trabajo, o después de la negativa del trabajador a realizársela, existirían elementos de juicio suficientes para presumir que se trata de una medida discriminatoria y, por consiguiente, contrarios a la Constitución. Desde esta perspectiva, sería procedente ejercer una Acción de Amparo Constitucional, en la cual le corresponderá al patrono la carga de la prueba para demostrar la objetividad, razonabilidad y proporcionalidad del despido, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Reglamento de la Ley Orgánica del

Trabajo. Caso contrario, de no poder probar estas circunstancias, se deberá considerar el despido nulo y sin efecto jurídico alguno, de conformidad con lo establecido en los artículos 89 numeral 4° y 93 de la Carta Magna, por lo cual solo debe ordenarse restablecer la situación jurídica infringida, lo que implica el reenganche del trabajador y el pago de sus salarios caídos. Finalmente, debe de subrayarse que esta es la única forma de garantizar el derecho la igualdad del trabajador, el cual debido a su carácter irrenunciable no admite ningún otro tipo de reparación o indemnización.

FRANCISCO JAVIER LÓPEZ SOTO
CONSULTOR JURÍDICO

*"1805-2005 Bicentenario del Juramento
del Libertador Simón Bolívar en el Monte Sacro"*